

Erster Teil: Einführung

Der Erste Teil dieser „Neuen Juristischen Methodenlehre“ (NJML) will nicht wirklich „nett“ sein. Er will nicht damit angeben, wie praxisrelevant diese Lehre sein wird, er will auch noch nicht zu einer bestimmten und richtigen Grundeinstellung zur juristischen Methode bekehren (am Ende aber schon dafür plädieren). Vielmehr möchte dieser Erste Teil – wirklich in aller Bescheidenheit – ein wenig den Bildungshorizont erweitern: den Bildungshorizont von Juristen, die auch einmal über den Tellerrand ihrer strengen Berufsdisziplin schauen wollen. Aber auch den Bildungshorizont von Nicht-Juristen, die ein wenig Einblick in das gewinnen wollen, was Juristen wirklich tun.

1

Aus diesem Grund soll in § 1 zunächst die Geschichte der Begriffe „Methodenlehre“ und „Juristische Methodenlehre“ erzählt werden – soweit ich sehe, ist dies so noch nicht geschehen. (Wem es zu sehr ins Detail geht, kann die Abschnitte II 3 und 4 „querlesen.“) In § 2 werde ich dann die Antike Gerichtsrhetorik vorstellen, denn sie enthält in äußerst knapper Form bereits das Grundgerüst der heutigen juristischen Arbeitstechnik – was uns als Juristen zugleich stolz und demütig machen sollte.

Insgesamt ist diese „Einführung“ somit eher eine Hinführung. So richtig ernst wird es erst ab dem Zweiten Teil.

2

§ 1 „Methode“ und „Methodenlehre“

- 1 Die Begriffe „Methode“ und „Methodenlehre“ sind in ihrer heutigen Bedeutung relativ jung (Methode) bis sehr jung (Methodenlehre). Für uns von Interesse ist, was man von beiden erwarten darf: eine Garantie für „rechtlich richtige“ Entscheidungen? oder eher ein Arsenal von Argumenten, um sich in einem Streit um Rechtsfragen „wie auch immer“ durchzusetzen?

I. Der Begriff „Methode“

1. Ursprung und Bedeutung bis zum Mittelalter

- 2 Das Wort „Methode“ kommt aus dem (Alt-) Griechischen. *hé hodós* ist der Weg, *metá* bedeutet „nach“ im Sinne von „hin zu“ (es kann aber auch „nach“ im Sinn von „hinter“ bedeuten, so im Wort Metaphysik: das, was sich hinter der Natur – *phýsis* – befindet). *Mét-hodos* ist daher schon im Altgriechischen der „Weg, etwas zu erreichen“ und im übertragenen Sinn der „Gang der Untersuchung“¹.
- 3 Der heutige Begriff von „Methode“, genauer: wissenschaftlicher Methode, hat seinen Ursprung in der Neuzeit, genauer im 17. und 18. Jahrhundert. Zuvor, also in der Antike und im Mittelalter, gab es eine Vielfalt von „Methoden“ geistiger Arbeit – so vielfältig, dass es für sie noch keinen Oberbegriff gab und die Methoden auch nicht immer Methoden genannt wurden. Bei Aristoteles (384–322 v.Chr.) zum Beispiel enthalten die ersten beiden „Analytiken“ das, was wir heute die (vor allem deduktive) Logik nennen. Platon (428/7–348/7 v.Chr.) nennt die letzte und höchste Disziplin der wissenschaftlichen Ausbildung „Dialektik“ – was man am besten mit Argumentationstheorie übersetzen kann, vielleicht sogar mit Logik (im Sinn einer „Mathematik hinter dem Argumentieren“²).
- 4 Von „Logik“ spricht man offenbar seit der Stoá (2. Jhdt. v. Chr. – 2. Jhdt. n. Chr.), allerdings fasste man unter diesem Namen die schon genannte „Dialektik“ und die Rhetorik (!) zusammen. Verbreiteter war es freilich, die Rhetorik – ganz ebenso wie z.B. die Medizin – als „Kunst“ oder besser „Kunstlehre“ zu verstehen, auf Griechisch *téchnē*, auf Latein *ars*. In diesem Sinn hat etwa Thomas von Aquin (1225–1274) *methodus* und *ars* gleichgesetzt. Der Begriff *methodus* – übrigens: *die* *methodus* (femininum und Betonung auf der ersten Silbe, kurzes „e“) – taucht im Mittelalter aber auch als Unterbegriff zur Dialektik auf („vier Methoden der Dialektik“)³.

1 Wilhelm Gemoll, Griechisch-deutsches Schul- und Handwörterbuch, 9. Aufl. o.J., S. 489.

2 Joachim Lege, „Politeía“ – Ein Abenteuer mit Platon, 2. Aufl., Tübingen 2023, S. 166–170; dort auch zum realen Hintergrund dieser Ausbildung: Erziehung der „Wächter“ (*phýlakes*), aus denen dann – nach langer Bewährung in der Praxis! – die Philosophen-Herrscher ausgewählt werden.

3 Zum gesamten Absatz: Joachim Ritter, Fritz-Peter Hager, Michel Lemoine, Ludger Oeing-Hanhoff, Methode I, II, III 1 und III 2, in: Joachim Ritter/Karlfried Gründer (Hrsg.), HWPh (Historisches Wörterbuch der Philosophie), Band 5, Basel 1980, Nachdruck Darmstadt 2019, Sp. 1305 f. (Antike), 1308 (Thomas), 1309 f. (vier Methoden); Kuno Lorenz, Logik II, in: HWPh, Band 5, Basel 1980, Sp. 362 (Stoá).

2. René Descartes' „Discours de la méthode“ (1637)

Initialzündung für den heutigen Begriff von wissenschaftlicher Methode ist dann ohne Zweifel René Descartes (1596–1650) mit seinem berühmten „Discours de la méthode“ von 1637, voller Titel *Discours de la méthode pour bien conduire sa raison et chercher la vérité dans les sciences* („Abhandlung über die Methode zur guten Steuerung seiner Vernunft und zur Wahrheitssuche in den Wissenschaften“). In diesem äußerst schmalen Büchlein wird „Methode“ zu etwas dezidiert *Normativem*⁴: Wenn man der dort vorgeschlagenen Methode folgt – und *nur* wenn man ihr folgt –, ist man auf dem richtigen Weg zur Wahrheit. Dabei bestand das revolutionär Neue dieser Methode darin, die Wahrheit zu suchen, ohne zuerst die alten Autoritäten zu befragen: insbesondere nicht die Bibel und Aristoteles, so wie sie in der Tradition der Scholastik⁵ gelehrt wurden (Descartes war an einer berühmten Jesuitenschule ausgebildet worden). Stattdessen, so erzählt⁶ Descartes, habe er vier „Regeln“ gefunden:

„Die *erste* war: niemals eine Sache als wahr anzunehmen, die ich nicht als solche evidentmaßen erkannt haben würde; das heißt: sorgfältig Übereilung und Voreingenommenheit zu vermeiden; und in meinen Urteilen nichts mehr zu umfassen als das, was sich meinem Geist so klar und so deutlich vorstellt [*présenterait si clairement et si distinctement, auf Latein: clare et distincte* (mit langem „e“)], dass ich gar keine Möglichkeit hätte, daran zu zweifeln.

Die *zweite*: jede der Schwierigkeiten, die ich untersuchen würde, in so viele Teile zu zerlegen, wie es möglich und wie es erforderlich ist, um sie besser zu lösen.

Die *dritte*: meine Gedanken geordnet zu führen, beginnend mit den einfachsten und am leichtesten zu erkennenden Objekten, um nach und nach, gleichsam stufenweise, aufzusteigen bis zur Erkenntnis der kompliziertesten (...).

Und die *letzte*: überall so vollständige Aufzählungen und so umfassende Übersichten zu machen, dass ich sicher wäre, nichts auszulassen.“⁷

Im Einzelnen und im Grundsätzlichen lässt sich an dieser Methode viel kritisieren, vor allem erstens: die Erhebung, ja Überhebung der subjektiven Überzeugung des Einzelnen zum Kriterium der Wahrheit; zweitens die Überzeugung, mit Hilfe dieser Methode zu endgültigen Wahrheiten zu gelangen – etwa zu der Wahrheit, dass Gott und die menschliche Seele existieren (dies „beweist“ Descartes im Vierten Kapitel des „Discours“). Insgesamt aber ist und bleibt der *Grundton* des „Discours“ eindeutig

4 Unter „Norm“ versteht man eine Vorschrift, vor allem aber auch ein Richtmaß, man denke nur an die (nicht-staatlichen!) DIN-Normen.

5 Als Scholastik bezeichnet man seit dem 18. Jahrhundert die Philosophie – oder vielleicht besser „Denkform“ – des Mittelalters. Sie ist von der Theologie dominiert und verfährt typischerweise nach einer bestimmten – eben scholastischen – Methode, die sich recht spitzfindig aus Fragen, Antworten, Einwänden und den dann schlagenden Gegenargumenten zusammensetzt. Schönes Beispiel: *Thomas von Aquin*, *Summa Theologica* I-II, Frage 90, zum Begriff des Gesetzes (Parallelübersetzung in: Die deutsche Thomas-Ausgabe, Band 13, Heidelberg etc. 1977, S. 3–15). – Die *Summa Theologica*, entstanden ca. 1265 bis 1273, will als monumentales Werk das gesamte damalige philosophische und theologische Wissen zusammenfassen; sie blieb unvollendet.

6 Die Schrift kommt in der Tat als ein sehr persönlicher, autobiographischer Bericht daher. Descartes berichtet darin u.a., er habe sie in Neuburg an der Donau verfasst, im Winterlager des bayerischen Heeres im (damals noch nicht so genannten, er war ja noch nicht vorbei) Dreißigjährigen Krieg (1618–1648). Ohnehin kann man das Werk durchaus als „populärwissenschaftlich“ bezeichnen.

7 Übersetzung nach *René Descartes*, *Discours de la Méthode/Bericht* [?] über die Methode, französisch-deutsch, Stuttgart 2009, S. 38–41.

neuzeitlich-„modern“. In den berühmten Worten Immanuel Kants (1724–1804): „Habe Muth, dich deines *eigenen* Verstandes zu bedienen (...)“.⁸

Allerdings sollte man die ironische Brechung im ersten Satz des „Discours“ nicht unterschlagen: „Der gesunde Menschenverstand (*bon sens*)⁹ ist die bestverteilte Sache der Welt, denn jedermann meint, damit so gut versehen zu sein, dass selbst diejenigen, die in allen übrigen Dingen schwer zu befriedigen sind, davon gewöhnlich nicht mehr haben wollen, als sie schon haben.“¹⁰

Und es bleibt hinzuzufügen: Vorbild war für Descartes (wie übrigens auch für Hobbes) die Mathematik, die damals ungeheure Fortschritte machte, z.B. durch die Erfindung des Koordinatensystems und der Differentialrechnung.

3. Zur heutigen Lage

- 8 Die heutige Lage lässt sich sehr grob durch einen Gegensatz charakterisieren, der freilich kaum konsequent durchzuhalten ist. Auf der einen Seite stehen die „exakten“ Natur- und Ingenieurwissenschaften, auf der anderen Seite die sogenannten Geisteswissenschaften, auf Englisch *Humanities*. Die Naturwissenschaften zeichnen sich durch mehr oder weniger mathematische Verfahren aus („Naturgesetze“, Statistik) und durch eine mehr oder weniger „harte“ Gegenstandswelt, an der Experimente scheitern können. Die Geisteswissenschaften hingegen können schwerlich mit derselben Exaktheit vorgehen, wenn sie ein literarisches Werk oder ein historisches Ereignis deuten und bewerten. Man sollte freilich nicht unterschätzen, dass auch hier Aussagen, die allen Quellen widersprechen, als widerlegt gelten können (ich denke an Holocaust-Leugner).

In der Fachphilosophie hat man den geschilderten Gegensatz mit der Formel „Erklären versus Verstehen“ zu einem Grundlagenstreit stilisiert. Ein vermittelnder Klassiker ist das Buch „Explanation and Understanding“ (1971) des finnischen¹¹ Philosophen Georg Henrik von Wright (1916–2003).¹²

Bei meiner interdisziplinären Zusammenarbeit mit Naturwissenschaftlern¹³ habe ich allerdings die Erfahrung gemacht, dass diese oft ganz zwanglos formulieren: „Das ist noch nicht/noch nicht vollständig *verstanden*.“

- 9 Was die Sozialwissenschaften angeht, so wird die Soziologie teils „naturwissenschaftlich“ betrieben (Statistiken), teils aber auch als eher spekulative „Theorie der Gesellschaft“ – wobei man darüber streiten kann, ob dies dann nicht ein Etikettenschwindel ist. Insbesondere kann man fragen, ob Niklas Luhmann (1927–1998), der viele Juristen geprägt hat, nicht in Wahrheit ein Philosoph ist.

8 Immanuel Kant, Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung? (1783), in: Werkausgabe, hrsg. von Wilhelm Weischedel, Band XI, Frankfurt a.M. 1977, S. 53–61 (Hervorhebung im Original).

9 ... also nicht die Vernunft (*raison*)!

10 Ganz ähnlich übrigens Thomas Hobbes, Leviathan (1651), Frankfurt a.M. 1984, Kapitel 13.

11 Man spricht das „gh“ in seinen Namen deshalb als ein hartes „ch“ (wie in „Dach“).

12 Deutsch: Georg Henrik von Wright, Erklären und Verstehen, 3. Aufl., Meisenheim 1991.

13 Am Institut für Technik- und Umweltrecht (ITUR) der Juristischen Fakultät der Technischen Universität Dresden; siehe etwa Joachim Lege, Das Recht der Bio- und Gentechnik, in: Martin Schulte (Hrsg.), Handbuch des Technikrechts, Berlin etc. 2003, S. 669–805.

Interessanterweise galt die Psychologie ursprünglich als Geisteswissenschaft, sie hat sich aber seit dem 20. Jahrhundert zu den Naturwissenschaften geschlagen. Bemerkenswert: Auch in der Psychologie gibt es – wie in der Jurisprudenz – Lehrbücher zur Methodenlehre¹⁴ und sogar – anders als in der Jurisprudenz – ganze Lehrstühle, die ihr gewidmet sind.¹⁵

Die Rechtswissenschaft als Normwissenschaft (wie die Ethik) steht in gewisser Weise zwischen den beiden idealtypischen Modellen. In der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts kann man in der deutschen juristischen Selbstreflexion zwei Extrempositionen unterscheiden. Die erste Position ist das klare Bekenntnis zu einer geisteswissenschaftlichen Methode, insbesondere zur sogenannten Hermeneutik (das ist die Lehre von Verstehen – altgriechisch *hermeneús* = Dolmetscher). Hauptwerk ist insoweit das Buch „Wahrheit und Methode“ (1960) des Fachphilosophen Hans-Georg Gadamer (1900–2002) – das übrigens seinerseits die juristische Methode als Beispiel für die Möglichkeit hermeneutischer „Wahrheit“ heranzieht.¹⁶ 10

Die zweite Position orientiert sich an der Wissenschaftstheorie des sogenannten Kritischen Rationalismus, der von dem Physiker, dann aber auch Philosophen Karl Raimund Popper (1902–1994) begründet wurde.¹⁷ Kern dieser Lehre ist die Überzeugung, dass man in der Wissenschaft – anders als Descartes annahm – niemals eine absolute Wahrheit erreichen könne (oder in den normativen Wissenschaften: Richtigkeit). Es gebe immer nur einen gegenwärtigen Stand unseres Irrtums, und man könne nicht einmal beweisen, dass es eine Realität gibt – allerdings sprächen überwältigend viele Gründe dafür.¹⁸ Gerade in der Juristischen Methodenlehre hat dies Anklang gefunden (s.u. Rn. 24, 26). 11

Für einen ersten, holzschnittartigen Überblick zum Begriff „Methode“ mag dies reichen.

II. Methodenlehre

1. Die sogenannte „Logik von Port-Royal“ (1662)

Hinter dem Begriff „Methodenlehre“ steckte ursprünglich eine Relativierung des revolutionären Wahrheitsanspruchs, den Descartes' „Methode“ erhob. Der Sache nach geht er nämlich zurück auf die erstmals im Jahr 1662 (damals anonym) erschienene 12

14 Rainer Westermann, Wissenschaftstheorie und Experimentalmethodik. Ein Lehrbuch zur psychologischen Methodenlehre, Göttingen etc. 2000. Thomas Schäfer, Methodenlehre und Statistik, Wiesbaden 2016, verortet die Psychologie „an der Schnittstelle zwischen Natur- und Geisteswissenschaften“ (und betreibt dann im Wesentlichen Statistik).

15 Etwa in Berlin, Kiel, Jena, Marburg, Heidelberg, München. – In anderen Wissenschaften scheint es die Methodenlehre nicht in gleicher Weise als selbstständiges „Fach“ zu geben. In den harten MINT-Fächern (Mathematik, Informatik, Naturwissenschaft, Technik) und in der Medizin haben allerdings sogenannte Propädeutiken (Einführungen in die Methodik) Tradition.

16 Hans Georg Gadamer, Wahrheit und Methode, 3. Aufl., Tübingen 1972, S. 307–323.

17 Hauptwerk: Karl Raimund Popper, Logik der Forschung, 11. Aufl., Tübingen 2005 (Erstauflage Wien 1935); eher für ein allgemeines Publikum: Karl Raimund Popper, Objective Knowledge (1972), deutsch: Objektive Erkenntnis, Hamburg 1993.

18 Siehe zu Popper und Descartes auch Joachim Lege, Pragmatismus und Jurisprudenz, Tübingen 1999, S. 91–96, 184–187, 199–201.

sogenannte „Logik von Port-Royal“ der beiden Franzosen Antoine Arnauld (1612–1694) und Pierre Nicole (1625–1695). Der eigentliche Titel des Werkes lautete „La logique ou l'art de penser“ – „Die Logik oder die Kunst des Denkens“.

In diesem Werk nun wird die „Methode“ der Logik untergeordnet, und zwar im Vierten und letzten Teil des Buches (*De la méthode*). Die drei vorangehenden Teile hingegen folgen einer seither¹⁹ kanonischen Einteilung der „klassischen“ Logik in die Lehre von den Begriffen (*idées*), von den Urteilen (*jugements*) und vom Schlussfolgern (*raisonnement*), insbesondere von den Syllogismen – wir kommen darauf zurück (§ 5).

