

entscheidende Bedeutung dieser Frage in ihrer Ursprünglichkeit zu durchschauen. Aber wir müssen sehen lernen, daß Sokrates der erste gewesen ist, der eine solche Frage gestellt hat, daß diese Frage etwas Unerhörtes ist und daß es diese Frage vorher nicht gegeben hat [...] In den frühplatonischen Dialogen – und hier insbesondere im Laches – wird in der uns bekannten Geschichte des Denkens eine solche Frage zum ersten Male gestellt [...] Vielleicht gibt es keinen besseren Weg, das Problem des Allgemeinen in seinem grundsätzlichen Charakter zu sehen, als dem sokratischen Gespräch im Laches zu folgen.⁴⁶

Auf dem Weg sokratischen Philosophierens gelangt man in teilnehmender *praxis* und kunstgerechter *poiesis* des Gesprächs zu einer *techne* dialogischer Rede und Gegenrede, aber nicht zu einer *theoria* distanzierter Beobachtung der Sprache.⁴⁷ An seinem Ende findet sich daher auch keine theorielastige Dichotomie von abstrakt-allgemeinen (Rechts-) Begriffen und konkret-individuellen (Lebens-) Sachverhalten wie im traditionellen Modell der Subsumtion.⁴⁸ Warum der Philosophenweg des Sokrates an diesem dichotomischen Modell einer zwiespältigen Welt von Allgemeinem und Einzeltem, Gesetz und Fall, Sollen und Sein vorbeiführt, wird bei der Behandlung der römischen Jurisprudenz deutlich werden.

3. »Ars« der römischen Jurisprudenz: Kunst der Urteilsbildung

Das alte Europa verdankt seine Philosophie den Griechen und seine Jurisprudenz den Römern. Trotz dieses Herkunftsunterschieds steht die römische Jurisprudenz in einem methodengeschichtlich bemerkenswerten Näheverhältnis zur griechischen Philosophie. Das Erste Buch der Digesten formuliert dazu am Anfang des Ersten Titels in schöner

46 Gottfried Martin, Einleitung in die allgemeine Metaphysik, 1974, S. 18 f. Zur »Entdeckung des Allgemeinen« im sokratischen Fragen nach dem »Was« der Wörter schon Heinrich Maier, Sokrates, 2. Neudruck der Ausgabe 1913, 1985, S. 526 f.

47 Zum Unterschied zwischen »Sprache« als System und gesprochener »Rede« und zur daraus folgenden Unterscheidung analytischer von hermeneutischer Sprachphilosophie Gröschner, Dialogik (Fn. 15), S. 66 ff.

48 Kritischer Dialog über die angebliche Abstraktheit gesetzlicher Tatbestände und die vermeintliche Konkretheit lebensweltlicher Sachverhalte bei Gröschner u. a., Rechts- und Staatsphilosophie (Fn. 23), S. 58 ff.

Schlichtheit, *ius* sei nach *iustitia* benannt, fügt mit feiner Ironie hinzu, Juristen seien Priester der Gerechtigkeit (säkulare *sacerdotes*, nicht etwa sakrale *pontifices*, von denen die professionellen *iuris consulti* sich gerade emanzipiert hatten) und folgert nicht ohne einen gewissen Stolz, als weltliche Priester der Gerechtigkeit erstrebten sie *veram philosophiam*.⁴⁹

Die Pointe dieser »wahren Philosophie« der Jurisprudenz erschließt sich aus Ciceros »Tusculanae disputationes«. Im Fünften Buch der »Gespräche in Tusculum« heißt es von Sokrates, er habe als erster die Philosophie vom Himmel heruntergerufen (»devocavit e caelo«) und sie in seiner eigenen »ratio disputandi« auf das Leben bezogen.