Der Begriff „Kanon“ ist Juristen in Gestalt der vier *canones* der Auslegung überaus geläufig (Wortlaut, historisch, systematisch, teleologisch, s.u. § 15d). – Das griechische Wort *kanón* bedeutet ursprünglich „Rohrstab, gerader Stab“, sodann auch „Stab, mit dem man etwas misst“, schließlich übertragen „Vorschrift, Regel, Norm, Vorbild“. Das Wort „Kanone“ ist damit verwandt.²⁰

- 13 Die „Logik von Port Royal“ ist ein höchst merkwürdiges Werk. Sie wendet sich, ebenso wie Descartes' „Discours“, bewusst an ein breites Publikum, beschränkt sich daher nicht auf eine „ganz trockene Logik“ mit vielen Formeln, sondern bietet darüberhinaus – eigenes Zugeständnis – „ein Gemengsel aus Rhetorik, Moral, Physik, Metaphysik, Geometrie“, gespickt mit vielen aktuellen Bezügen (Ludwig XIV.) und auch heftiger Polemik, zum Beispiel gegen Michel de Montaigne (1533–1592). Letztlich wird in dieser neuen Verpackung die Tradition fortgeführt: zum Beispiel Aristoteles' Lehre von den Kategorien und von den sogenannten *Loci* bzw. *Topoi* (zur juristischen Topik später mehr²¹), des weiteren die beeindruckende Lehre von den syllogistischen „Modi“ und „Figuren“, wie sie im Mittelalter Petrus Hispanus (ca. 1210–1277) entwickelt hatte,²² außerdem etwa die rhetorische Lehre von Dilemmata („man kann es nicht richtig machen“) und Sophismen (Fehlschlüssen).²³

Die daran angehängte „Methodenlehre“ (*De la méthode*) ist daher wohl ein Zugeständnis an den Zeitgeist: Zwar entwickelt sie zum Beispiel die vier Regeln des Descartes fort zu einem Katalog von acht Regeln (S. 327). Sie fällt aber schon vom Umfang her gegenüber den anderen Teilen ab (67 von 349 Seiten in der deutschen Übersetzung) und verteidigt im Übrigen vehement die alten Glaubenswahrheiten, zum Beispiel, dass die Materie unendlich teilbar ist, und die Wahrheit von Wundern.²⁴ Arnauld und Nicole waren eben in erster Linie katholische (freilich reformerische²⁵) Theologen.

19 Redaktion, Logik IV, in: HWPh (Fn. 3), Band 5, Basel 1980, Sp. 375 f.; Hans Werner Arndt, Methode V, in: HWPh, Band 5, Basel 1980, Sp. 1316.

20 Genaue Genealogie offenbar: von griechisch *kánna* = Rohr über lateinisch *canna* und italienisch *cannone* = großes Rohr ins Deutsche.

21 Unten § 2 Rn. 31–33, § 15c Rn. 34–38.

22 *Petrus Hispanus*, *Summulae logicae* (ca. 1240), deutsche Ausgabe: Logische Abhandlungen, München 2006; siehe dort insb. S. 51–65. Weiteres zu ihm unten § 5 III Rn. 104–111.

23 Zum gesamten Absatz Antoine Arnauld/Pierre Nicole, *Die Logik oder die Kunst des Denkens*, 2. Aufl., Darmstadt 1994, S. 15 (Gemengsel), 137, 258, 38 ff. (Kategorien), 228 f. i.V.m. 49 ff. (Topik), 179–193 (Syllogistik), 220 ff. (Dilemmata), 233 ff. (Sophismen).

24 A.a.O., S. 288, 336 ff.

25 Die Richtung, der sie zugehörten, bezeichnete man als Jansenismus. Sie stand – wie übrigens auch Luther – in der Tradition des Augustinus.

2. Immanuel Kant (1724–1804) und Friedrich Carl von Savigny (1779–1861)

Nichtsdestoweniger wirkte diese Einteilung der Logik – mit einem abschließenden Abschnitt „zur Methode“ – offenbar prägend. So gliedert sich denn auch kein geringeres Werk als Immanuel Kants „Kritik der reinen Vernunft“ von 1781²⁶ in einen Teil I, genannt „Transzendente Elementarlehre“, und einen Teil II, genannt „Transzendente Methodenlehre“ (darin u.a. ein Abschnitt „Vom Meinen, Wissen, Glauben“). Dem gleichen Schema folgt Kants zentrales²⁷ Werk zur Ethik, die „Kritik der praktischen Vernunft“ (1788). Hingegen gibt es in der „Kritik der Urteilskraft“ (1790) – sie handelt vom Schönen und Erhabenen und von der Biologie – eine „Methodenlehre“ nur noch als „Anhang“ zu der letzteren.

14

Es gibt von Kant auch eine „Logik“, die als „Handbuch zu Vorlesungen“ firmiert (heute würde man wohl „Edelskript“ dazu sagen). Sie wurde im Jahr 1800 von seinem Schüler Gottlob Benjamin Jäsche (1762–1842) bearbeitet und herausgegeben.²⁸ Auch darin findet sich – nach einer sehr interessanten Einleitung²⁹ – die soeben genannte Einteilung in Elementarlehre (Begriffe, Urteile, Schlüsse) und Methodenlehre. Den Abschluss bildet ein § 120, überschrieben mit „Meditieren“: „Unter Meditieren ist Nachdenken oder ein *methodisches Denken* zu verstehen. – Das Meditieren muss alles Lesen und Lernen begleiten; und es ist hierzu erforderlich, dass man zuvörderst vorläufige Untersuchungen anstelle und *sodann* seine Gedanken in Ordnung bringe oder nach einer Methode verfare.“³⁰

Es ist sehr wahrscheinlich, dass **Kant** der erste war, der das **Wort „Methodenlehre“** verwendete.³¹ Aus einer deutschen Übersetzung der Logik von Port-Royal konnte er es nicht übernommen haben, denn eine solche erfolgte erst 1972 (!). „Methodenlehre“ als Übersetzung von *De la méthode* scheint dann aber gerade bei Juristen gut angekommen zu sein, vor allem bei Friedrich Carl von **Savigny** (1779–1861), dem wohl unbestritten bedeutendsten deutschen Juristen des 19. Jahrhunderts. Savigny war ein Zeitgenosse Wilhelm vom Humboldts (1767–1835) und setzte mit ihm gemeinsam in Berlin eine radikale Reform des Universitätswesens durch. Während sich die Universitäten zuvor

15

26 Übliche Abkürzung: KrV; 2. Aufl. 1787. – Übrigens sind einige Grundgedanken der KrV deutlich juristisch inspiriert, insbesondere spielt der Gedanke der Beweislast (dazu unten § 22 Rn. 12–14, 21–22) eine entscheidende (!) Rolle; siehe, zugleich auch als Einführung in die KrV, Joachim Lege, Wie juristisch ist die Vernunft? Kants „Kritik der reinen Vernunft“ und die richterliche Methode, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (ARSP) 76 (1990), S. 203–226.

27 Ob diese Charakterisierung zutrifft, mögen Fachphilosophen entscheiden. Jedenfalls steht das Werk zeitlich zwischen der „Grundlegung zur Metaphysik der Sitten“ (1785) und der „Metaphysik der Sitten“ (1797).

28 Immanuel Kant, Logik (1800), in: Werkausgabe, hrsg. von Wilhelm Weischedel, Band VI, Frankfurt a.M. 1977, S. 417–585.

29 Sie reflektiert insbesondere über logische *Vollkommenheit* gemäß ihrer Quantität (Größe), Relation (Wahrheit), Qualität (Klarheit) und Modalität (Gewissheit); also über eine *ästhetische* Kategorie. Näher zur Ästhetik unten § 31 II. – Die vier Aspekte greifen die „Tafel der Kategorien“ aus der „Kritik der reinen Vernunft“ auf (KrV B 106, A 80; „B“ bezeichnet die Seitenzahl der zweiten Auflage, „A“ die der ersten).

30 Kant, Logik (Fn. 28), S. 585.

31 Lutz Geldsetzer, Methodologie, in: HWPh (Fn. 3), Band 5, Basel 1980, Sp. 1382; dort auch zum soziologischen Hintergrund („massive Didaktisierung des ganzen Wissenschaftsbetriebs der späten Aufklärung“).

eher als Berufsausbildungsstätten verstanden hatten (sozusagen „Fachhochschulen“), sollten sie nun Stätten der Wissenschaft werden, mit einer Einheit von „Forschung und Lehre“.

- 16 Für die juristischen Fakultäten bedeutete dies vor allem, dass ein nicht geringer Teil des Lehrprogramms fortfiel: die sogenannte „Practische Jurisprudenz“ mit solchen Fächern wie Referier- und Dekretierkunst (also Rhetorik), Kautelarjurisprudenz (Vertragsgestaltung), Staats- und Kanzleipraxis, Archiv- und Registraturwissenschaft, Verteidigungskunst und so weiter (§ 5a Abs. 3 DRiG – Deutsches Richtergesetz – nennt dies heute Schlüsselqualifikationen).³² Auf diese Praxis sollten die Studenten erst losgelassen werden, nachdem sie das Recht – zuvörderst das Römische Recht – theoretisch durchdrungen hatten. Darin lag eine enorme Aufwertung der „Rechtswissenschaft“³³ (und ihrer Professoren) als einer dem Recht gegenüber kritischen Instanz. Und es führte zu der noch heute üblichen „zweistufigen“ Juristenausbildung, bestehend aus Studium und anschließendem Referendariat („Vorbereitungsdienst“, § 5 Abs. 1 DRiG).
- 17 Nichtsdestoweniger ergab sich durch den Wegfall dieser Fächer wohl ein gewisses Manko für die Studenten, was den kritischen Umgang mit Texten angeht – und zugleich ein großer Freiraum für Neues. Diese große Lücke scheint Savigny nun durch das geschlossen zu haben, was wir bis heute unter „Juristischer Methodenlehre“ verstehen: die Lehre von Auslegung und Subsumtion³⁴, bei Savigny allerdings unter besonderer Betonung des Systemgedankens. In dieser betont wissenschaftlichen Grundhaltung hatte Savigny bereits im Jahr 1802 – also noch vor seiner Habilitation (1803) – in Marburg ein Kolleg zur „Juristischen Methodologie“ gehalten, das in der Nachschrift eines Studenten erhalten ist.³⁵ Dabei war der Titel vermutlich sehr bewusst gewählt, denn Savigny hatte sich schon damals, mit 23 Jahren, vorgenommen, ein „Kant der Jurisprudenz“ zu werden.³⁶ Allerdings hat Savigny selbst dann nie eine „Methodenlehre“ veröffentlicht. Erst 1840, Savigny war schon über 60, gibt es in seinem späten Hauptwerk „System des heutigen Römischen Rechts“, genauer in dessen Band 1 (von fünf, 1840), eine ausgearbeitete Darstellung zu einem Teilaspekt.³⁷

32 Jan Schröder, Wissenschaftstheorie und Lehre der „praktischen Jurisprudenz“ auf deutschen Universitäten an der Wende zum 19. Jahrhundert, Frankfurt a.M. 1979.

33 Das Wort ist offenbar „eine Erfindung der deutschen historischen Rechtsschule“, deren Hauptvertreter eben Savigny ist (Erik Wolf, Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte, 2. Aufl., Tübingen 1963, S. 486).

34 Zum Thema „Subsumtion“ bei Savigny ausdrücklich nichts, in der Sache aber sehr wohl, z.B. wenn in § 37 gefragt wird, ob unter den Begriff *fundus* im Zwölftafelgesetz auch Häuser fallen: „Daher wurde jenes Wort ausdehnend auf alle unbewegliche [sic] Sachen, also auch auf Häuser, bezogen, und diese Auslegung [!] scheint auch niemals bestritten worden zu sein“ (S. 236 f.).

35 Der Student war Jakob Grimm (einer der Brüder Grimm). – Durchaus ungenau daher der vom Herausgeber gewählte Titel *Friedrich Carl von Savigny, Juristische Methodenlehre*. Nach der Ausarbeitung des Jakob Grimm herausgegeben von Gerhard Wesenberg, Stuttgart 1951. Grimm hatte notiert: „K. F. v. Savigny. Anleitung zu einem eigenen Studium [!] der Jurisprudenz.“ – Savignys sehr fragmentarisches Manuskript ist jetzt zugänglich als Band 2 der Reihe „Savignyana“: *Friedrich Carl von Savigny, Vorlesungen über juristische Methodologie 1802–1842*, hrsg. von Aldo Mazzacane, Frankfurt a.M. 1993, S. 86–131; dort ganz knapp zu den drei „Theilen“ der Interpretation: logisch, grammatisch, historisch (S. 89 f.); ab S. 99 bis S. 109 geht es dann um das System.

36 Erik Wolf (Fn. 33), S. 475 f.

37 *Friedrich Carl von Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Band 1*, Berlin 1840, Neudruck Aalen 1981, S. 206–330, überschrieben mit „Viertes Kapitel. Auslegung der Gesetze“. – Ausführliche

Auch der Systemgedanke verdankt sich offenbar dem Einfluss Kants: „Die Erkenntnis, als Wissenschaft, muss nach einer Methode eingerichtet sein. Denn Wissenschaft ist ein Ganzes der Erkenntnis als System und nicht bloß als Aggregat (also Ansammlung, J.L.).“³⁸

3. Die (deutschen) juristischen Methodendiskussionen bis 1945

Die Geschichte „der“ Juristischen Methodenlehre im 19. und im frühen 20. Jahrhundert ist überaus gut erforscht, vor allem im Bereich des Zivilrechts, und dort vor allem von Jan Schröder (geb. 1943), Joachim Rückert (geb. 1945), Ulrich Falk (geb. 1957) und Hans-Peter Haferkamp (geb. 1966). Auffällig ist allerdings: In dieser Zeit gab es „die“ Juristische Methodenlehre als Ganzes – und damit auch als Buchtitel – nicht oder jedenfalls nicht so wie heute.

18

Infolgedessen verbinden sich auch die „großen Namen“ der damaligen Zeit nicht mit einer „Allgemeinen Methodenlehre“ (als System, sozusagen), sondern mit einzelnen, durchaus prononcierten Positionen (die von den Gegnern dann gelegentlich ins Absurde überspitzt wurden). Die bekanntesten fünf Positionen stammen aus dem Zivilrecht: die Historische Rechtsschule mit ihrem Hauptakteur Friedrich Carl von **Savigny** (1779–1861), die sogenannte Begriffsjurisprudenz mit Georg Friedrich **Puchta** (1798–1846) und die sogenannte Pandektenwissenschaft³⁹ des Bernhard **Windscheid** (1817–1892); sodann der zwischen Begriffs- und Interessenjurisprudenz schwankende Rudolf von **Ihering** (1818–1892) – ein großer Spötter und nach Savigny der zweitberühmteste –, schließlich als dezidiierter Vertreter einer praxisorientierten Interessenjurisprudenz Philipp **Heck** (1858–1943).⁴⁰

Im Öffentlichen Recht sind die drei großen Namen diese: Carl (auch Karl) Friedrich von **Gerber** (1823–1891), Paul **Laband** (1838–1918) und Otto **Mayer** (1846–1924). Gerber und Laband, beide ursprünglich Zivilrechtler, stehen für die Einführung der „juristischen Methode“ auch im Staatsrecht⁴¹ – gemeint war damit letztlich die Bindung auch des Staates an das Recht (und nicht nur an die Zweckmäßigkeit

Darstellung und Auseinandersetzung: Joachim Rückert, Methode und Zivilrecht beim Klassiker Savigny (1779–1861), in: Joachim Rückert/Ralf Seinecke (Hrsg.), Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner, 3. Aufl., Baden-Baden 2017, S. 53–95.

38 Kant, Logik (Fn. 28), S. 571 (§ 96).

39 Benannt nach den „Pandekten“ (griechisch: die alles umfassen) oder auch „Digesten“ (lateinisch: einmal alles durchgekaut, vgl. englisch: to digest = verdauen), das ist der zweite und weitaus umfangreichste Teil des Corpus Iuris Civilis (= Corpus des Zivilrechts), das im Jahr 533 vom (ost-) römischen Kaiser Justinian veröffentlicht wurde. Es dürfte das – neben der Bibel – wichtigste Buch für die Entwicklung Europas sein.

40 Zum Einstieg – und zugleich mit eigenen „Methodenregeln für den Ernstfall“ (S. 39–52) –: Joachim Rückert/Ralf Seinecke (Hrsg.), Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner, 3. Aufl., Baden-Baden 2017, S. 53–202. Ferner zu Savigny, Windscheid und Heck die Beiträge von Joachim Rückert, Ulrich Falk und Heinrich Schoppmeyer in: Joachim Lege (Hrsg.), Greifswald – Spiegel der deutschen Rechtswissenschaft, Tübingen 2009, S. 61–91, 129–150, 189–207.

41 Walter Wilhelm, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert, Frankfurt a.M. 1958 (zu Laband); Peter von Oetzen, Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus, Frankfurt a.M. 1984 (zu Gerber).

oder auch „Staatsräson“⁴²). In gleicher Weise steht Otto Mayer für die „juristische Methode“ im Verwaltungsrecht.⁴³

Die Unterscheidung von Rechtmäßigkeit (strenge Bindung an das Gesetz) und Zweckmäßigkeit („Ermessen“) ist bis heute im Öffentlichen Recht von großer Bedeutung, man vergleiche Art. 84 Abs. 3 Satz 1 mit Art. 85 Abs. 4 GG (Grundgesetz) oder § 68 Abs. 1 Satz 1 mit § 114 Satz 1 VwGO (Verwaltungsgerichtsordnung).

- 19 Im Umfeld des Straf- und Kirchenrechts schließlich entsteht eine später sogenannte Allgemeine Rechtslehre oder Rechtstheorie: Gemeint ist Ernst Rudolf **Bierling** (1841–1919) mit seiner „Juristischen Prinzipienlehre“ (1894–1911).⁴⁴ Höhepunkt dieser Richtung ist der österreichische Staatsrechtler Hans **Kelsen** (1881–1973) – wohl der berühmteste deutschsprachige Jurist des 20. Jahrhunderts – mit seiner „Reinen Rechtslehre“ von 1934.⁴⁵ Ziel dieser Ansätze ist, grob gesagt, politische und moralische Wertungen aus der „Rechtsanwendung“ (also der juristischen Methode) herauszuhalten. Gustav **Radbruch**, der nächstberühmte (1878–1949) hat dies, nach einigem Zögern, dann doch nicht als „Euthanasie der Rechtsphilosophie“ bezeichnet.⁴⁶
- 20 Besonders schwierig zu bewerten ist der sogenannte **Weimarer Methoden- und Richtungsstreit** in der deutschen Staatsrechtslehre der 1920er Jahre – denn es ist im Kern ein rechtspolitischer Streit.⁴⁷ Auf der einen Seite standen die vor allem von den Gegnern so genannten „Positivisten“, die für eine strenge Gesetzesbindung eintraten, zuvörderst Gerhard **Anschütz** (1867–1948).⁴⁸ Die andere Seite war eine bunte Front von eher wertorientierten Juristen, die dem Gesetzgeber – der ja seit 1919 erstmals demokratisch legitimiert war – wenig zutraute und sich als „geisteswissenschaftliche Richtung“ verstand. In den Worten von **Erich Kaufmann** (1880–1972): „der Staat schafft nicht *Recht*, der Staat schafft *Gesetze*; und Staat und Gesetz stehen unter

42 Der Begriff „Staatsraison“ war ursprünglich nicht negativ besetzt: Immerhin bedeutet französisch *raison* ja „Vernunft“. Die heutige Vulgärfassung von Staatsräson ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz („geeignet – erforderlich – angemessen“). Näher und kritisch zu ihm § 15b Rn. 38–51.

43 Zu Gerber, Laband und Otto Mayer als Einstieg: *Michael Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Band 2, München 1992, S. 331–337, 341–348, 403–410.

44 Zu ihm etwa der Beitrag von *Andreas Funke* in: Joachim *Lege* (Hrsg.), Greifswald – Spiegel der deutschen Rechtswissenschaft, Tübingen 2009, S. 93–110.

45 Monumentale Biographie: *Thomas Olechowski*, Hans Kelsen, Tübingen 2020 (1027 Seiten). Die Werke Kelsens werden seit 2007, ebenfalls bei Mohr Siebeck in Tübingen, von *Matthias Jestaedt* herausgegeben (derzeit acht Bände). Die „Reine Rechtslehre“ von 1934 ist leicht erhältlich als preiswerte Studienausgabe (Tübingen 2008).

46 *Gustav Radbruch*, Rechtsphilosophie, 3. Aufl. 1932, § 3, 5 (zitiert nach der Studienausgabe, 2. Aufl., Heidelberg 2003, S. 27).

47 Dazu etwa *Michael Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Band 3, München 1999, S. 153–202 (dabei auch zur Gründung und Rolle der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, vgl. Fn. 49). – Siehe auch *Joachim Lege*, Neue methodische Positionen in der Staatsrechtslehre und ihr Selbstverständnis, in: Ernst-Wolfgang Böckenförde (Hrsg.): Staatsrecht und Staatsrechtslehre im Dritten Reich, Heidelberg 1985, S. 23–43 (24–29); *Oliver Lepsius*, Die gegensatzaufhebende Begriffsbildung. Methodenentwicklungen in der Weimarer Republik und ihr Verhältnis zur Ideologisierung der Rechtswissenschaft im Nationalsozialismus, München 1994.

48 Von ihm stammt der Standardkommentar zur Weimarer Reichsverfassung: *Gerhard Anschütz*, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, 1. Aufl., Berlin 1921 (290 Seiten); 14. Aufl., Berlin 1933 (800 Seiten).

dem Recht.“⁴⁹ Weitere Vertreter dieser Richtung waren Rudolf **Smend** (1882–1975) mit seiner etwas nebulösen Integrationslehre (Aufgabe der Verfassung ist, den Staat zu einer Sache auch aller Einzelnen, zu einem „Gemeinwesen“⁵⁰ zu machen) und Gerhard **Leibholz** (1901–1982).⁵¹ – Während die bisher genannten sicherlich „keine Nazis waren“⁵² (Leibholz und Kaufmann wurden sogar als jüdisch verfolgt), hat sich der berühmteste dieser Anti-Positivisten, **Carl Schmitt** (1888–1985),⁵³ nach Hitlers Machtergreifung (1933) sofort den Nationalsozialisten und ihrem „völkischen Rechtsdenken“⁵⁴ angedient. Es ist deshalb schwer verständlich, dass seine Methoden-schrift „Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens“ (Hamburg 1934) noch heute von manchen als großer Wurf angesehen wird (ihre Begriffsstrategie ist leicht zu durchschauen, s.u. § 3 Rn. 2⁵⁵).

Ebenso schwer verständlich ist, dass nach dem Krieg ausgerechnet der Positivismus für die „Wehrlosigkeit der Juristen“ gegenüber dem Nationalsozialismus verantwortlich gemacht wurde.⁵⁶ Diese „Positivismus-Schuldthese“ dürfte mittlerweile eindeutig als eine damals willkommene „Geschichte“ und doch sehr falsche Erzählung widerlegt sein.⁵⁷

Wann die „Juristische Methodenlehre“ erstmals als Buchtitel erscheint, ist nicht mit Sicherheit festzustellen. Eine von Rückert als „Geheimtipp“ empfohlene Darstellung der Materie von dem Deutsch-Ungarn **Felix Somló** (1873–1920) trägt den Titel „Juristische Grundlehre“ (1917, 2. Aufl. 1927).⁵⁸

49 *Erich Kaufmann*, Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL), Band 3 (1927), S. 1–24 (20. Hervorhebungen im Original).

50 Spuren davon unverkennbar im Werk seines Schülers *Konrad Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, Rn. 16 ff.: „Die Verfassung und ihre Bedeutung für das Gemeinwesen“.

51 Siehe zu Smend und Leibholz auch die Beiträge von *Dominik Richers* und *Manfred H. Wiegandt* in: Lege (Hrsg.), Greifswald (Fn. 44), S. 271–283, 373–397; ferner dort den Beitrag zu Günther Holstein (1892–1931) von *Stefan Koriath* (S. 285–302).

52 *Konrad Hesse* hat sich einmal dagegen verwahrt, dass die Vertreter der geisteswissenschaftlichen Richtung „alle schon Nazis“ gewesen seien.

53 Die Literatur zu Carl Schmitt, vor allem auch aus politologischer Sicht, ist kaum zu überschauen. Zu einem biographischen Einzelaspekt und zur Kritik an seinem „konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenken“ siehe die Beiträge von *Reinhard Mehring* und *Bernd Rüthers* in: Lege (Hrsg.), Greifswald (Fn. 44), S. 323–353 und 401–416.

54 Standardwerk dazu: *Klaus Anderbrügge*, Völkisches Rechtsdenken. Zur Rechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus, Berlin 1978.

55 Und auch schon *Lege*, Neue methodische Positionen (Fn. 47), S. 23–43 (33–36).

56 Neben vielen anderen hat ausgerechnet auch *Gustav Radbruch*, selbst von den Nazis des Amtes enthoben, diese These vertreten (Fünf Minuten Rechtsphilosophie [1945], zitiert nach der Studienausgabe seiner „Rechtsphilosophie“, 2. Aufl., Heidelberg 2003, S. 209 f.).

57 *Lena Foljanty*, Recht oder Gesetz. Juristische Identität und Autorität in den Naturrechtsdebatten der Nachkriegszeit, Tübingen 2014, Kapitel 1 (S. 19–50).

58 Erscheinungsort Leipzig. Allerdings handelt es sich eher um eine Allgemeine Rechtslehre, die eigentlichen Methodenfragen nehmen nur geringen Raum ein (§§ 110–122, S. 370–429: Die Deutung und Anwendung des Rechts, zitiert nach der ersten Auflage). Sehr schön § 122 (S. 427): „Wir haben bereits hervorgehoben, daß die Stellung des Richters zum Gesetze nur ein Sonderfall der Stellung des Normadressaten zum Recht ist.“

Das Verdienst, als erste ein **Buch** mit dem Titel „**Juristische Methodenlehre**“ vorgelegt zu haben, gebührt daher wohl nahezu zeitgleich Arthur **Baumgarten** (1884–1966) und Wilhelm **Sauer** (1879–1962). Das Werk Baumgartens erschien 1939 in Bern unter dem Titel „Grundzüge der Juristischen Methodenlehre“ (192 Seiten) – aus heutiger Sicht ist es eher eine Einführung in die Rechtswissenschaft. Sauer's Werk (Stuttgart 1940) mit dem alleinigen Titel „Juristische Methodenlehre“ beeindruckt mehr noch durch den Untertitel: „Zugleich eine Einleitung in die Methodik der Geisteswissenschaften“. In der Tat ist das Buch mit seinen 624 Seiten nicht nur ein methodologischer, sondern auch ein dogmatischer und rechts- und sozialphilosophischer Rundumschlag,⁵⁹ und dies in einer problematischen Zeit. Es ist daher bemerkenswert, dass sich Sauer kritisch zu nationalsozialistisch geprägten Positionen äußert (völkisches Rechtsdenken, konkretes Ordnungsdenken, Rasselehre).⁶⁰ Im Jahr 1933 war er noch ein euphorischer Anhänger Hitlers gewesen.⁶¹

4. Die „Juristische Methodenlehre“ seit 1945

- 23 Es ist kein Ruhmesblatt der deutschen Jurisprudenz, dass ausgerechnet ein Jurist, der sich in der Zeit des Nationalsozialismus ganz besonders im Sinn des „völkischen Rechtsdenkens“ hervorgetan hatte,⁶² in der frühen Bundesrepublik zum Autor des Standardwerks zur Methodenlehre wurde: Karl **Larenz** (1903–1993). Seine „Methodenlehre der Rechtswissenschaft“ erschien erstmals 1960,⁶³ die 6. Auflage erfolgte 1991 (danach wurde das Werk als „Studienausgabe“ von seinem Schüler Claus-Wilhelm **Canaris** fortgeführt⁶⁴). Skandalös ist dabei nicht nur die persönliche, sondern vor allem die sachliche Kontinuität: Larenz hat an seinen methodischen Grundvorstellungen, die es so leicht machen, das Recht den herrschenden Wertvorstellungen vauseilend anzupassen, ohne Bedenken festgehalten.⁶⁵ Dies gilt vor allem für seine Interpretation

59 Siehe die Rezension von [Ernst?] *Weigelin*, in: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV), Band 31 (1941), S. 159–165.

60 *Wilhelm Sauer*, Juristische Methodenlehre, Stuttgart 1940, S. 597–605. Sehr schön S. 605: „Unzulässig und unmöglich [!] ist, oberste Leitziele des Gemeinschaftslebens, das Gemeinwohl, die Gerechtigkeit (...) in eine konkrete Ordnung (...) hineinzulegen und daselbst in Paragraphen oder in einem Vorspruch zu normieren (...). Das wäre eine unwirksame Positivierung der Rechtsidee (Hervorhebung J.L.)“ – Zur Rechtsidee siehe unten § 30 III. – Bemerkenswert im Übrigen: Bei *Sauer* fehlen im Sachverzeichnis die Stichworte „Syllogismus“ und „Subsumtion“ ganz. Und zur Subsumtion, so wie die „herrschende juristische Logik“ sie versteht, heißt es: Sie habe „lebensfremde, rein formale Gebilde und ebensolche Urteile“ zur Folge (S. 236).

61 *Ingo Müller*, Furchtbare Juristen, München 1987, S. 78: „Dabei versuchte mancher alte Ordinarius, die jungen Kollegen an Begeisterung noch zu überbieten.“

62 Werke aus dieser Zeit z.B.: *Karl Larenz*, Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie, Tübingen 1934; Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenkens, Berlin 1938.

63 Erscheinungsort: Berlin und Heidelberg, dort auch alle weiteren Auflagen.

64 Zuletzt 3. Aufl. (Studienausgabe), Berlin etc. 1995.

65 So ganz ausdrücklich: *Karl Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Berlin etc. 1969, S. 86 Fn. 3: „Zwar sehe er, „was wohl kaum betont zu werden braucht, heute vieles sehr anders als damals“. Trotzdem: „Hegels großartige Leistung bleibt einmal seine Logik des ‚konkreten Begriffs‘, zum anderen (...). Insoweit halte ich auch heute den Hegelianismus der zwanziger Jahre noch nicht für ‚überholt‘“. Erst in der letzten, der 6. Auflage 1991, wurde die Passage über Hegel gestrichen (S. 84 Fn. 2; in der 5. Aufl. 1983 ist sie noch vorhanden). Siehe auch die vier folgenden Fußnoten.

von Hegels „konkret-allgemeinem Begriff“⁶⁶ – so harmlos sie heute klingen mag.⁶⁷ Eine auf solcher Grundlage entworfene „Wertungsjurisprudenz“ (das ist Larenz' eigene Firmierung)⁶⁸ bleibt zumindest verdächtig.⁶⁹

Mit dem Label „Juristische Methodenlehre“ scheint die hochangesehene „Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft“, in der Larenz' Werk erschien, allerdings ein Fach geschaffen zu haben, das sich gut in die akademische Lehre eingliedern ließ: neben die klassische Rechtsphilosophie und ohne allzu viel Rechtstheorie. Im Jahr 1971 erschien die schlanke „Einführung in die Juristische Methodenlehre“⁷⁰ von Reinhold **Zippelius** (geb. 1928) – sie erlebte, mit Erweiterungen und seit 1985 unter dem Titel „Juristische Methodenlehre“, elf Auflagen (bis 2012) und wird jetzt von seinem Schüler Thomas Würtenberger fortgeführt (2021). Im Jahr 1972 folgte, als Ausgliederung aus seinen „Grundzügen der Rechtsphilosophie“ (erstmalig 1950), eine „Juristische Methodenlehre“ von Helmut **Coing** (1912–2000) – sehr nüchtern, sachlich und vermittelnd.⁷¹ Zippelius steht in mancher Hinsicht Larenz nahe, etwa beim „wertorientierten Denken“ und beim „Typusbegriff“. In der philosophischen Grundlegung unterscheidet er sich aller-

24

66 Aus der NS-Zeit: Karl Larenz, Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenkens, Berlin 1938, S. 43–53 (52 f., Hervorhebung J.L.): „Das völkische Rechtsdenken spricht, was ausdrücklich betont werden muss, keinem Menschen, auch nicht dem Rassefremden, die Rechtsfähigkeit und damit auch die Persönlichkeit ab. Der § 1 des BGB bleibt unberührt; aber durch die Geburt erlangt der Mensch nicht eine abstrakte ‚Rechtsfähigkeit überhaupt‘, sondern eine konkrete Rechtsfähigkeit (als Rassegenosse oder Rassefremder).“ Da bleibt dann eben für manche Menschen vom Begriff der Rechtsfähigkeit nur eine (wie scheußlich, weil abstrakte) inhaltsleere Hülle übrig. (Ich denke jetzt ganz konkret an die Häftlingslisten in Auschwitz.)

Nebenbei: Seit der dritten Auflage der Methodenlehre (1975) heißt es in dem „Exkurs“ zu Hegel: Beim *Eigentum* könne der konkret-allgemeine Begriff sehr wohl dafür sorgen, dass die Eigentümerbefugnisse nicht „auf eine ‚leere Menge‘ reduziert werden“ (Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Heidelberg etc. 1991, S. 460). Typischerweise lässt Larenz dann freilich offen, welche „bedeutend inhaltsreichere Vorstellung“ dem Grundgesetzgeber bei der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG vor Augen gestanden hat; dies könne „hier nicht weiter entwickelt werden“. Konkret heißt das wohl: Das werden wir „wertorientiert“ nach Belieben erkennen. – Siehe aus der NS-Zeit auch Karl Larenz, Zur Logik des konkreten Begriffs, Deutsche Rechtswissenschaft (DRW) 1940, S. 279–299.

67 Siehe den nur noch „Exkurs“ in Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Heidelberg etc. 1991, S. 457–460: Das Eigentum im Sinn des BGB und des Grundgesetzes ist, salopp gesagt, kein leeres Wort („abstrakt“), sondern ein – in meinen Worten – Bündel von Rechten und Pflichten („konkret“). So weit, so trivial. Für den Larenz der NS-Zeit hieß es darüber hinaus insbesondere: Der abstrakte Begriff „jeder Mensch“ müsse durch den konkreten Begriff „Rechtsgenosse“ ersetzt werden, und dieser „könnte“ (?) in einem neuen § 1 BGB wie folgt an die Spitze der Rechtsordnung gestellt werden: „*Rechtsgenosse ist nur, wer Volksgenosse ist, Volksgenosse ist, wer deutschen Blutes ist*“, so Karl Larenz, Rechtsperson und subjektives Recht. Zur Wandlung der Rechtsgrundbegriffe, in: Karl Larenz (Hrsg.), Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, Berlin 1935, S. 225–260 (241, Hervorhebung im Original). Man sieht: Das „Konkrete“ gibt dem Recht vor, wie es zu sein hat.

68 Larenz, Methodenlehre (Fn. 67), S. 119–125.

69 Zur Kritik an Larenz besonders scharf Bernd Rüthers/Christian Fischer/Axel Birk, Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre, 12. Aufl., München 2022, Rn. 563–573, 931; außerdem Lepsius (Fn. 47), S. 271–286. – Übrigens schreibt Larenz selbst (Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1. Aufl., Heidelberg etc. 1960, S. 355): „Wer sich auf den ‚konkreten Begriff‘ einläßt, verläßt den Boden einigermaßen als gesichert geltender Denkmethode, er setzt sich damit nicht geringen Gefahren aus.“ Wie viel mehr aber dann diejenigen, die ihm zum Opfer fallen! – Aufgespießt hat diese Gefahrklause schon der Rezensent Alexander Hollerbach, in: Philosophisches Jahrbuch 69 (1961/62), S. 426–429 (428).

70 137 Seiten; Erscheinungsort: München, dort auch alle späteren Auflagen.