Wir haben davon vor allem dies übernommen, was auch Sokrates, wie wir glauben, angewandt hat, daß wir unsere eigene Meinung zurückhielten, die Andern aber von ihrem Irrtum befreiten und bei jeder Untersuchung fragten, was der Wahrheit am nächsten käme (quid esset simillimum veri).⁵⁰

Was Cicero die *ratio* des Disputierens nennt, ist demnach nichts anderes als die sokratische Kunst dialogischer Gesprächsführung. Und diese wiederum verlangt – wie oben deutlich geworden sein sollte – den prinzipiellen, im Prinzip des Nichtwissens fundierten Verzicht auf einen abschließend definierbaren Begriff des »verum«. An dessen Stelle das dem Wahren Ähnlichste (simillimum) zu setzen, heißt in der Tradition der noch näher zu erläuternden aristotelischen Unterscheidung zwischen wahrheitserhaltendem Schließen und meinungsmäßigem Urteilen (*syllogismos* und *enthymema*), auch beim Gerechtigkeitsanspruch der Jurisprudenz auf angemäßtes Wissen um die abstrakten Begriffsmerkmale der *iustitia* zu verzichten.

Auch der berühmte Satz des Celsus, der das Recht noch vor der Herleitung von *ius* aus *iustitia* als »Kunst des Guten und Gerechten« bestimmt (»ius est ars boni et aequi«)⁵¹, bezieht seine methodologische

49 Okko Behrends/Rolf Knütel/Berthold Kupisch u. a. (Hrsg.), *Corpus Iuris Civilis*, Bd. 2, 1995, S. 91 mit Fußnotenverweis auf Cicero.

50 Marcus Tullius Cicero, Gespräche in Tusculum. *Tusculanae disputationes*. Lateinisch-deutsch, hrsg. von Olof Gigon, 3. Aufl. 1976, S. 324 f. Die »ratio disputandi« ist mit »Art des Diskutierens« philologisch korrekt, aber philosophisch unspezifisch übersetzt.

51 Digesten 1,1,1 pr.

Bedeutung aus der philosophischen Bescheidenheit des Sokrates: Der Satz enthält weder eine Definition des Rechtsbegriffs noch definitorische Bestimmungen der in ihm verwendeten Termini. Gleichwohl sagt er viel – um nicht zu sagen alles – über den Charakter der römischen Jurisprudenz: Sie ist eine »ars«, die ihre Güte (»bonum«) nicht aus der Gerechtigkeit »an und für sich« bezieht, sondern aus der Gerechtigkeit im Einzelfall (»aequitas«).⁵²

Als *ars* hat die betreffende Kunst denselben Charakter wie die griechische *techne*. Zunächst einmal und sprachlich ganz einfach ist sie deren lateinische Übersetzung, hat also mit der »schönen« Kunst der Maler und Bildhauer, Musiker und Dichter, Sänger und Schauspieler nach deren derzeitigem Selbstverständnis und dem Kunstverständnis des heutigen Kulturbetriebs nichts zu tun. Sodann ist ihr wissenschaftstheoretischer Status durch dieselbe Vermittlungsleistung zwischen Theorie und Praxis gekennzeichnet, die für jede Techne charakteristisch ist. Bei Hippokrates war sie auf den »Einklang« theoretischen Wissens mit praktischer Erfahrung in der Kunst der Diagnose bezogen, bei Sokrates auf die Auseinandersetzung über die Verallgemeinerungsfähigkeit von Einzelerfahrungen im »Zwischen« der Teilnehmer an einem philosophischen Dialog.⁵³

Die Brücke zwischen Theorie und Praxis bildet in der Jurisprudenz seit ihrer klassischen römischen Zeit die nach dem »dogma« der hippokratischen Medizin benannte »Dogmatik«. Nach Franz Wieacker hat sie »intellektuell überprüfbare und öffentlich einsichtige Kriterien für die Handhabung des Bewertungsspielraums anzugeben, den jede Anwendung einer Norm auf einen konkreten Fall erfordert.«⁵⁴ »Jede« Norm-anwendung darf bei einem so renommierten Romanisten getrost beim Wort genommen werden. Denn der römischrechtliche Grundsatz »om-

52 Die Philosophie der römischen Jurisprudenz ist eben nicht platonisch (oben, Fn. 43), sondern sokratisch.

53 Buber, Philosophie (Fn. 45), S. 405: »Das Zwischen ist nicht eine Hilfskonstruktion, sondern wirklicher Ort und Träger zwischenmenschlichen Geschehens«, vor allem, wenn »zwei Menschen ein Gespräch miteinander führen [...], dessen Sinn weder in einem der beiden Partner noch in beiden zusammen sich findet, sondern nur in [...] ihrem leibhaften Zusammenspiel, diesem ihrem Zwischen« (S. 272).