71 Erscheinungsort: Berlin etc.

dings sehr von ihm: Zippelius ist Anhänger des Kritischen Rationalismus von Karl Raimund Popper (1902–1994), bei dem es keine „Wesensschau“ des Richtigen gibt, sondern nur ein „experimentierendes Denken“, das sich seiner Fehlbarkeit bewusst ist (s.o. Rn. 11). Allerdings bleibt zumindest in *hard cases* das Problem, wie eine rechtliche Entscheidung eigentlich „falsifiziert“, d.h. objektiv als falsch widerlegt werden kann.

- 25 Als **wesentlichen Inhalt** der „Juristischen Methodenlehre“ – deren Kanon sozusagen – kann man seither im Kern nennen
- die juristische Logik (Justizsyllogismus und Subsumtion)
 - die Lehre von der Auslegung (u.a. mit Savignys vier *canones*)
 - die Lehre von der Rechtsfortbildung (Analogie und Umkehrschluss etc.), mehr oder weniger ausführlich ergänzt um
 - das Problem der Verfassungsinterpretation (seit den 1960er Jahren viel diskutiert), man denke an Konrad Hesse (1919–2005), Ernst-Wolfgang Böckenförde (1930–2019), Martin Kriele (1931–2020), Peter Häberle (geb. 1932) und Alexander Hollerbach (1931–2020)
 - Argumentationslehre (als eine Art Fortleben der Rhetorik)
 - historische Einführungen (so bei Larenz)
 - rechts- und erkenntnistheoretische Grundfragen.

Kurz: In der „**Juristischen Methodenlehre**“ überschneiden sich die drei Kreise der (juristischen) Logik, der (eher untergründig fortwirkenden) Rhetorik und der Rechtstheorie/Rechtsphilosophie. Teilweise wird sie daher auch als ein Teilgebiet der Rechtsphilosophie und Rechtstheorie⁷² oder der Allgemeinen Rechtslehre⁷³ „mitbehandelt“.

- 26 Vor diesem Hintergrund gehört in den Kreis der Methodenlehren auch der – ebenfalls von Popper, außerdem von Kelsen beeinflusste – Klaus **Adomeit** (1935–2019). Seine mit einem gewissen Understatement so betitelte „Rechtstheorie für Studenten“ (Heidelberg 1979)⁷⁴ enthält zumindest für die juristische Logik einiges mehr – und sehr viel Klare – als etwa „der Larenz“. Das Buch wird seit der 5. Auflage fortgeführt von Susanne Hähnchen (geb. 1969). – Eine Sonderstellung nimmt die „Juristische Methodik“ (Berlin 1971) von **Friedrich Müller** (geb. 1938) ein. Sie beruht auf einer eigenen rechtstheoretischen Konzeption (Stichwort: Normbereich und Normprogramm) und hat unter dem Namen „Strukturierende Rechtslehre“ geradezu eine „Schule“ begründet. Wichtigster Schüler ist Ralph Christensen (geb. 1953); er gibt die „Juristische Methodik“ seit der 7. Aufl. 1997 heraus (nunmehr in 2 Bänden).⁷⁵ – Von Wolfgang **Fikentscher** (1928–2015)

72 So z.B. in den Lehrbüchern von z.B. *Norbert Horn*, Einführung in die Rechtswissenschaft und die Rechtsphilosophie, 6. Aufl., Heidelberg 2016; *Winfried Hassemer/Ulfrid Neumann/Frank Saliger* (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 9. Aufl., Heidelberg 2016 (die ersten Auflagen herausgegeben von Arthur Kaufmann/Winfried Hassemer); *Reinhold Zippelius*, Rechtsphilosophie, 6. Aufl., München 2011; siehe zur Rechtstheorie auch sogleich im weiteren Text.

73 Im monumentalen Werk von *Klaus Röhl/Hans Christian Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl., München 2008, bildet sie den Abschluss.

74 Die ersten Auflagen sind in der Reihe „UTB“ erschienen (Uni-Taschenbücher), seit der 5. Auflage erscheint das Buch in der Reihe „Start ins Rechtsgebiet/Jura auf den Punkt gebracht“. Mittlerweile liegt es in der 7. Auflage vor (2018).

75 Mittlerweile liegen vor: *Friedrich Müller/Ralph Christensen*, Juristische Methodik, Band 1: Grundlagen für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis, 11. Aufl., Berlin 2013; Band 2: Europarecht, 3. Aufl., Berlin 2012.

stammt das Fünf-Bände-Werk „Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung“ (Tübingen 1975–1977). Es nimmt insbesondere auch die Methoden des anglo-amerikanischen Fallrechts in den Blick (Band II).

Einen „Schwung“ von recht eigenwilligen Methodenlehren brachten die **frühen 1980er Jahre**. Eher querdenkerisch (im positiven Sinn) verfährt, u.a. in Auseinandersetzung mit Luhmann und Habermas, die „Methodenlehre für Juristen“ (Heidelberg 1981, 3. Aufl. 1999) von Hans-Martin **Pawlowski** (1931–2016). Eher traditionell auf (österreichische) Dogmatik ausgerichtet ist das Werk „Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff“ (Wien 1982, 2. Aufl. 1991) von Franz **Bydlinski** (1931–2011).⁷⁶ Die „Juristische Argumentationslehre“ (Darmstadt 1986) von Ulfrid **Neumann** (geb. 1947) greift fachphilosophische Diskussionen auf. Besonders anspruchsvoll ist die „Juristische Begründungslehre“ (München 1982, keine Neuauflage) von **Koch/Rüßmann**, also Hans-Joachim Koch (geb. 1944 – im Schwerpunkt ein Verwaltungsrechtler) und Helmut Rüßmann (geb. 1943 – einer der ersten, die sich mit Rechtsinformatik beschäftigt haben). Sie stellt die juristischen Argumente mit Hilfe der sogenannten „formalen“, besser: mathematischen Logik dar, also mit abstrakten Symbolen, Formeln und Kalkülen. Ob damit ein großer Erklärungswert einhergeht, wird unterschiedlich beurteilt.

Gerade nicht als „Methodenlehre“, sondern als „Wissenschaftstheorie für Juristen“ (Frankfurt a.M. 1980, keine Neuauflage)⁷⁷ firmierte bereits zuvor das in dieselbe Kerbe schlagende Werk von **Herberger/Simon**, also Maximilian Herberger (geb. 1946, auch er einer der ersten Rechtsinformatiker) und Dieter Simon (geb. 1935). Auch das weniger bekannte Werk „Juristische Logik und Argumentation“ (Freiburg i.Br. 1983) von Elmar **Bund** (1930–2008) gehört in den Kreis dieser damals progressiven Positionen.

Die 1986 erschienene „Methodenlehre für das juristische Studium“⁷⁸ von Dieter **Schmalz** (geb. 1933) hat keine eigenen Akzente gesetzt. Als bewusster Kontrast zur herrschenden Methodenlehre tritt hingegen 1988 die „Juristische Rhetorik“ (5. Aufl. 2015)⁷⁹ von Wolfgang **Gast** (geb. 1940) auf, gerade weil sie das methodische Standardprogramm im Untertitel führt: „Auslegung, Begründung, Subsumtion“.

Ein wenig zwischen die Fronten geraten ist die sehr anschauliche „Juristische Methodik im Prozess der Rechtsanwendung“ von **Looschelders/Roth** (1996; keine Neuauflage) – vielleicht deshalb, weil die Autoren Dirk Looschelders (geb. 1960) und Wolfgang Roth (geb. 1962) damals noch nicht etabliert genug waren.

Die **Ende der 1990er Jahre** erschienenen „Methoden und Techniken der Rechtsanwendung“ (Heidelberg 1998) von Lutz **Treder** (geb.??) verbinden eine konventionelle Methodenlehre mit spezifisch auf Studenten zugeschnittenen Themen (wie schreibe ich eine Klausur oder Hausarbeit?), sparen aber auch Grundlagenaspekte (Rechtsphilosophie, Rechtssoziologie) nicht aus. In zweiter, gekürzter Auflage wurde das Buch gemeinsam mit Guy **Beaucamp** (geb. 1964) fortgeführt; dessen Sohn Jakob **Beaucamp**

⁷⁶ Es gibt auch eine Kurzfassung (Grundzüge der juristischen Methodenlehre, Wien 2005), die mittlerweile von seinem Sohn Peter Bydlinski (geb. 1957) fortgeführt wird (3. Aufl., Wien 2018).

⁷⁷ Untertitel: Logik, Semiotik, Erfahrungswissenschaften.

⁷⁸ Erscheinungsort: Münster; 4. Auflage: Baden-Baden 1998.

⁷⁹ Erscheinungsort der 1. Auflage: Tübingen; ab der 2. Auflage: Heidelberg.

(geb. 1989) ist mittlerweile an die Stelle Treders getreten.⁸⁰ Ganz den Schwerpunkt auf die vor allem studentische „Arbeitstechnik“ (Zitieren, Recherchieren ...) legen einige weitere Werke.⁸¹

Die kompakte „Juristische Methodik“ (Berlin 1998) des leider früh verstorbenen Strafrechtlers Joachim **Vogel** (1963–2013) geht durchaus eigene Wege, indem sie zur Anschauung jeweils einen Fall präsentiert und kurz sogar Kautelarjurisprudenz und Gesetzgebungslehre behandelt. Die „Juristische Methodenlehre“ (Bern 1998)⁸² des Schweizer Ernst A. **Kramer** (geb. 1944) bleibt im herkömmlichen Rahmen. Das Gleiche gilt für die „Methodenlehre des Zivilrechts“ (Tübingen 1998) von Jan **Schapp** (geb. 1940). Zu erwähnen ist ferner der Arbeitsrechtler Rudolf **Wank** (geb. 1943) mit dem ebenfalls schmalen Werk „Die Auslegung von Gesetzen“ (Köln 1997).⁸³ Umso umfangreicher kommt die „Rechtstheorie“ (München 1999) von Bernd **Rüthers** (1930–2023) daher, auch er Arbeitsrechtler und mit Recht berühmt dafür, dass er als einer der ersten mit großem Mut die NS-Vergangenheit der deutschen Justiz aufgearbeitet hat (Klassiker: „Die unbegrenzte Auslegung“, Tübingen 1968). Mittlerweile firmiert das Buch unter „Rechtstheorie und Juristische Methodenlehre“ (11. Aufl. 2020, mit Christian Fischer und Axel Birk).

- 29 Diese Erweiterung des Titels lässt darauf schließen, dass sich „**Methodenlehre**“ **derzeit** (wieder) gut verkauft. So heißt denn auch Adomeits „Rechtstheorie für Studenten“ mittlerweile „Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre“ (7. Aufl. 2018). Vor allem aber sind zwei gewichtige und erfolgreiche Neuerscheinungen zu nennen: Die „Juristische Methodenlehre“ (Baden-Baden 2016, 2. Aufl. 2020) von **Franz Reimer** (geb. 1971) und die „Juristische Methodenlehre“ (München 2017, 6. Aufl. 2025) von **Thomas M. J. Möllers** (geb. 1962).⁸⁴ Wollte man beide kurz charakterisieren, könnte man sagen: Die Methodenlehre von Möllers ist eher ein Handbuch⁸⁵, während in der Methodenlehre von Reimer auch ein neuer Systemwille steckt – so dass man sie in diesem Sinn (s.o. Rn. 17 am Ende) als wissenschaftlicher bezeichnen kann.

Etwas irreführend ist der Titel „Fälle zur Methodenlehre“ (München 2020, 2. Aufl. 2023) von Carsten **Herresthal** (geb. 1972) und Johannes **Weiß** (geb. 1992), denn das Buch ist in seinem ersten Teil (in beiden Auflagen: knapp zur Hälfte) ein ganz konventionelles Lehrbuch. Auch die umfangreiche „Juristische Methodenlehre“ (München 2020) des schon erwähnten Rolf **Wank** (geb. 1943) hält sich ganz im Bereich des Konventionellen und blendet tiefer schürfende Fragen zur Logik, Lin-

80 Die erste Auflage erschien als Uni-Taschenbuch; seit der 2. Auflage (Heidelberg 2011) erscheint das Buch in der Reihe „Start ins Rechtsgebiet“ und liegt mittlerweile in 5. Auflage vor (2023).

81 **Thomas M. J. Möllers**, Juristische Arbeitstechnik und wissenschaftliches Arbeiten, München 2001 (10. Aufl. 2021); **Peter Bringewat**, Methodik der juristischen Fallbearbeitung, Stuttgart 2007 (3. Aufl. 2017) – dort aber auch sehr schön zur Subsumtion!; **Peter J. Tettinger**, Einführung in die juristische Arbeitstechnik (München 1982), seit der 4. Aufl. fortgeführt von **Thomas Mann** (jetzt 5. Aufl. 2015).

82 Mittlerweile 6. Aufl., München 2019.

83 Mittlerweile 7. Aufl., München 2023.

84 Bei beiden muss man den Vornamen hervorheben: Franz Reimer hat einen Bruder (Ekkehard) und einen Namensvetter (Philipp), die ebenfalls Jura-Professoren sind, Thomas M. J. Möllers einen auch in der Rechtstheorie berühmten Namensvetter in Christoph Möllers (geb. 1969).

85 Handbücher sind die typische Anwaltsliteratur: Man findet dort alles, ohne dass der Autor sich allzu sehr festlegt (man will schließlich beide Seiten vertreten können). Legendar im Öffentlichen Recht: Bernhard Stürer (1948–2022).

guistik oder Philosophie bewusst aus. Umso stärker theorieorientiert (gerade auch aktuell!) ist der Artikel „Grundlagen der Methodenlehre I und II“ von Klaus F. **Röhl** (geb. 1938) in der – digitalen – Enzyklopädie zur Rechtsphilosophie (EzR, zuerst 2013).⁸⁶

Noch innovativer als die Methodenlehre von Reimer ist schließlich das Werk von Hans-Joachim **Strauch** (geb. 1939): „Methodenlehre des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens. Prozesse richterlicher Kognition“ (1. Auflage: Freiburg i.Br. 2018; 2. Auflage: Baden-Baden 2022).⁸⁷ Strauch wirft – und dies als „Praktiker“!⁸⁸ – im Grund als einziger auf breiter Front einen wissenschaftstheoretisch anschlussfähigen Blick über den Tellerrand und setzt sich insbesondere mit neueren erkenntnistheoretischen Positionen auseinander. Die hier vorgelegte Neue Juristische Methodenlehre (NJML) fühlt sich ihm (und Reimer) daher am meisten verbunden. – Eine Kurzfassung seiner Lehre hat **Strauch** unter dem Titel „Richterliche Urteilsfindung. Methoden und Praktiken“ vorgelegt (Tübingen und Stuttgart 2023⁸⁹).

Zu erwähnen sind im Übrigen vier neuere Werke zur Rechtstheorie. Die „Rechtstheorie“ (München 2007, 2. Aufl. 2015) von Thomas **Vesting** (geb. 1958) ist interdisziplinär am weitesten gespannt und insoweit besonders aktuell. Näher am juristischen Mainstream und der herkömmlichen Methodenlehre segelt, trotz eigenen Ansatzes (Kernbegriff „zusinnen“ und „Zusinnbarkeit“), die „Rechtstheorie“ (Stuttgart 2015, 2. Aufl. 2019) von Michael **Potacs** (geb. 1958). Umso eigenwilliger verfährt, schon in der literarischen Form, die „Rechtstheorie zur Einführung“ (Hamburg 2017) seines Wiener Fakultätskollegen Alexander **Somek** (geb. 1961). „Sinn“ ist die zentrale Kategorie auch der jüngst erschienenen „Rechtstheorie“ von **Philipp Reimer** (Baden-Baden 2022).⁹⁰

30

Ferner ist hinzuweisen auf die historischen Untersuchungen des schon erwähnten Jan **Schröder** (geb. 1943): „Recht als Wissenschaft. Geschichte der [!]“⁹¹ juristischen Methode vom Humanismus bis zur historischen Schule (1500–1850)“ (München 2001)⁹² sowie „Rechtswissenschaft in Diktaturen. Die juristische Methodenlehre im NS-Staat und in der DDR“ (München 2016). Den weitesten historischen Längsschnitt bietet das Werk von Peter **Raisch**: „Juristische Methoden. Vom antiken Rom bis zur Gegenwart“ (Heidelberg 1995).

⁸⁶ <http://www.enzyklopaedie-rechtsphilosophie.net/inhaltsverzeichnis/19-beitraege/78-methodenlehre/>; <http://www.enzyklopaedie-rechtsphilosophie.net/inhaltsverzeichnis/19-beitraege/77-methodenlehre2.> – Die EzR wird herausgegeben von der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR), Sektion Deutschland.

⁸⁷ Benutzerfreundlicher ist die erste Auflage, denn die zweite enthält – wohl infolge eines Versehens des Verlags – keine Register.

⁸⁸ Strauch war Verwaltungsrichter u.a. am Bundesverwaltungsgericht und zuletzt Präsident des Thüringer Oberverwaltungsgerichts in Weimar.

⁸⁹ Erschienen in der Reihe „UTB“ (Uni-Taschenbücher).

⁹⁰ Bezüglich des Vornamens siehe Fn. 84.

⁹¹ Dies ist ja eine der Hauptthesen der Neuen Juristischen Methodenlehre (NJML): Es gibt nur eine juristische Methode, und sie allein macht die Jurisprudenz zur Wissenschaft. Dazu bereits: *Joachim Lege*, Was leistet „die“ Juristische Methode (und Methodenlehre)? Unter besonderer Berücksichtigung „der“ Antiken Gerichtsrhetorik, in: Susanne Hähnchen (Hrsg.), Eine Methodenlehre oder viele Methoden?, Tübingen 2020, S. 21–45.

⁹² Genauer dazu unten § 39 Rn. 35.

- 31 Ganz aktuell sind angesichts der Allgegenwart der Europäischen Union und ihrer pionierhaften rechtlichen Konstruktion Untersuchungen zu den damit einhergehenden methodischen Problemen (Stichworte etwa: „richtlinienkonforme Auslegung“, „Anwendungsvorrang“).⁹³ Die erste „Europäische Methodenlehre“ als Gesamtdarstellung hat, als Herausgeber, Karl **Riesenhuber** initiiert (Berlin 2006, 4. Aufl. 2021). Nicht nur, aber auch europarechtlich orientiert ist ein Werk von Axel **Adrian**: „Grundprobleme einer juristischen (gemeinschaftsrechtlichen) Methodenlehre“ (Berlin 2009). Adrian – auch er ein Praktiker (Notar) – bietet freilich noch mehr: eine eigene wissenschaftstheoretische Grundlegung und ein Bekenntnis zur *fuzzy logic*.

Sehr sympathisch sind zwei vor allem auf studentische Bedürfnisse zugeschnittene, dabei durchaus kritische Werke von Otto **Lagodny** (geb. 1958): „Gesetzestexte suchen, verstehen und in der Klausur anwenden“ (Berlin 2008, 2. Aufl. 2012); „Juristisches Begründen“ (Wien 2013). Das zweite geht zudem in Richtung dessen, was die NJML als Fragen der „Gelungenheit“ rechtlicher Entscheidungen bezeichnet.

- 32 Den Schlusspunkt mag schließlich ein weiterer zeitlicher Längsschnitt setzen: drei Werke, die das juristische *Denken* zum Thema haben. Da ist zunächst die klassische „Einführung in das juristische Denken“ (1956, 9. Aufl. Stuttgart 1997) von Karl **Engisch** (1899–1990) – sie liest sich heute ein wenig spröde und folgt deutlich dem heute gängigen, stark am Gesetz orientierten Modell der „Rechtsanwendung“ (Untersatz, Obersatz, Subsumtion, Auslegung) und „Rechtsfortbildung“ (unbestimmte Rechtsbegriffe, Lückenergänzung etc.). Ganz anders Philippe **Mastronardi** (geb. 1946) mit dem Werk „Juristisches Denken“ (2001, 2. Aufl. Bern 2003). Mastronardi interessiert sich nach einem juristischen Vorspiel zunächst stark für das Denken überhaupt, vor allem für das Denken in Polaritäten („Beobachten und Teilnehmen“, „System und Diskurs“⁹⁴ etc.). Erst dann folgen „Spielarten des juristischen Denkens“, wobei auf Subsumtion und Syllogismus gerade einmal drei Seiten entfallen. Kurz: Das Buch ist kein Werkzeugkasten oder „Steinbruch“ (Hollerbach) und auch kein System für Argumente, sondern eine schweizerisch-undogmatische Aufforderung, sich das, was wir als Juristen tun, ein wenig bewusster zu machen.

Gewissermaßen die Mitte trifft schließlich die „Kleine Schule des Juristischen Denkens“ (2008, 5. Aufl. Göttingen 2023) der Strafrechtlerin Ingeborg **Puppe** (geb. 1941). Auch Puppe stellt die klassischen Themen der Methodenlehre vor (Subsumtion, Interpretation, Rechtsfortbildung etc.), vor allem aber wendet sie sich energisch gegen die „Verachtung der Logik in der Rechtswissenschaft“⁹⁵. Damit liegt sie ganz auf der Linie der NJML – und sie ist auch die einzige, die wie wir (§ 23) die juristischen „Schemata“ eines Blickes würdigt.

5. „Methodenlehre“ interdisziplinär: Methodik und Methodologie

- 33 Der kurze Überblick über die Entwicklung „der“ Juristischen Methodenlehre dürfte gezeigt haben: Sowohl ihr Gegenstand als auch die Bezeichnung werden nicht einheitlich

⁹³ Mehr dazu in dieser NJML in § 18 Rn. 55–77.

⁹⁴ Man erfährt daher sehr viel über Habermas und Luhmann.

⁹⁵ Ingeborg Puppe, Kleine Schule des Juristischen Denkens, Göttingen 2008, S. 118–121.

bestimmt bzw. verwendet. Im Groben wird man das Feld allerdings wie folgt abstecken können:

Erstens geht es um die Vermittlung des sozusagen juristischen „Handwerkszeugs“ in mehr oder weniger übersichtlicher Form. Man kann dies als juristische „Technik“ bezeichnen, und dies mit doppelt gutem Grund: Zum einen spricht man in Beruf und Studium ganz unbefangen von „Gutachtentechnik“ (siehe z.B. § 2 Rn. 25–27, § 9 Rn. 24) und „Relationstechnik“ (§ 22). Zum anderen kann man die Jurisprudenz aber auch, ein wenig anspruchsvoller, in die Tradition dessen stellen, was in der griechischen Antike *téchnē* genannt wurde: ein Mittelding zwischen Handwerk und Kunst, so wie die Rhetorik (dazu sogleich § 2), aber auch die Medizin oder die Bildhauerei.

Aus der Bildhauerei stammt denn auch das Musterbeispiel eines „Kanons“ (zum Begriff s.o. Rn. 12): der Kanon des Polyklet (5. Jhdt. v. Chr.), der festlegte, welche Proportionen z.B. eine Statue haben sollte. Das Musterbeispiel eines Kunstwerks, das diesem Kanon folgt, ist Polyklets Statue eines *Doryphóros* (Speerträgers).

„Handwerk“ im Sinn von schlichter körperlicher Arbeit hatte übrigens einen anderen Namen: *banausía*, und ein derartiger „Handwerker“, besser übersetzt wohl „Arbeiter“, war ein *bánausos*.

Zweitens geht es um eine Reflexion dieses Handwerks im Hinblick darauf, was sich mit ihm erreichen lässt oder auch: was es an Legitimation beanspruchen darf. Insofern sei daran erinnert, dass Descartes der Meinung war, die richtige Methode *garantiere* die Wahrheit der damit erreichten Erkenntnis – und es ist nun hinzuzufügen, dass Karl Larenz dies offenbar auch von seinem „wertorientierten Denken“ erwartet hat (vor und nach 1933, vor und nach 1945). Demgegenüber erwartet die heute wohl allgemeine Meinung von der juristischen Methode – oder *den* juristischen Methoden? – erheblich weniger. Allerdings drückt man sich dabei um die Frage, was eine rechtliche Entscheidung richtig oder falsch macht, eher herum. Es dürfte sogar ziemlich unentschieden sein, ob die Mehrzahl der Juristinnen und Juristen überhaupt an so etwas wie rechtliche oder juristische Richtigkeit „glaubt“.

Zum Verhältnis von Ironie und Pathos siehe § 3 Rn. 42 und § 30 II.

Wie auch immer: Grob betrachtet – und interdisziplinär anschlussfähig – kann man das erste Feld, das Feld also, auf dem es um die bewährten professionellen Verfahren und Handlungsanweisungen geht, als „Methodik“ bezeichnen. Das zweite Feld, auf dem diese Methodik kritisch auf ihre Leistungsfähigkeit, aber auch auf Fehlvorstellungen von sich selbst befragt wird, kann man recht gut „Methodologie“ nennen. Eine „Juristische Methodenlehre“ sollte beide Felder beackern. Auf dem ersten erleichtert sie durch ihre Anleitungen das Leben in der Profession.⁹⁶ Auf dem zweiten ist sie weniger „nett“,⁹⁷ aber ebenso nötig.

⁹⁶ Die Formulierung verdanke ich der Kunsthistorikerin Margarete Jarchow.

⁹⁷ Siehe Niklas Luhmann, *Soziale Systeme*, Frankfurt a.M. 1984, S. 164: Es gebe überall und auch in der Soziologie „nette, hilfsbereite Theorien und solche, die durch das Wahrscheinlichwerden des Unwahrscheinlichen fasziniert sind“.

III. Resümee und Fortführung

- 36 Wir hatten eingangs gefragt, was man von der juristischen „Methode“ und „Methodenlehre“ erwarten darf: eine Garantie rechtlicher Richtigkeit? oder nur ein Arsenal von Tricks, um eine Rechtssache zu seinen Gunsten zu drehen? Nicht zuletzt vor dem bunten Hintergrund, den wir haben Revue passieren lassen, will ich mich insoweit durchaus festlegen:

Erstens. Die juristische(n) Methode(n) können die Richtigkeit einer rechtlichen Entscheidung nicht garantieren. Sie sind aber die Bedingung dafür, dass man überhaupt rational über diese Richtigkeit streiten kann: ohne juristische Methode kein rationales Recht.

Zweitens. Ich gehe davon aus, dass es rechtliche Richtigkeit „gibt“, wenn auch nur als eine sogenannte regulative Idee im Sinne Kants, als ein „Ideal“ (wie man heute sagen würde): Zwar können wir niemals klar aufzeigen („durch Beweise entscheiden“⁹⁸), dass eine konkrete rechtliche Entscheidung „rechtlich richtig“ ist (im Kontrast zu „politisch richtig“, „wirtschaftlich richtig“, „moralisch richtig“ etc.). Gerade deswegen müssen wir eine solche Richtigkeit aber *voraussetzen*, wenn das Recht seine kritische Haltung gegenüber Politik, Wirtschaft und auch Moral bewahren soll (Genaueres unten § 30).

Anders gewendet: wenn das Recht *in diesem Sinn* „wissenschaftlich“ sein will. Und noch einmal anders: wenn das Recht eine Würde haben soll. Denn Würde besteht gemäß der Zweckformel des kategorischen Imperativs bekanntlich darin, dass ein Gegenstand „jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloß als Mittel“ gebraucht wird.⁹⁹

Andernfalls wäre das Recht schlicht nur ein Instrument – ein Machtinstrument. Vielleicht ist dies eine gute Überleitung zur Rhetorik.

⁹⁸ So Immanuel Kant, Kritik der Urteilskraft (1790), § 56, wo es deshalb im Hinblick auf das ästhetische Urteil heißt: „über den Geschmack läßt sich streiten (obgleich nicht disputieren)“; zitiert nach der Werkausgabe, hrsg. von Wilhelm Weischedel, Band X, Frankfurt a.M. 1977, S. 279. – Genaueres zur Ästhetik unten § 31 II.

⁹⁹ Immanuel Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten (1785), S. 67, in: Werkausgabe, hrsg. von Wilhelm Weischedel, Band VII, Frankfurt a.M. 1977, S. 61.

§ 2 Methodenlehre *in a nutshell*: Die Antike Gerichtsrhetorik

Wir haben mehrfach erwähnt, dass im Lauf der Geschichte zu den wissenschaftlichen Methoden auch – mal mehr, mal weniger – die Rhetorik gezählt wurde.¹ Was die Rechtswissenschaft betrifft, so steht ihr die Rhetorik sogar besonders nahe.² Dennoch ist kaum bekannt, dass wesentliche Elemente des „juristischen Denkens“ schon in der Antiken Rhetorik,³ genauer Gerichtsrhetorik, erfunden wurden.⁴

Natürlich hängt dies damit zusammen, dass „Rhetorik“ schon immer einen schlechten Ruf hatte: bloße Schaumschlägerei mit Worten statt ernsthafte Suche nach dem Wahren, Guten und Schönen.⁵

I. Entstehung und Geschichte

Die gängige Erzählung zur Entstehung der Rhetorik lautet: Im 5. Jahrhundert v. Chr. wurde auf Sizilien in der dortigen griechischen Koloniestadt Syrakus der Tyrann Thrasybulos gestürzt. Thrasybulos hatte während seiner Herrschaft offenbar eine ganze Reihe von Gegnern vertrieben und/oder enteignet. Jedenfalls gab es nun in großem Umfang Streit um die Rückgabe von Eigentum. Die Lage entsprach also in etwa der Lage nach dem Beitritt der ehemaligen DDR zur Bundesrepublik Deutschland.

Die Enteignungen aus DDR-Zeiten wurden geregelt im sogenannten Vermögensgesetz (Gesetz zur Regelung offener Vermögensfragen – VermG –), das Bestandteil des Einigungsvertrags war.⁶ Für die Enteignungen aus der Zeit davor, also unter dem Sowjetischen Besatzungsregime 1945–1949, galten andere Regeln.⁷

Um weiteres Blutvergießen zu vermeiden, kam man in Syrakus offenbar überein, die „offenen Vermögensfragen“ mit rationalen Argumenten, und zwar in Rede und Gegenrede zu klären („dialektisch“⁸). Dies war die Geburt der Rhetorik, bemerkenswerter-

1 Zur Rhetorik von den Anfängen bis heute Gert Ueding/Bernd Steinbrink, Grundriß der Rhetorik, 5. Aufl., Stuttgart etc. 2011; zu den juristisch interessanten Partien S. 30 f., 212 (Statuslehre), S. 238 f., 265–274 (Lehre von den „Beweisen“ [písteis]).

2 Joachim Lege, Die Bedeutung der Rhetorik für das Recht, in: Stephan Kirste (Hrsg.), Interdisziplinarität in den Rechtswissenschaften, Berlin 2016, S. 315–330; siehe auch Joachim Lege, Was leistet „die“ Juristische Methode (und Methodenlehre)? Unter besonderer Berücksichtigung „der“ Antiken Gerichtsrhetorik, in: Susanne Hähnchen (Hrsg.), Eine Methodenlehre oder viele Methoden?, Tübingen 2020, S. 21–45.

3 Als Aufbereitung der Quellen immer noch maßgeblich: Josef Martin, Antike Rhetorik (Handbuch der Altertumswissenschaft, Abteilung 2, Teil 3), München 1974.

4 So auch die großartige (und knappe) Einführung von Manfred Fuhrmann, Die antike Rhetorik, 6. Aufl., Mannheim 2011, insb. S. 103–113 (zur Statuslehre).

5 Interessanterweise hat sich der Politiker Gregor Gysi (DIE LINKE) in seinem Buch „Was Politiker nicht sagen“ (Hamburg 2022, S. 113–120) sehr kenntnisreich zur Antiken Gerichtsrhetorik geäußert.

6 Genauer: Bestandteil von dessen Anlage II, nämlich Kapitel III Sachgebiet B Abschnitt I Nr. 5 (BGBl. – Bundesgesetzblatt – 1990 II S. 1159), neu bekanntgemacht am 3.8.1992 (BGBl. I S. 1446).

7 Zu dieser Problematik Joachim Lege, Gleichheit im Unrecht für die Alteigentümer?, in: Neue Justiz (NJ) 2004, S. 385–389. S. auch Joachim Lege, Der Konkurs eines Unrechtsstaates, in: Der Staat 38 (1999), S. 1–19.

8 Griechisch *dialégesthai* bedeutet wörtlich: sich unterreden.

weise also als Gerichtsrhetorik. Sie verhalf anscheinend dazu, emotional hochbesetzte Themen einer *sachlichen* Auseinandersetzung zuzuführen – was ganz im Gegensatz steht zu dem heutigen Vorurteil gegenüber der Rhetorik. (Ein viel zu wenig bekanntes Buch trägt den Titel „Sachlichkeit, Rhetorische Kunst der Juristen“⁹.)

- 3 Als Begründer dieser Rhetorik nennt die Legende einen gewissen Korax (das ist eigentlich das griechische Wort für „Rabe“) und seinen Schüler Teisias (von ihm soll das erste Lehrbuch stammen). In der Folgezeit entwickelte sich „die“ Rhetorik weiter, vor allem aber schaffte sie den Sprung von den Kolonien in das griechische Mutterland. In den dortigen Stadtstaaten (*póleis*, Singular *pólis*), insbesondere in den demokratisch verfassten wie Athen, vermittelten sogenannte Sophisten¹⁰ an die künftige politische Elite neben anderem nützlichem Wissen auch diese „Schlüsselqualifikation“ (gegen Entgelt, versteht sich). Wohl schon zu Sokrates' Zeiten (um 400 v. Chr.) hatte die Rhetorik ganz Griechenland¹¹ erobert, und sie blieb eine Grundlage des antiken Bildungssystems bis in die römische Zeit hinein.¹² (Die Römer haben in Sachen Bildung ja viel von den Griechen übernommen.)
- 4 Inhaltlich differenzierte sich das System der Rhetorik dabei immer weiter aus. Insbesondere traten neben das Fach Gerichtsrede (*génos dikanikón*) alsbald die Fächer der politisch-beratenden Rede (*génos symbouleutikón*) und der Lob- oder Tadelrede (*génos epideiktikón*) – so schon in der „Rhetorik“ des Aristoteles (384–322 v. Chr.).¹³ Wesentliche Neuerungen für die Gerichtsrede enthielt offenbar das verschollene Lehrbuch des Hermagoras von Temnos (2. Jhdt. v. Chr.) – es soll sehr trocken gewesen sein. Auch das Rhetorik-Lehrbuch von Marcus Tullius Cicero (106–43 v. Chr.), es trägt den Titel „De inventione“ (warum, dazu sogleich), widmet sich überwiegend diesem Gebiet.¹⁴ Allmählich entwickelte sich die Rhetorik jedoch mehr und mehr zu einer Kunst des angemessenen Redens und Schreibens in jeder Situation. Derartige Stilkunde

9 Katharina Sobota, *Sachlichkeit, Rhetorische Kunst der Juristen*, Frankfurt 1990 (Sobota ist die heutige Katharina Gräfin von Schlieffen, und sie ist die Hauptvertreterin der „Juristischen Rhetorik“ als seriöser akademischer Disziplin.).

10 Als Sophisten bezeichneten sich im alten Griechenland Intellektuelle, die als „Wanderlehrer“ eine (Aus-) Bildung verkauften, mit deren Hilfe man insbesondere in der Politik Erfolg haben sollte. Ausführlich zu ihnen Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie*, 2. Aufl., Tübingen 2006, S. 44–62, mit der Quintessenz: Der Unterricht erstreckte sich einerseits auf „enzyklopädischen Wissensstoff ... andererseits auf die Vermittlung formaler Geistesbildung durch das, was später Logik und Grammatik genannt wurde, und insbesondere durch Rhetorik“. – Beim „Wanderlehrer“ sollte man sich nicht einen Rucksack vorstellen, die Sophisten werden gewiss repräsentative Räume angemietet haben.

Zur weiteren Vertiefung: Stephan Kirste/Kay Waechter/Manfred Walther (Hrsg.), *Die Sophistik. Entstehung, Gestalt und Folgeprobleme des Gegensatzes von Naturrecht und positivem Recht*, Stuttgart 2002.