54 Franz Wieacker, Zur praktischen Leistung der Rechtsdogmatik, in: Ausgewählte Schriften, Bd. 2, 1983, S. 63.

nis definitio in iure civili periculosa«⁵⁵ ist Ausdruck der Überzeugung, alle abstrakten Definitionen des Zivilrechts seien gefährlich, weil sie keinen Raum für die Einzelfallgerechtigkeit der *aequitas* ließen. Für das Öffentliche Recht der Römer mit seinen Spielräumen für die politische Gestaltung des Gemeinwesens galt dies erst recht.⁵⁶

Ulpians Gerechtigkeitsformel, die der Berühmtheit des Celsussatzes in nichts nachsteht, bestätigt diese »kunst«-gerechte Interpretation der Grundbegriffe römischer Jurisprudenz: »Iustitia est constans et perpetua voluntas, ius suum cuique tribuendi«⁵⁷. Gerechtigkeit als (sachlich) gleichbleibender und (zeitlich) ausdauernder Wille, jedem das ihm gebührende Recht zukommen zu lassen, darf allerdings nicht in anachronistischer Weise vom neuzeitlichen »Willen« selbstbestimmter Subjekte her verstanden werden. Wenn man die Doppelung von »konstantem« und »perpetuiertem« Willen in der rhetorischen Figur eines Hendiadys als besondere Betonung ernst nimmt, bedeutet »voluntas« im Lateinischen nichts anderes als »ethos« im Griechischen: ein unbedingtes und unbeugsames Bestreben, das Charakter zeigt und das seine sachliche Konstanz und zeitliche Permanenz durch Charakterbildung erhält.⁵⁸

So interpretiert, wird das Gerechtigkeitsstreben als juristisches Befruchtethos zur Innenseite der Kunst des Guten und Gerechten. Eben weil es sich um eine *ars* handelt, die nicht automatisch zu generieren, sondern stets aufs neue zu aktivieren ist, bedarf es des dauernden Willens, jedem Einzelfall – buchstäblich: je dem Einzelfall – gerecht zu werden. Gäbe es Programme für Subsumtionsautomaten, wäre die Jurisprudenz keine

55 Digesten 50, 17, 202.

56 Rolf Gröschner, Römischer Republikanismus, in: Kristian Kühl/Gerhard Seher (Hrsg.), Rom, Recht, Religion, 2011, S. 15 ff.

57 Digesten 1, 1, 10 pr. In den Institutionen 1, 1 pr. endet der Satz dagegen mit dem Adjektiv »tribuens«. Das Attribut eines »zuteilenden« Willens wirkt aber nicht nur etwas schief, sondern lässt auch die Bedeutung der Gerundivkonstruktion »tribuendis« als Appell vermissen, den Willen zur gerechten Entscheidung auf das im Einzelfall zuzuteilende Recht zu beziehen.

58 Klassische Bestimmung von *ethos* aus der Doppelbedeutung äußerer Gewöhnung (Sitte) und innerer Gewöhnung (Charakter): Aristoteles, Nikomachische Ethik II 1. Charakter hat der Mensch danach nicht von Natur, sondern erwirbt er durch Entwicklung gewohnter Grundhaltungen und Handlungsweisen. »So werden wir auch gerecht, indem wir gerecht handeln« in der Übersetzung Dirlmeier (Fn. 3), S. 28.