11 Ganz Griechenland? Möglicherweise hat sich ein kleines Dorf auf dem Peloponnes – Sparta – dieser Mode erfolgreich widersetzt. In den gängigen Darstellungen zu seiner Geschichte findet sich das Stichwort jedenfalls nicht.

12 Standardwerk: Martin L. Clarke, *Rhetoric at Rome* (1953), third ed., London New York 1996; dt. Die Rhetorik bei den Römern, Göttingen 1968.

13 Preiswerte deutsche Ausgabe: Aristoteles, *Rhetorik*, Stuttgart 2007.

14 Deutsch-lateinische Ausgabe: Marcus Tullius Cicero, *De inventione/Über die Auffindung des Stoffes. De optimo genere oratorum/Über die beste Gattung von Rednern*, Düsseldorf 1998.

(im weiten Sinn) bildet den größten Teil des monumentalen Lehrbuchs „Institutio Oratoria“ von Marcus Fabius Quintilianus (ca. 35–96 n. Chr.).¹⁵

Eine „Institution“ ist also ursprünglich ein Lehrbuch! Demgemäß beginnt auch das schon erwähnte Corpus Iuris Civilis – das ist das *big book* des Römischen Rechts – mit den so bezeichneten „Institutionen“: einem Kurzlehrbuch.¹⁶ – Das Corpus Iuris Civilis, auch dies wurde schon erwähnt, ist das für „Europa“ – als kulturelle Welt – wichtigste Buch neben der Bibel. Leider weiß das kaum jemand.

Die „Institutio“ des Quintilian ist gewissermaßen der Schlusspunkt der Antiken Rhetorik, sie behandelt aber das, was uns interessiert, nicht gerade zentral. Aufschlussreicher ist insofern das in Fragmenten erhaltene Lehrbuch eines gewissen Hermogenes von Tarsos, er hat während der Regierungszeit des Kaisers Mark Aurel (161–180 n. Chr.) gelebt. Ein Abschnitt aus diesem Lehrbuch ist überschrieben mit *perí stáseōs* – „Über die *stáseis*“, Singular *stásis*, auf Deutsch wohl am besten am besten übersetzt mit: „Station“.¹⁷

Ein letzter Punkt: Vor Gericht war es keineswegs der Fach-Rhetoriker selbst, der auftrat (oft übrigens ein Nicht-Bürger), sondern sein Klient. Es gab noch keine Juristen, und so musste jeder Bürger seine Sache selbst vertreten. Auch Strafanklagen wurden von Privaten erhoben, der Prozess gegen Sokrates ist das berühmteste Beispiel (seine Verteidigungsrede – die „Apologie“¹⁸ – ist erhalten¹⁹). Die Rhetoriker arbeiteten daher als sogenannte Logographen, d.h. Redenschreiber, und sicher auch als Coach für den großen Auftritt.

Allerletzter Punkt: Auch die Gerichte waren nicht mit Fachjuristen besetzt, sondern mit ganz normalen Bürgern, die auf Zeit in dieses Amt gewählt oder auch per Los bestimmt wurden. Dabei hatten die Spruchkörper (wie man sie heute nennt) verschiedene Größen, je nach Bedeutung des Streitgegenstandes; in Athen bestanden sie aus 200 bis 6000 „Richtern“.²⁰ Große Prozesse fanden daher vor einer Art Volksversammlung statt – nicht zuletzt der Prozess gegen Sokrates.

II. Die „juridische“ Methodenlehre der Antiken Rhetorik

Das „System“ der Antiken Gerichtsrhetorik bestand zum einen aus einer Reihe von „Checklisten“ oder „Prüfungsschemata“, an denen entlang man eine Rede konzipierte (dazu sogleich und sodann unter 1). Zum anderen enthielt sie einen Pool von formalen und materiellen Argumentationshilfen (unter 2).

15 Originaltitel: *Institutionis Oratoriae Libri XII* (= Ausbildung zur Redekunst in 12 Büchern). Deutsch-lateinische Ausgabe: *Marcus Fabius Quintilianus*, Ausbildung des Redners, 2 Bände, Darmstadt 2006 (Nachdruck der 3. Aufl. 1995).

16 Gut greifbar als Uni-Taschenbuch: *Rolf Knütel/Berthold Kupisch/Sebastian Lohse/Thomas Rüfner*, *Corpus Iuris Civilis. Die Institutionen*, 4. Aufl., lateinisch-deutsch, Heidelberg etc. 2013.

17 Siehe unten Rn. 18. – Sehr treffend die englische Übersetzung „On legal issues“, so *Malcolm Heath*, *Hermogenes on Issues. Strategies of Argument in Later Greek Rhetoric*, Oxford 1995.

18 Das griechische Wort ist heute noch im englischen *to apologize* präsent.

19 Am leichtesten greifbar als Reclam-Taschenbuch: *Platon*, *Apologie des Sokrates*, Stuttgart 2015. In Parallelübersetzung: *Platon*, *Apologie des Sokrates*, griechisch-deutsch, Stuttgart 2014.

20 Im Einzelnen: *Jochen Bleicken*, *Die athenische Demokratie*, 4. Aufl., Paderborn 1995, S. 245–248.

Eine erste Checkliste gliedert die Rede in fünf Teile, in lateinischer Terminologie: (1) *exordium* (Einleitung, sie soll den Hörer aufmerksam, wohlwollend und lernwillig machen – *attentum, benevolum, docilem*); (2) *narratio* (das ist die Schilderung [„Erzählung“] des Sachverhalts) – (3) *partitio* (Präzisierung der Fragestellung) – (4) *argumentatio* (selbsterklärend) – (5) *peroratio* (Zusammenfassung und Schluss).

Eine weitere Liste betraf die Arbeitsstadien des Redners bzw. Rhetorikers mit seinem Klienten: (1) *inventio*, griechisch *heurēsis*, wörtlich Findung, Erfindung – das ist die Stoffsammlung; sie enthielt weitere Schemata, dazu sogleich; (2) *dispositio* – das ist das Erstellen der Gliederung; (3) *elocutio* – das Ausformulieren; (4) *memoratio* – das Auswendiglernen; (5) *pronuntiatio* – der Vortrag, die Aufführung, der Ernstfall.

Ciceros Lehrbuch „De inventione“ bezieht sich auf die Ziffer (1) dieses Schemas.

- 7 Man sieht: Dies sind sehr technische und ein wenig trivial anmutende Listen (zum Trivialen unter III). Interessanter sind die untergeordneten „Prüfungsschemata“ und Argumentationshilfen, die man in der *inventio* heranziehen konnte: Statuslehre, Lehre von den Überzeugungsmitteln (*pisteis*), Topik (sogleich unter I bis 3).

Zur folgenden Darstellung: Sie ist insofern etwas unhistorisch, als es „das“ System der Antiken Rhetorik nicht gab – es gab vielmehr eine ganze Reihe von Lehrbüchern mit unterschiedlichem Aufbau.²¹ Auch dürften sich die einzelnen Bereiche erst nach und nach ausdifferenziert haben. Das Folgende entwirft daher den sozusagen „Ideal-typus“²² der antiken Rhetorik – aus juristischer Sicht.²³

Zum Begriff „juristisch“: Er bedeutet „rechtlich“ und wird hier in Abgrenzung zu „juristisch“ verwendet. „Juristisch“ wird es erst dort, wo es einen spezialisierten Juristenstand gibt, also erst im alten Rom, noch nicht bei den alten Griechen.

1. Die Statuslehre – zwei antike Prüfungsschemata

- 8 Die sogenannte Statuslehre gliedert sich in zwei Bereiche: die *statūs rationales* und die *statūs legales* (*statūs* – mit langem „u“ – ist der Plural von *status*).²⁴

Die vier *statūs rationales* schlüsseln den Lebenssachverhalt dreifach auf: (a) in das, was man juristisch die Tatfrage nennt (was ist tatsächlich geschehen?), (b, c) in zwei grundlegende Rechtsfragen und (d) in die prozessuale Frage nach der Zuständigkeit des Gerichts.

21 Ermüdender Überblick allein zur Statuslehre bei *Quintilian*, *Institutio oratoria* (Fn. 15) III 6, 1–104.

22 Klassisch zum Begriff „Idealtypus“ *Max Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft* (1921/22), 5. Aufl., Tübingen 1972, § 1 I 6 und II (S. 4, 9–11).

23 Knapp jetzt: *Joachim Lege*, Wie entsteht Recht? Rechtsphilosophische Grundlinien, in: *Juristische Schulung* (JuS) 2025, 193–199 (197 f.).

24 Wunderbare Darstellung mit erkennbar juristischem Background: *Manfred Fuhrmann*, *Die antike Rhetorik*, 3. Aufl., München 1990, S. 103–113; Fuhrmann (1925–2005) hat bei dem berühmten Römisch- und Zivilrechtslehrer Franz Wieacker (1908–1994) studiert und war sogar eine Weile in Göttingen dessen Assistent (1953–1956), siehe *Peter Lebrecht Schmidt*, *Manfred Fuhrmann †*, in: *Gnomon* 79 (2007), S. 763–767 (764). – Streng philologischer Extrakt zur Statuslehre aus wohl allen Quellen: *Martin*, *Antike Rhetorik* (Fn. 3), S. 28–52.

Die vier *status legales* fragen hingegen danach, wie ein „Gesetz“ (lateinisch *lex*, daher der Name *legales*), auf das es im Fall ankommt, auszulegen ist – und ob man eventuell, wenn eines fehlt, ein anderes analog heranziehen kann.

Nebenbei: Die Statuslehre muss unter Juristen noch bis zu Savignys Zeiten (siehe oben § 1 Rn. 16) präsent gewesen sein. Zum Beispiel findet sie sich beim Heidelberger Professor Karl Salomo Zachariä (1769–1843) in seinem Werk „Anleitung zur gerichtlichen Beredsamkeit“ (1810).²⁵

a) Die *status rationales* – Aufschlüsselung der Tat

Beginnen wir mit den *status rationales*.²⁶ Sie erinnern, um dies gleich vorwegzunehmen, stark an das Strafrecht, insbesondere an die heutige „Straftatlehre“ mit ihren Prüfungspunkten „Tatbestand – Rechtswidrigkeit – Schuld (oder auch Schuldhaftigkeit)“.²⁷

9

aa) *status coniecturalis* – die Tatfrage

Der erste Status trägt den Namen *coniecturalis*. Eine *coniectura* ist eine Vermutung (englisch *conjecture*) oder auch, etwas juridischer formuliert, ein Verdacht. Es geht hier also darum, ob sich ein Tatverdacht erhärten oder widerlegen lässt. Mit anderen Worten: „ob“ es tatsächlich so geschehen war (lateinisch *an sit*). Hat also z.B. der A, den es anzuklagen oder zu verteidigen gilt, tatsächlich eine Goldmünze, die ihm nicht gehört, im Tempel an sich genommen?

Juristisch nennt man dies die „Tatfrage“ – im Gegensatz zur „Rechtsfrage“. Für Nicht-Juristen vielleicht etwas verwirrend: Die Rechtsfrage beginnt sodann mit der Frage nach dem gesetzlichen *Tatbestand*, den die Tat des A „erfüllt“ – mehr dazu sogleich.

bb) *status definitionis* – Rechtsfrage Nr. 1: Tatbestandsmäßigkeit

Gesetzt, die Wegnahme der Münze wurde dem A nachgewiesen: Wie ist seine Tat dann rechtlich zu „definieren“? Mit anderen Worten: Unter welchen gesetzlichen Tatbestand fällt dieses Verhalten? Ist es ein ganz gewöhnlicher Diebstahl (*furtum*), weil er die Münze einem Besucher weggenommen hat? Oder hat er sogar den Opferstock aufgebrochen, dann ist es die Schändung eines Heiligtums (*sacrilegium*). Oder ist auch schon der erste Fall, weil der Diebstahl im Tempel begangen wurde, zugleich ein Sakrileg?²⁸ Kurz, es geht darum, „was“ die Tat, rechtlich betrachtet, *ist* (lateinisch *quid sit*).

10

Für Nicht-Juristen: „Tatbestand“ ist ein *terminus technicus*. Ein Rechtssatz besteht aus der konditionalen Verknüpfung von Tatbestand („wenn ...“) und Rechtsfolge

²⁵ Ueding/Steinbrink, Grundriß (Fn. 1), S. 148.

²⁶ Überblick mit den Quellen: Martin, Antike Rhetorik (Fn. 3), S. 28–44.

²⁷ Klassisch Franz Horak, Die rhetorische Statuslehre und der moderne Aufbau des Verbrechensbegriffs, in: Franz Horak/Wolfgang Waldstein (Hrsg.), Festgabe für Arnold Herdlitzka zum 75. Geburtstag, München etc. 1972, S. 121–142.

²⁸ Beispiel nach Quintilian, Institutio oratoria (Fn. 15) III 6, 38 und 41, VII 3, 21–24. – Klassiker werden üblicherweise nach der Gliederung des Originals zitiert, hier: Buch 3, Kapitel 6, Abschnitte 38 und 41.

(„dann soll ...“). „Wenn ein Kaufvertrag geschlossen wurde, dann soll der Käufer den Kaufpreis zahlen und der Verkäufer dem Käufer die Sache verschaffen.“²⁹ Oder auch „Wer einen anderen Menschen tötet (= Tatbestand), ist zu bestrafen.“³⁰

cc) *status qualitatis* – Rechtsfrage Nr. 2: Rechtfertigung und Entschuldigung

- 11 Gesetz, es ist wirklich³¹ ein Straftatbestand erfüllt: Möglicherweise kann der Täter doch etwas zu seinen Gunsten vorbringen? Dies kann zum Beispiel sein: *vis contra vim*, wörtlich Gewalt gegen Gewalt, also: Notwehr. Es kann auch eine Abwägung des verursachten Schadens mit dem Nutzen der Tat sein (*compensatio*), simples ad-hoc-Beispiel: Mit dem herausgerissenen Zaunpfahl wird der Angriff eines Löwen abgewehrt (rechtfertigender Notstand). Wegen eines Unwetters kann die Ware nicht rechtzeitig geliefert werden (Entschuldigung mit höherer Gewalt). Und so weiter. Kurz, es geht um das, was wir heute im Strafrecht Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe nennen (im Zivilrecht ist es komplizierter). Anders gewendet: Es geht um die rechtlich-ethische „Qualität“ der Tat (lateinisch *quale sit*) in ihrer Gesamtheit. Deshalb war dieser Status auch am stärksten in weitere Fallgruppen ausdifferenziert.³²

Einen auch aus heutiger Sicht systematisch interessanten Fall behandelt eine der beiden einzigen (erhaltenen) antiken Reden, in denen eine Frau angeklagt wurde – in diesem Fall die Stiefmutter wegen Giftmordes am Vater des Anklägers.³³ Ihre Verteidigung: Es war nur ein falsch dosierter Liebestrank. Man könnte daran denken, dass hier eine Entschuldigung (*excusatio*) wegen Irrtums (*ignorantia*) vorlag.³⁴ In Quintilians Lehrbuch scheint der Fall eher in den *status definitionis* zu gehören: Gift (*venenum*) oder Liebestrank (*amatorium*)?³⁵ Dies entspräche durchaus der heutigen Dogmatik: Es ist eine Frage schon des Tatbestandes, ob es ein vorsätzlicher „Mord/Totschlag“ war oder eine „fahrlässige Tötung“.³⁶

dd) *status translationis* – Rechtsweg

- 12 In diesem letzten Status wird geklärt, welches Gericht für die Sache zuständig ist. Beispielsweise wird für gewöhnlichen Diebstahl (*furtum*) ein anderes Gericht zuständig gewesen sein als für die Schändung von Heiligtümern (*sacrilegium*).³⁷

29 Zum genauen Wortlaut siehe § 433 BGB – Bürgerliches Gesetzbuch.

30 Zum genauen Wortlaut siehe § 212 StGB – Strafgesetzbuch.

31 Im Juristischen und schon gar in der Alltagssprache wird oft nicht deutlich zwischen „tatsächlich“ und „wirklich“ unterschieden. „Tatsächlich“ bezieht sich auf Tatsachen, salopp gesagt auf das, was sich beweisen lässt. „Wirklich“ bezieht sich auf die geistige Verarbeitung dieser Tatsachen und auf das, was dadurch bewirkt wird: Liegt wirklich ein Fall von Mord vor? Muss man wirklich Angst haben? Darf man sich wirklich freuen?

32 Fuhrmann, Antike Rhetorik (Fn. 24), S. 106–108.

33 Kai Brodersen (Hrsg.), Apollodoros, Gegen Neaira/Antiphon, Gegen die Stiefmutter, griechisch-deutsch, Darmstadt 2004.

34 Quintilian, Institutio oratoria (Fn. 15) VII 4, 14.

35 Quintilian, Institutio oratoria (Fn. 15), VII 3, 10 und 30, allerdings ohne Schilderung des Falls.

36 Zu Vorsatz- und Schuldtheorie siehe unten § 23 Rn. 22–38.

37 Ähnlicher Fall bei Fuhrmann, Antike Rhetorik (Fn. 24), S. 109: *peculatus* (Entwendung von Staatsgut) oder gewöhnlicher Diebstahl (*furtum*)?

b) Die *statūs legales* – Interpretation von Rechtstexten

Die *statūs legales* sind, schlicht gesagt, die juristische Auslegungslehre der Antike.³⁸ Anders als die Bezeichnung *legales* (von *lex*) vermuten lässt, thematisieren sie nicht nur die Interpretation von Gesetzen (*leges*), sondern auch von anderen autoritativen Rechtstexten, z.B. privaten Willenserklärungen im Testament. Man kann die *statūs legales* also recht elegant als die Lehre von Gesetzes- und Vertragsauslegung bezeichnen. (Noch genauer wäre: Lehre von der Auslegung autoritativer Texte – s.u. § 14 –, also z.B. auch von militärischen Befehlen.)

13

aa) *scriptum et voluntas* – Wortlaut und Wille

Der erste Status thematisiert, dass zwischen dem Wortlaut des Gesetzes (*scriptum*) und dem mutmaßlichen Willen des Gesetzgebers (*voluntas*) ein Konflikt bestehen kann. Beispiel: Ein Gesetz schreibt vor, dass jeder Ausländer, der auf der Stadtmauer angetroffen wird, zum Tod verurteilt werden soll (Zweck: Spionageabwehr). Bei einem Angriff der Nachbarstadt beteiligt sich nun ein Ausländer heldenhaft an der Verteidigung – von der Stadtmauer aus. Es liegt auf der Hand, dass das Gesetz diesen Fall nicht bestrafen will.³⁹ Aus heutiger Sicht handelt es sich um einen Fall der historisch-teleologischen Auslegung (s.u. § 15d Rn. 2, 6, 8).