Kunst. Bei vorprogrammierten Entscheidungen ohne Entscheidungsspielräume bedürfte es auch keines Berufsethos. Solche Spielräume sind aber konstitutiv für alle juristischen Entscheidungen, die sich nicht formalmaßig erledigen lassen, und zwar sowohl bei der Konstituierung des Falles als auch bei der Interpretation des einschlägigen Rechts. Was »der Fall ist«, kann nicht unabhängig von den Beteiligten festgestellt werden; deren gutes Recht ist es daher nach einem Urprinzip der Gerechtigkeit, zu »ihrem« Fall gehört zu werden.⁵⁹

In dieser dezidiert dialogischen Rechts- und Gerechtigkeitskonzeption waren Roms Respondierjuristen die ersten Dogmatiker des Zivilrechts. Die *responsa prudentium* galten als Rechtsquelle, obwohl ihnen kein höherer Rang zugestanden wurde als derjenige von Sätzen und Meinungen (»sententiae et opiniones«) angesehener Rechtsgelehrter.⁶⁰ Auch wenn dogmatischen Lehrsätzen im Verfassungsstaat des Grundgesetzes nur kraft Richterrechts Quellencharakter zukommt, gewinnt die Rechtsdogmatik vor dem Horizont ihrer römischrechtlichen Methodentradition doch klare Konturen: Ihre nicht etwa »wahren«, wohl aber »wahr scheinenden« und deshalb allgemein anerkannten Lehren sind Standardargumente zur Begründung juristischer Urteile in den Spielräumen rechtlicher Regelungen bei der Entscheidung im Einzelfall. Sie entlasten die Entscheidungsträger durch ein Reservoir an »routinemäßig anwendbaren Klassifizierungsmustern und Anwendungsregeln«.⁶¹

Nach all dem stehen Hippokrates, Sokrates und Celsus nicht nur methodengeschichtlich, sondern auch methodologisch in einer Reihe. In methodologischer Reihung erlaubt es das Kriterium der »Kunst«, einen Vergleich zwischen medizinischer Diagnostik, philosophischer Dialogik und juristischer Subsumtionstechnik vorzunehmen und im Hinblick auf das gewählte Vergleichskriterium von den kunst-unabhängigen Unterschieden zwischen Medizin, Philosophie und Jurisprudenz abzuse-

59 »Audiat et altera pars«: »Uralter Rechtssatz, nicht erst römisch«. So Liebs, Rechtsregeln (Fn. 5), S. 37.

60 Gaius, Institutionen 1, 7. Nach Digesten 1, 2, 2, 12 ist Dogmatik ungeschriebenes Recht (»sine scripto«) in der Interpretation der Rechtsgelehrten (»prudentium interpretatione«).

61 Martin Morlok, Was heißt und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie?, 1988, S. 40.

hen. Die Reihenzugehörigkeit wird gestiftet durch eine Kunst der Urteilsbildung, die zwischen theoretischer Erkenntnis und praktischer Erfahrung vermittelt. Diese vermittelnde Funktion der Urteilskunst verlangt eine Technik des Diagnostizierens, Philosophierens und Subsumierens, die nicht auf lineare Methoden der Deduktion aus Allgemeinbegriffen und der Induktion aus Einzelfällen reduzierbar ist.

Wenn im Verlauf der weiteren Überlegungen von Subsumtionstechnik – ohne Anführungszeichen – die Rede ist, kommt wegen jener Vermittlerfunktion kunstgerechter Urteilsbildung kein Methodenmodell mehr in Frage, das den Dualismus von Allgemeinem und Einzelнем zum wissenschaftstheoretischen Grundprinzip erklärt und die Dichotomie von Sollen und Sein, Wert und Wirklichkeit, Normativität und Faktizität für methodologisch fundamental.⁶² In diesem dichotomischen Schema verkümmert die lebendige Alltagswelt juristischer Auseinandersetzungen zur schematisch isolierten Tatsachenfeststellung auf der einen und Rechtsanwendung auf der anderen Seite.⁶³ Der in einem Rechtsstreit entscheidungserhebliche Sachverhalt ist aber kein *factum brutum*, das in seiner plumpen Faktizität unabhängig von normativen Meinungen über die rechtliche Relevanz der vorgetragenen Tatsachen beurteilt werden könnte.

Wenn Sein und Sollen zwar unterschieden, jedoch nicht dichotomisch getrennt oder kontradiktiorisch gespalten werden, lassen sich, ohne »naturalistische Fehlschlüsse« befürchten zu müssen, juristische Urteile über die tatsächliche Bedeutung von Normen und die normative

62 Zu den Stichwörtern Dichotomie und Dualismus statt aller *Mittelstraß*, Enzyklopädie (Fn. 11), Bd. 1, S. 472 f. und S. 503 f.: Erklärung der Welt aus zwei Prinzipien, die dichotomisch strukturiert sind, wenn sie im kontradiktiorischen Gegensatz zueinander stehen. Klassiker der Dichotomie von Sein und Sollen: *David Hume*, Eine Untersuchung über den menschlichen Verstand, 2007, S. 45 (»Matters of Fact« und »Relations of Ideas«) und *Immanuel Kant*, Kritik der reinen Vernunft, 1787, B 575 f. (Natur- und Vernunftnotwendigkeit). Der hier erhobene Einwand bezieht sich nicht auf die bei Hume und Kant systembedingte Dichotomie, sondern auf die exklusive Kompetenz der formalen Logik für die Konstruktion der kontradiktiorischen Spaltung.

63 Nach *Martin Morlok*, Methodenlehre, juristisch, in: Evangelisches Staatslexikon, Neuausgabe 2006, Sp. 1532, geht es im »Kern des Rechtsanwendungsprozesses« darum, den »Hiatus zwischen Norm und Einzelfall möglichst überzeugend zu überbrücken«, und zwar durch »kunstgerechte Arbeit« an dieser Überbrückung. Der vorliegende Beitrag nimmt jene »kunst«-gerechte Arbeit methodologisch beim Wort.

Bedeutung von Tatsachen bilden und begründen.⁶⁴ Solche Urteilsbildung und -begründung findet in der Jurisprudenz seit je auf dialogische Weise statt: in streitiger Auseinandersetzung, in der alle am Rechtsstreit Beteiligten ihre Ansprüche mit handfesten, im juristischen Alltag gera-dezu mit Händen zu greifenden Erfolgsinteressen verbinden. Eine Theorie der Subsumtion, die von diesen Interessen absähe und sich am Ideal eines nach allgemeinen Vernunftregeln geführten Diskurses orientierte – wie Robert Alexys »Theorie der juristischen Argumentation«⁶⁵ – könnte jedenfalls nicht als Theorie juristischer Argumentationspraxis gelten. Die hier in ihren Basisbegriffen vorzustellende Konzeption möchte aber eine rechtsphilosophische Theorie der Jurisprudenz und in ihrer Konzentration auf die Technik der Subsumtion eine Theorie der Praxis sein.⁶⁶

- 64 Ganz in diesem Sinne *Ulfried Neumann*, Bedingungen der Validität des naturalistischen »Fehl«-Schlusses, in: Festschrift für Hubert Rotteleuthner, hrsg. von *Matthias Mahlmann*, 2011, S. 62 ff.
- 65 *Robert Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 3. Aufl. 1996. Ausführliche Auseinandersetzung mit Alexys Theoriekonzeption bei *Gröschner*, Dialogik (Fn. 15), S. 127 ff.
- 66 Das Grundanliegen einer »Philosophie der Rechtspraxis« kam schon im Untertitel von *Gröschner*, Jurisprudenz (Fn. 26) zum Ausdruck. Die »philosophische(n), dogmatische(n) und methodologische(n) Grundlagenarbeiten 1982 – 2012« im Untertitel der Schriftensammlung *Gröschner*, Dialogik (Fn. 15) verweisen auf inzwischen über dreißig Jahre, in denen das Anliegen weiterverfolgt wurde. »Subsumtion« (Titel) als »Schlüsselbegriff der Juristischen Methodenlehre« (Untertitel) ist Gegenstand eines mit *Gottfried Gabriel* herausgegebenen Sammelbandes (*Gabriel/Gröschner*, Subsumtion, 2012). Die »Basisbegriffe«, die im 3. Teil des vorliegenden Beitrags vorzustellen sind, werden dort aus der Perspektive unterschiedlicher methodologischer Ansätze diskutiert, bei *Rolf Gröschner* unter der Überschrift »Logik und Dialogik der Subsumtion«, S. 421 ff. Übernommene Formulierungen stellen keine »blinden« Übernahmen dar, sondern den sachlich und sprachlich überprüften Stand der derzeitigen Überlegungen.