14

bb) *leges contrariae* – sich widersprechende Gesetze

Als Schulbeispiel für zwei sich widersprechende Gesetze findet man folgenden Fall: Ein erstes Gesetz schreibt vor, dass demjenigen, der einen Tyrannen tötet, im Gymnasion ein Standbild gewidmet werden soll. Das zweite Gesetz schreibt vor, dass es im Gymnasion⁴⁰ keine Standbilder von Frauen geben soll. Wie verfährt man mit einer Tyrannenmörderin? Leider beschränkt sich Quintilian darauf, das Problem zu schildern, er bietet keine Lösung.⁴¹ Heute könnte man den Grundsatz *lex specialis derogat legi generali* heranziehen: das speziellere Gesetz verdrängt das allgemeine (aber welches ist dies hier?).

15

Bei Cicero gibt es schon einen Katalog von zehn Empfehlungen, wie man solche Widersprüche auflösen kann, u.a. den noch heute gebräuchlichen Grundsatz *lex posterior derogat legi priori* – das spätere Gesetz verdrängt das frühere.⁴²

cc) *ambiguitas* – Doppeldeutigkeit

Der mit *ambiguitas* bezeichnete Status betrifft Fälle, in denen ein Wort oder eine Wortverbindung doppeldeutig ist. Dabei spielte im Griechischen eine Rolle, dass in den schriftlichen Texten oft keine Akzente gesetzt wurden. Schulbeispiel für ein mehrdeutiges Gesetz: Es setzt im Tatbestand zwar eindeutig voraus, dass eine Hetäre – also eine

16

38 Überblick mit den Quellen: Martin, Antike Rhetorik (Fn. 3), S. 44–52.

39 Quintilian, Institutio oratoria (Fn. 15) VII 6, 5–6.

40 Das *gymnasion* war der Sportplatz (vgl. englisch *gym*) – so genannt, weil man(n) dort nackt (*gymnós*) seine Leibesübungen verrichtete.

41 Quintilian, Institutio oratoria (Fn. 15) VII 7, 5.

42 Cicero, De inventione (Fn. 14) II 49, 145–147; dort zumindest im Ansatz auch schon der Grundsatz *lex specialis derogat legi generali* (das spezielle Gesetz verdrängt das allgemeine).

Frau, die einen gehobenen weiblichen Begleitservice anbietet – verbotenerweise Goldschmuck trägt.⁴³ Die Rechtsfolge kann man dann aber so lesen (man achte sogleich auf den Akzent im ersten Wort), dass in diesem Fall der Goldschmuck Volkseigentum wird (*dēmosía éstō*) oder die Hetäre (*dēmosía éstō*).⁴⁴ Beispiel für ein doppeldeutiges Testament: Der Erblasser ordnet an, eine *statuam auream hastam tenentem* zu errichten. Das kann eine goldene Statue sein, die eine Lanze hält, oder eine Statue, die eine goldene Lanze hält – je nachdem, ob man das *auream* auf *statuam* oder *hastam* bezieht.⁴⁵

Auch in diesen Fällen bieten die Quellen keine Patentlösung, vielmehr sind offenbar beide Seiten „vertretbar“ (auch heute eine höchst wichtige juristische Kategorie, § 33 II). Empfohlen wird, sich manchmal zu fragen, welche Variante dem allgemeinen Sprachgebrauch entspricht, aber immer zu fragen, welche Variante gerechter (*aequius*)⁴⁶ ist und was zur Art des Autors passt.⁴⁷

Ein wunderbares Beispiel dafür, dass man im Juristischen schon immer große Phantasie bei der Konstruktion von Schulfällen hatte, zeigt ein Fall mit drei Schiffbrüchigen, den man bei Cicero findet.⁴⁸

dd) *sylogismus* oder *ratiocinatio* – analoge Anwendung eines Gesetzes

- 17 Schulbeispiel für den Status mit der Bezeichnung *sylogismus* (wörtlich Zusammenlegung)⁴⁹ oder auch *ratiocinatio* (wörtlich Schlussfolgerung)⁵⁰ ist wieder ein Fall, in dem eine Frau eine Rolle spielt. Er ist ziemlich konstruiert: Die Frau, die von ihrem Mann vielfach geschlagen wurde, verabreicht ihm einen Liebestrank – und verlässt ihn dann. Daraufhin bringt sich der Mann aus Liebeskummer um. Die Frau wird wegen Giftmordes angeklagt. Schon Quintilian hat überlegt,⁵¹ ob dies nicht auch ein Fall des *status definitionis* sein könnte: Lässt sich ein Liebestrank unter den Begriff „Gift“ subsumieren? Oder sind dann die Grenzen des Wortlauts überschritten? So dass man das Gesetz eben nur analog heranziehen kann?

43 Fall bei *Hermogenes*, berichtet von *Martin*, Antike Rhetorik (Fn. 3), S. 50.

44 Zur Erinnerung: Im alten Griechenland gab es ganz selbstverständlich Sklavinnen und Sklaven. Die zweite gegen eine Frau gerichtete antike Rede (s. bei Fn. 35) hat denn auch zum Gegenstand, ob sich eine Hetäre die athenische Staatsbürgerschaft erschlichen hat, mit der Folge, dass sie in die Sklaverei zu verkaufen ist.

45 *Quintilian*, *Institutio oratoria* (Fn. 15) VII 9, 8.

46 Meist wird *aequus* mit „billig“ übersetzt, aber das ist heute missverständlich. Die beste Übersetzung wäre wohl: einzelfallgerecht. („Gerecht“ heißt auch und vornehmlich *iustus*, ist dann allerdings eher die Eigenschaft einer Person (z.B. ein gerechter Mensch) oder einer Aktion (z.B. ein gerechter Krieg).

47 *Quintilian*, *Institutio oratoria* (Fn. 15) VII 9, 15.

48 *Cicero*, *De inventione* (Fn. 14) II 51, 153–154. In Kürze: Ein Schiff gerät in einen Sturm. An Bord: der Eigner/Kapitän und der Eigentümer der Ladung. Hinzu kommt ein Schiffbrüchiger, den sie retten. Der Kapitän steigt in das Rettungsboot und nimmt das Schiff von dort an die Leine. Es passieren weitere Unglücksfälle. Am Ende die Frage: Wem gehört die Ladung?

49 So die Terminologie bei *Quintilian*, *Institutio oratoria* (Fn. 15) VII 8, 1.

50 So die Terminologie bei *Cicero*, *De inventione* (Fn. 14) II 50, 148.

51 *Quintilian*, *Institutio oratoria* (Fn. 15) VII 8, 2.

Schlichteres Beispiel: Soll die Strafe für den Vatermord auch bei Muttermord angewendet werden?⁵² (Für Nicht-Juristen: Im heutigen Strafrecht wäre dies nicht möglich, dort gilt unbestritten ein Analogieverbot.⁵³)

c) Resümee

Natürlich muss man mit historischen Vergleichen und vor allem mit dem Wiedererkennen heutiger Phänomene in früheren Zeiten⁵⁴ vorsichtig sein (*hindsight bias*, siehe § 35 Rn. 56–59). Natürlich geht es hier erst recht nicht darum zu zeigen, dass es „nichts Neues unter der Sonne“ gibt.⁵⁵ Allerdings lässt sich nicht leugnen: Die Statuslehre der antiken Gerichtsrhetorik weist in ihren beiden Teilen – der Sachverhaltsanalyse (*statūs rationales*) und der Interpretationslehre (*statūs legales*) – ganz gewaltige Parallelen zum heutigen „juristischen Denken“ auf. Dies wird sich im Folgenden noch vertiefen.

18

Möglicherweise hat sich der Begriff *status* untergründig bis heute erhalten in der sogenannten Relationstechnik, mit der die Richterin oder der Richter in zivilrechtlichen Streitigkeiten den Sachverhalt aufbereitet. Dort prüft man nacheinander die folgenden „Stationen“: Prozessstation (Zulässigkeit), Klägerstation (Schlüssigkeitsprüfung), Beklagtenstation (Erheblichkeitsprüfung), Beweisstation, Tenorierungsstation. Genauer dazu unten § 22.

2. Die Beweis- und Überzeugungsmittel (*pisteis, argumentatio*) – formale Argumentationstechnik

Wenn der „Status“ eines Falls geklärt war, bestand der nächste Schritt darin, für die eigene Version und Bewertung dieses Falls die geeigneten Überzeugungsmittel zusammenzubekommen. Dem diene – immer noch in der *inventio* (Stoffsammlung) – die Lehre von der *argumentatio* oder auf Griechisch: von den *pisteis* – was von Altphilologen meist mit „Der Beweis“ übersetzt wird.⁵⁶ Aus juristischer Sicht ist es treffender, von „Beweis- und Überzeugungsmitteln“ zu sprechen (griechisch *peithein* bedeutet „überzeugen, überreden“).

19

Eine erste Unterscheidung dieser Lehre von den *pisteis* differenzierte nämlich zwischen den *pisteis technoi* und den *pisteis átechnoi* – den „technischen“ und den „untechnischen“ *pisteis*. Nur die zweiten, die *pisteis átechnoi*, sind das, was wir heute als „Beweismittel“ bezeichnen: Zeugen, Urkunden, Sachverständige, Augenschein (§§ 371–444 der

52 Quintilian, Institutio oratoria (Fn. 15) VII 8, 6.

53 ... denn § 1 StGB – Strafgesetzbuch – und Art. 103 Abs. 2 GG – Grundgesetz – lauten: „Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde.“

54 Ich denke hier an die beliebten Rückprojektionen auf die Zeit der Menschen als Jäger und Sammler. Sie werden häufig bemüht, um Geschlechterklischees zu bestärken. Die Zeit des Sesshaftwerdens, des Beginns einer mühevollen Landwirtschaft ist offenbar weniger sexy. – Klassisch zur sozialen Bedeutung der Unterscheidung von „Plackerei“ und Heldentat: Thorstein Veblen, The Theory of the Leisure Class. An Economic Study in the Evolution of Institutions (1899); deutsch: Theorie der feinen Leute, Frankfurt a.M. 1993.

55 So auch Horak, Statuslehre (Fn. 27), S. 121–142. – Die Formulierung stammt übrigens aus der Bibel (Buch Kohelet 1, 9): „Was einmal geschah, wird wieder geschehen, und was einmal getan wurde, wieder getan, und nichts ist wirklich neu unter der Sonne“ (zitiert nach der Zürcher Bibel 2007).

56 So etwa Martin, Antike Rhetorik (Fn. 3), S. 95–119; Fuhrmann, Antike Rhetorik (Fn. 4), S. 89–97.

Zivilprozessordnung – ZPO). Im antiken Recht gehörte weiteres dazu, zum Beispiel Gerüchte und Folter. Für unseren jetzigen Kontext sind diese „untechnischen“ Beweise nicht weiter interessant.

a) Der rhetorische Syllogismus: Subsumtionstechnik

- 20 Umso interessanter ist ein zentraler Teil der *písteis technoi*, der „technischen“ Überzeugungsmittel (sie heißen so, weil sie eben eine *téchnē* erfordern, s.o. § 1Rn. 4, 33). Gemeint ist der sogenannte rhetorische Syllogismus: Er erinnert, um auch hier das Ergebnis vorwegzunehmen, in seiner vollständigen Form frappierend an das Subsumtionsschema, das deutschen Juristinnen und Juristen vom Beginn des Studiums an eingebleut wird.

Syllogismus heißt wörtlich Zusammen-Lesung. Als Terminus technicus der Logik bedeutet es „Schlussfolgerung“ (genauer dazu § 5 III).

aa) Vollständiger rhetorischer Syllogismus (*Epichirem, epicheirēma*)

- 21 Der vollständige rhetorische Syllogismus besteht aus fünf Gliedern, daher der Name *epicheirēma* (= das, was zur Hand – *cheir* – ist⁵⁷), eingedeutscht Epichirem. Diese fünf Glieder oder Teile finden sich am schönsten ausformuliert in Ciceros „De inventione“ (wer des Lateinischen nicht mächtig ist, mag zwei Absätze überspringen):

Quinque igitur partes sunt eius argumentationis quae per ratiocinationem tractatur:

propositio, per quam locus is breviter exponitur, ex quo vis omnis oportet emanet ratiocinationis;

approbatio, per quam id quod breviter expositum est rationibus affirmatum probabilius et apertius fit;

assumptio, per quam id quod ex propositione ad ostendendum pertinet assumitur;

assumptionis approbatio, per quam id quod assumptum est rationibus firmatur;

*complexio, per quam id quod conficitur ex omni argumentatione breviter exponitur.*⁵⁸

Übersetzt (zunächst sehr wörtlich und ein wenig mühsam):

Fünf Teile also gehören zu derjenigen Argumentation, die mittels einer Schlussfolgerung (*ratiocinatio*) durchgeführt wird (*tractatur*):

Obersatz (*propositio*, wörtlich: Voranstellung), durch den kurz der Gesichtspunkt (*locus*, wörtlich: Ort) herausgestellt wird, aus dem die ganze Kraft der Schlussfolgerung entspringen soll;

Validierung (*approbatio*),⁵⁹ mit der das, was kurz vorangestellt wurde, mit Gründen (*rationibus*) gefestigt und dadurch wahrscheinlicher (*probabilius*) und offensichtlicher (*apertius*) gemacht wird;

57 Auch die Bezeichnung „Chirurg“ ist davon abgeleitet: *cheir-ourgos* ist jemand, der mit der Hand werkelt; *érgon* ist das Werk oder auch die Arbeit, daher der Ergometer.

58 Cicero, De inventione (Fn. 14) I 37, 67; die nachfolgende ausufernde Illustration (I 37, 68–69) lässt diese Struktur allerdings kaum erkennen.

59 Vielleicht kann man *approbatio* ganz elegant auch mit „Begründung“ übersetzen – aber das klingt sehr nach einem deduktiven „denn“ und passt deshalb gänzlich nur für den Untersatz. Und man kann natürlich auch an die „Approbation“ als Arzt oder Apotheker denken, also an die amtliche Zulassung

Untersatz (*assumptio*, wörtlich: Hinzufügung), durch den das hinzugefügt wird, was sich aus dem Obersatz auf das erstreckt, was aufzuzeigen ist. (Klärung siehe unten)

Validierung (*approbatio*) des Untersatzes, wodurch das, was hinzugefügt wurde, mit Gründen (*rationibus*) gefestigt wird.

Zusammenfassung (*complexio*), durch die das, was sich aus der ganzen Argumentation ergibt, kurz herausgestellt wird (*exponitur*).

Oder frei und in Kurzform:

22

- (1) Obersatz, aus dem sich der Maßstab ergibt;
- (2) Erläuterung und Validierung des Obersatzes;
- (3) Untersatz, in dem hinzugefügt wird, was aus dem Obersatz im konkreten Fall für das Ergebnis relevant ist. – *Siehe das folgende Beispiel.*
- (4) Erläuterung und Validierung des Untersatzes;
- (5) Ergebnis.

Man sieht leicht, wie sehr dies dem heutigen Schema entspricht, mit dem ein Fall unter das Gesetz „subsumiert“ wird:

- (1) Wer einen anderen Menschen heimtückisch tötet, ist wegen Mordes mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu bestrafen (§ 211 StGB).
- (2) Heimtücke ist das Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers.
- (3) A hat den B *heimtückisch* getötet.
- (4) Er hat nämlich, als B schlief, den Gashahn aufgedreht.
- (5) Also ist A wegen Mordes mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu bestrafen.

Wir werden sehen, dass dies genau die Struktur ist, mit der wir auch heute im Vollständigen Juristischen Syllogismus (VJS) arbeiten (§ 8).

bb) Exkurs I: Unvollständiger rhetorischer Syllogismus (Enthymen)

Schon in der Antike hat man gewusst, dass man nicht jedes Argument in dieser Weise voll ausführen kann, wenn man das Publikum nicht langweilen will. Es reicht zu sagen: „A hat beim B eine Fensterscheibe eingeschlagen. Er ist daher wegen Sachbeschädigung zu bestrafen.“⁶⁰ Dass man dies breiter ausführen *könnte*, wird unter Juristinnen und Juristen als selbstverständlich unterstellt.

23

In der Antiken Rhetorik wurden dergestalt abgekürzte Syllogismen *enthýmēma* genannt (eingedeutscht Enthymem) – wohl, weil sie wegen der Kürze kraftvoller sind: Das Argument wirkt gleichsam unmittelbar im (*en*) Herz (*thymós*).

Unklar ist, ob „dem Enthymen“ darüber hinaus eine besondere Bedeutung zukommt. Eine Reihe von Vertretern der aktuellen juristischen Rhetorik ist dieser Meinung, es gibt sogar einen Sammelband, der sich dem Thema widmet.⁶¹ Richtig

24

zum Beruf (§ 2 Bundesärzteordnung, § 2 Bundes-Apothekerordnung). – Wörtlich bedeutet *approbare*: „zustimmen, billigen“, manchmal auch einmal „segnen“ oder „beweisen“.

60 Wie man es wortreich schlechter macht, zeigt *Fritjof Haft*, Einführung in das Juristische Lernen, 6. Aufl., Bielefeld 1997, S. 376.

61 *Katharina Gräfin von Schlieffen* (Hrsg.), *Das Enthymem. Zur Rhetorik des juristischen [sic] Begründens*, Berlin 2011; dort auch zu vielen weiteren Verständnissen von Enthymem, gerade schon in der Antike.

dürfte sein: Einen eigenständigen Erkenntniswert hat das Enthymen nicht: Eine valide juristische Begründung ist immer potentiell fünfgliedrig.

Was allerdings die überzeugende *Darstellung* schon einfacher rechtlicher Entscheidungen angeht – nehmen wir eine Behördenentscheidung in Gestalt eines Verwaltungsakts – so wäre sie hoffnungslos überfrachtet, wenn man jeden einzelnen Schritt der Begründung explizit nennen würde. Derartige Begründungen bestehen daher aus einem „Netz von Enthymemen“ – Katharina Sobota hat dies eindrücklich nachgezeichnet.⁶² Sie schwimmen auf diese Weise gleichsam auf dem Meer des mit den Adressaten geteilten Alltags- und Fachwissens, sie verdichten es im Hinblick auf einen konkreten Fall und entwickeln es dabei zugleich fort (sei es bestätigend, sei es innovativ). Dass man an vielen Punkten weiter „in die Tiefe gehen könnte“, versteht sich von selbst. Es wäre aber Ressourcenvergeudung.

cc) Exkurs II: zum Gutachten- und Urteilsstil

- 25 In meiner Vorlesung zur Rechtsphilosophie ist *immer* die Frage aufgetaucht, wie sich dieses Rhetorische Schema zum sogenannten Gutachtenstil⁶³ verhält. (Für Nicht-Juristen: Das ist der „Stil“, der in juristischen Klausuren für die Fallbearbeitung verlangt wird, vom ersten Semester bis zum Ersten Examen.)

Antwort: Im Gutachtenstil werden die Schritte (2) und (3) vertauscht und Schritt (3) in die Form einer Frage gebracht. Schematisch:

- (1) Wer einen anderen Menschen heimtückisch tötet, ist wegen Mordes (mit lebenslanger Freiheitsstrafe) zu bestrafen (§ 211 StGB).
- (3) *Zu prüfen ist, ob A den B heimtückisch getötet hat.*
- (2) Heimtücke ist das Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers.
- (4) Er hat, als B schlief, den Gashahn aufgedreht. B war also arg- und wehrlos.
- (5) Also ist A wegen Mordes (mit lebenslanger Freiheitsstrafe) zu bestrafen.

- 26 Im sogenannten Urteilsstil (den man erst im Zweiten Examen kennen und beherrschen muss) ist sogar noch mehr umzustellen. Insbesondere beginnt man mit dem Ergebnis, also in etwa wie folgt:

- (5) A hat sich wegen Mordes strafbar gemacht.
- (1) Einen Mord begeht, wer einen anderen Menschen heimtückisch tötet (§ 211 StGB).
- (3) A hat den B heimtückisch getötet.
- (2) Heimtücke ist das Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers.
- (4) A hat, als B schlief, den Gashahn aufgedreht. B war also arg- und wehrlos.

- 27 An der *logischen Struktur* des gesamten Arguments – d.h. des fünfgliedrigen Syllogismus – ändert sich durch diese Umstellungen und auch durch die Varianten in der Formulierung *nichts*. Es handelt sich vielmehr, wie ein geschätzter Kollege einmal formuliert hat, um „Formalkram“.

⁶² Siehe Katharina Sobota (jetzt Gräfin von Schlieffen), Sachlichkeit (Fn. 9), S. 48, 57–64; dort wird ein Text von 15 Zeilen auf 8 Seiten logisch entfaltet (oder salopp gesagt: aufgedröselte); Überschrift des Kapitels: „Der angedeutete Syllogismus“.

⁶³ Dazu ausführlich z.B. Brian Valerius, Einführung in den Gutachtenstil, Berlin etc. 2017.

Allerdings muss man diesen Formalkram ernst nehmen, weil sich in ihm die jeweilige professionelle Rolle *darstellt*. Das Gutachten ist erst ein Vorschlag zur Lösung – wichtigster Anwendungsbereich: die sogenannten Kollegialgerichte, die aus mehreren Richtern bestehen und in denen jeweils einer, als „Berichterstatter“, für die anderen das Gutachten verfasst.

Im Urteil hingegen wird das, was den Rechtsunterworfenen am meisten interessiert, nämlich die Rechtsfolge, an den Anfang gestellt und anschließend möglichst nachvollziehbar begründet.

b) Komplexe Argumente: Argumente *a fortiori* (Erst-recht-Schlüsse) etc.

Zurück zur Antiken Rhetorik! In der Lehre von den Beweis- und Überzeugungsmitteln (*argumentatio*) finden sich des Weiteren Anleitungen für komplexere Argumente.⁶⁴ Am bekanntesten sind insofern auch heute noch die *argumenta a fortiori*, wörtlich übersetzt: Argumente „vom Stärkeren her“ (*fortis* = stark, daher englisch *force*). Besonders treffend kann man sie als „Erst-recht-Schlüsse“ bezeichnen, sei es nun vom Größeren auf das Kleinere (*a maiore ad minus*) oder vom Kleineren auf das Größere (*a minore ad maius*).

28

Beispiele bei Aristoteles: Wenn nicht einmal die Götter alles wissen, um wieviel weniger die Menschen. Umgekehrt: Wenn Theseus nicht Unrecht getan hat, als er die Helena raubte, dann auch nicht Paris.⁶⁵

Zwei etwas aktuellere Beispiele: Wenn ein Rechtsprofessor vor dem Bundesverwaltungsgericht als Prozessvertreter auftreten darf (*maius*),⁶⁶ dann „erst recht“ vor dem Verwaltungsgericht (*minus*). Wenn für rechtmäßige Enteignungen eine Entschädigung zu leisten ist (*minus*), dann „erst recht“ für rechtswidrige Enteignungen (*maius*).⁶⁷ – Dass dieser letzte Schluss falsch war, weil er zwei verschiedene Begriffe von Enteignung vermenget hat (Äquivokation), steht auf einem anderen Blatt.

c) Die Lehre von den Fehlschlüssen

Dies leitet über zur Lehre von den Fehlschlüssen. Die Antike Rhetorik hat auch diesen Bereich eingehend untersucht, vor allem wohl, um derartige Fehlschlüsse beim Gegner aufzudecken. In diesem Sinn gibt es von Aristoteles ein ganzes Buch mit dem Titel „Sophistische Widerlegungen“.⁶⁸

29

Der wohl häufigste Fehlschluss ist der Schluss von der Wirkung auf die Ursache: „Ein guter Wissenschaftler wird häufig zitiert, Wissenschaftler X wird häufig zitiert, also ist X ein guter Wissenschaftler.“ Es kann freilich sein, dass X und seine Freunde nur sehr gut darin sind, sich gegenseitig zu zitieren und dadurch die Zitierhäufigkeit zu manipulieren (man nennt dies Zitierkartelle).

64 Leider nicht sehr übersichtlich: Martin, Antike Rhetorik (Fn. 3), S. 101–119.

65 Aristoteles, Rhetorik (Fn. 13) II 23, 1397b 4–5.

66 So ehemals § 67 Abs. 1 der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO).

67 BGHZ 6, 270 – Einweisung in Mietwohnungen (1952) (Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen Band 6, Seite 270).

68 Deutsche Ausgabe: Aristoteles, Topik/Sophistische Widerlegungen, 2. Aufl., Hamburg 1995.

- 30 Ein weiterer Fehlschluss beruht darauf, dass mit einem Wort verschiedene Dinge bezeichnet werden (Äquivokation⁶⁹), das Beispiel „Enteignung“ haben wir schon erwähnt. Typische Fehlschlüsse sind auch der Zirkelschluss und die *petitio principii*.

Ausführliche Darstellung solcher Fehlschlüsse im Juristischen in dem von *Egon Schneider* (1927–2014) begründeten (1965) und von *Friedrich Schnapp* (1938–2022) fortgeführten Werk „Logik für Juristen“.⁷⁰ Eine knappe und schöne Darstellung auch bei *Olaf Muthorst*, „Grundlagen der Rechtswissenschaft“⁷¹.

3. Die Topik – Fundorte (*tópoi*) inhaltlicher Argumente

- 31 Nicht verkannt hat die Antike Gerichtsrhetorik, dass alle Argumentations- und Subsumtions„technik“ wenig nützt, wenn man in der Sache keine guten Gründe hat. Insoweit ist am wichtigsten zu wissen, dass es im antiken Griechenland noch kein derart ausdifferenziertes und professionell betriebenes Recht gab wie heute. Insbesondere gab es keine Entscheidungssammlungen und keine Urteilsbegründungen, sogar die Gesetze waren nicht „von Amts wegen“ zu beachten, sondern wurden von den Beteiligten als „Beweismittel“ eingebracht (*písteis átechnoi*, s.o. Rn. 19).⁷² Kurz: Man konnte nicht wie heute in einen Kommentar schauen und dort für diesen Fall oder jenes Gesetz ein systematisch gut eingepasstes Argument finden. Folglich orientierte man sich im alten Griechenland bei der Suche nach „Orten“ (*tópoi*, Singular *tópos*; lateinisch *loci*, Singular *locus*), wo man inhaltliche Argumente findet, an Katalogen anderer Art. Solche Topoikataloge wurden manchmal in die Rhetoriklehrbücher integriert.⁷³ Es gab aber auch selbständige Topiken, deren Systematik freilich nicht sehr juristisch ausgerichtet war.

- 32 So ordnet z.B. die „Topik“ des Aristoteles⁷⁴ – aus heutiger Sicht reichlich abstrakt – die Orte, an denen man Argumente finden kann, in die folgenden fünf großen Schubladen: *tópoi* zum Akzidens (= nicht-charakteristische Eigenschaft), *tópoi* zum Wünschenswert-Guten, *tópoi* zur Gattung, *tópoi* zum *Proprium* (= „eigentliche“⁷⁵ Eigenschaft), *tópoi* zur Synonymie (= Äquivokation, siehe Rn. 30). Außerdem enthält das Buch eine Definitionslehre und – abschließend – Regeln für einen Disput. Man sieht: Diese „Topik“ ist keineswegs spezifisch auf das Juridische ausgerichtet.

Das Gleiche gilt für die „Topica“ von Cicero⁷⁶ und wohl auch für alle danach folgenden Topik-Bücher. Sie dienen einer allgemeinen, nicht spezifisch gerichtlichen Argumentationslehre. Die Kataloge von rechtlich relevanten Gesichtspunkten wur-

69 Aus linguistischer Sicht zu den dadurch ermöglichten Begriffsstrategien: *Hans Hannappel/Hartmut Melenk*, Alltagssprache, 2. Aufl., München 1984, S. 227–229, 282–284.

70 7. Aufl., München 2016.

71 2. Aufl., München 2020.

72 So etwa in dem Prozess gegen die Hetäre Neaira in der zweiten (erhaltenen) gegen eine Frau gerichtete Rede aus der antiken Rhetorik: *Kai Brodersen* (Hrsg.), Neaira/Stiefmutter (Fn. 33), S. 66/67, 92/93, 116/117.

73 So bei *Aristoteles*, Rhetorik (Fn. 13) II 18–26 (1391b–1403b), wobei es dort für alle Redearten (also nicht nur die Gerichtsrede) durcheinander geht.

74 *Aristoteles* (Fn. 68).

75 *Proprium* ist das Eigentum (englisch *property*).

76 Lateinisch-deutsche Ausgabe: *Cicero*, Topik, Hamburg 2013.

den hingegen mehr und mehr – und zwar schon bei den Römern – eine Sache von Spezialisten, sprich: Juristen.

Nicht ohne weiteres verständlich ist daher, dass es in der Nachkriegszeit in der deutschen Rechtswissenschaft eine durchaus erfolgreiche Renaissance der Topik gab. Auslöser dieser sogenannten Topik-Diskussion war das Buch „Topik und Jurisprudenz“ (1953) von Theodor Viehweg (1907–1988).⁷⁷ Zu erklären ist dessen Erfolg vielleicht damit, dass nach den eher verzweifelten Versuchen, angesichts der Schrecken des Nationalsozialismus das „Naturrecht“ wiederzubeleben,⁷⁸ erstmals wieder ein leicht ironischer Ton in die Diskussion kam (Hauptthese: Problemdenken versus Systemdenken). Genauer dazu unten § 15c Rn. 34–38.

33

III. Das Nachwirken der Antiken Rhetorik

Die Antike Rhetorik hat die Antike⁷⁹ durchaus überlebt. Insbesondere hatte die Rhetorik an den mittelalterlichen Universitäten ihren festen Platz (deren erste war seit 1088 Bologna, entstanden übrigens aus einer Rechtsschule). Rhetorik war dort Teil des (wohl erst später so bezeichneten) *studium generale*,⁸⁰ d.h. des allgemeinen Studiums, das alle Studenten durchliefen, bevor sie zu den drei höheren Fakultäten – Jurisprudenz, Medizin, Theologie – zugelassen wurden.

34

Dieses *studium generale* bestand aus den *septem artes liberales* (sieben freien Künsten),⁸¹ die wiederum unterteilt wurden in das Trivium (wörtlich Dreiweg), das im ersten Semester studiert wurde, und das Quadrivium (wörtlich Vierweg) im zweiten Semester. Das Trivium bestand aus den Fächern Grammatik, Rhetorik und Dialektik (= Logik), das Quadrivium aus den Fächern Arithmetik, Geometrie, Musik und Astronomie.⁸² Insofern wurde die Rhetorik ein zwar nur „trivialer“ Teil der akademischen Bildung – aber immerhin.⁸³

Bereits erwähnt wurde, dass rhetorische Inhalte auch noch in der sogenannten „Logik von Port-Royal“ von 1667 weitertransportiert wurden (§ 1 Rn. 13). Nicht unwahrscheinlich ist zudem, dass Rhetorik in den Lehren der „Practischen Jurisprudenz“ fortwirkte (§ 1 Rn. 16) – so dass vielleicht auch die berühmten vier *canones* der Auslegung, die

35

77 5. Auflage: München 1974. Zur Einordnung: Gerhard Otte, Zwanzig Jahre Topik-Diskussion: Ertrag und Aufgaben, in: Rechtstheorie 1 (1970), S. 183–197.

78 Standardwerk: Lena Foljanty, Recht oder Gesetz. Juristische Identität und Autorität in den Naturrechtsdebatten der Nachkriegszeit, Tübingen 1994.

79 Als Ende der Antike wurde früher meist die Abdankung des letzten weströmischen Kaisers im Jahr 476 angesetzt; heute dehnt man die Epoche offenbar aus, so dass auch die letzten oströmischen Kaiser – bis zum Jahr 641 – noch dazugehören.

80 Anfangs hatte „studium generale“ offenbar eine andere Bedeutung, siehe Jacques Verger, Studium, in: Lexikon des Mittelalters, Band 8, Lachen am Zürichsee 1999, Spalten 255–256.

81 Genauer Heinrich Schippergen, Artes liberales, in: Lexikon des Mittelalters, Band 1, Lachen am Zürichsee 1999, Spalten 1058–1063.

82 Seine Wurzeln hat all dies letztlich in dem Bildungsplan, den Platon in seiner „Politeia“ entworfen hat. – Höchstes Lob für dieses Programm: Niklas Luhmann, Die Gesellschaft der Gesellschaft, Teilband 2, Frankfurt a.M. 1997, S. 951: „Bei näherem Zusehen erscheint [...] eine eindrucksvolle, geschlossene Konzeption, der man heute nichts annähernd Gleichwertiges entgegenzusetzen hätte. Im Trivium geht es um Kommunikation, im Quadrivium um die Welt.“

83 Demgegenüber ist „banal“ das, was auch ein einfacher Arbeiter (*bánausos*) kann.

man Savigny zuschreibt (§ 15d), nichts anderes sind als eine Abwandlung der vier *statūs legales*. Das muss hier freilich nicht vertieft werden, denn seit dem 19. Jahrhundert ist die (antike) Rhetorik als akademisches Grundlagenfach offenbar ausgestorben.

- 36 Zusammenhängen dürfte dies damit, dass sich die Wissenschaften ein völlig neues Selbstverständnis erarbeitet hatten. Sie erhoben nunmehr den Anspruch, mit „neuen Methoden“ – neben Descartes (§ 1 Rn. 5–7) ist hier das „Novum Organum“ (1620) von Francis Bacon (1561–1626) zu nennen⁸⁴ – die *Wahrheit* zu erforschen, oder genauer: *neue Wahrheiten*. Ein Selbstverständnis von Wissenschaft als Kunst, als *ars*, als *téchnē* passte hierzu offenbar immer weniger. Denn was deren Leistungsfähigkeit angeht, war schon Aristoteles eher skeptisch gewesen. Er schreibt in seiner „Topik“:

„Denn weder wird der Rhetoriker in jeder Lage überzeugen noch der Arzt in allen Fällen heilen. Wenn er nur nichts von dem auslassen wird, was an Handwerkszeug zur Verfügung steht, werden wir sagen können, dass er seine Wissenschaft (*epistēmē*)⁸⁵ kompetent (*hikanōs*) innehat.“⁸⁶

Dem Wissenschaftsideal der Neuzeit konnte dies nicht mehr genügen.

⁸⁴ Auch dies ein sehr merkwürdiges Buch. Deutsche Ausgabe: *Francis Bacon*, Neues Organon, Teilband I und Teilband II, lateinisch-deutsch, Hamburg 1990, Lizenzausgabe Darmstadt o.J. – Die Bezeichnung „Novum Organum“ konnte höher nicht gegriffen sein: Das „alte“ Organon (griechisch *órganon* = Werkzeug, Maschine, auch Musikinstrument) war die Sammelbezeichnung für sechs Bücher des Aristoteles, darunter die Kategorienlehre, die beiden Analytiken (seine „Logik“) und die Topik. Sie galten bis dahin als die verbindliche wissenschaftliche Methodologie schlechthin. Zudem war Bacons „Novum Organum“ auch der Form nach revolutionär: Es bestand zum größten Teil aus Aphorismen. (Es mag sein, dass Bacons Selbstsicherheit auch darin ihren Grund hatte, dass er eine Weile als Englands Lordkanzler amtierte hatte.)

⁸⁵ Zum Ausrufezeichen: *epistēmē* bezeichnet eigentlich das „wahre“, theoretische Wissen. Demgegenüber wurde das, was Rhetoriker oder Ärzte betreiben, als *téchnē* bezeichnet, das ist ein Mittelding zwischen Handwerk und Kunst (siehe schon § 1 Rn. 4 und 33). Ganz konsequent ist Aristoteles also nicht.

⁸⁶ *Aristoteles*, Topik (Fn. 68), Buch 1 Kapitel 3; meine Übersetzung.