

Kunst, nach Kant eine Vermittlung generell zwischen Verstand und Vernunft und speziell zwischen bestimmender und reflektierender Urteilskraft.

## 2. Verstand und Vernunft

### a) Vermittlung zwischen bestimmender und reflektierender Urteilskraft

»Urteilskraft überhaupt« ist bei Kant »das Vermögen, das Besondere als enthalten unter dem Allgemeinen zu denken«.<sup>108</sup> Eine vorschnelle »Anwendung« dieser philosophischen Begriffsbestimmung auf juristische Subsumtionen »besonderer« Fälle unter »allgemeine« Gesetze verbietet sich im vorliegenden Zusammenhang schon aufgrund der Absage an ein dichotomisches Modell von Allgemeinem und Besonderem und im System der kantischen Philosophie zunächst einmal wegen ihrer spezifischen Fragestellung.<sup>109</sup>

Ob nun die *Urteilskraft*, die in der Ordnung unserer Erkenntnisvermögen zwischen dem Verstande und der Vernunft ein Mittelglied ausmacht, auch für sich Prinzipien a priori habe; [...] das ist es, womit sich gegenwärtige Kritik der Urteilskraft beschäftigt.<sup>110</sup>

Diese Beschäftigung mit apriorischen, vor aller Erfahrung gelegenen, transzendentalen oder reinen – von jeder Empirie gereinigten – Prinzipien der Urteilskraft beruht auf einer kategorial anderen Fragestellung als die bisherige Befassung mit den Prinzipien der Praxis und Technik des Subsumierens. Eben deshalb ist darauf zu achten, die erkenntnistheoretisch bestimmten Begriffe Kants nicht unreflektiert für oder gegen einen juristischen Sprachgebrauch in Stellung zu bringen.

Wenn Kant in seiner »Kritik der Urteilskraft« über »Gesetzgebung« schreibt, meint er entweder die »Gesetzgebung des Verstandes« oder die »Gesetzgebung der Vernunft«. Erstere ist Gegenstand der theoretischen

108 Immanuel Kant, Kritik der Urteilskraft, Einleitung, B XXV.

109 »Transzental« – nicht etwa transzendent – nennt Kant die Frage nach der »Erkenntnisart von Gegenständen, sofern diese a priori möglich sein soll«: Immanuel Kant, Kritik der reinen Vernunft, Einleitung, B 25.

110 Kant, Urteilskraft (Fn. 108), B V.

Philosophie, letztere der praktischen Philosophie. Die Urteilskraft als »Mittelglied zwischen dem Verstande und der Vernunft« ist in ihrem transzentalphilosophischen Status daher ein »Verbindungsmittel der zwei Teile der Philosophie zu einem Ganzen«.<sup>111</sup> Bedenkt man weiter, daß die beiden Teile der Dritten Kritik sich mit ästhetischer und teleologischer Urteilskraft beschäftigen – und nicht mit juristischem oder in kantischer Terminologie »juridischem« Entscheidungsvermögen –, sollte man gegen Kurzschlüsse auch und gerade aus Passagen gefeit sein, in denen Kant das Wort »subsumieren« gebraucht:<sup>112</sup>

Ist das Allgemeine (die Regel, das Prinzip, das Gesetz) gegeben, so ist die Urteilskraft, welche das Besondere darunter subsumiert, [...] bestimmt. Ist aber nur das Besondere gegeben, wozu sie das Allgemeine finden soll, so ist die Urteilskraft bloß reflektierend.<sup>113</sup>

Hier mit der rechtsdogmatisch herrschenden Lehre zwischen »Regeln« als subsumtionsfähigen Normen und »Prinzipien« als Optimierungsgeboten zu differenzieren<sup>114</sup> oder »Gesetze« auf staatlich gesetztes und garantiertes Recht zu reduzieren, wäre ganz gegen den Geist der »reinen« Rechtsphilosophie Kants gerichtet:

Eine bloß empirische Rechtslehre ist (wie der hölzerne Kopf in Phädrus<sup>c</sup> Fabel) ein Kopf, der schön sein mag, nur schade! daß er kein Gehirn hat.<sup>115</sup>

Von Kant darf weder eine Lehre des seinerzeit geltenden Rechts noch eine Methodik praktizierter Rechtsanwendung erwartet werden. Vielmehr ist seine transzentalphilosophische Fragestellung auch auf das Methodenproblem zu beziehen: als Frage nach den Bedingungen der Möglichkeit apriorischer, aller Erfahrung vorangehender Rechtserkenntnis.<sup>116</sup> Auf der Höhe solch anspruchsvoll »reinen« Philosophierens

111 Kant, Urteilskraft, (Fn. 108), Einleitung, B XX.

112 In Kants Terminologie muß »die gegebene Anschauung [...] unter einem [sic] Begriff subsumiert werden«: *Immanuel Kant*, Prolegomena zu einer jeden künftigen Metaphysik, die als Wissenschaft wird auftreten können, § 20, A 82.

113 Kant, Urteilskraft (Fn. 108), Einleitung, B XXVI.

114 Grundlegend: *Robert Alexy*, Theorie der Grundrechte 1986, S. 75 ff.

115 *Immanuel Kant*, Metaphysik der Sitten, Einleitung in die Rechtslehre, § B, AB 32.

116 In Kants Diktion geht »[d]er Zeit nach [...] keine Erkenntnis in uns vor der Erfahrung vorher«, »entspringt« aber »doch nicht eben alle aus der Erfahrung«: *Kant*, Vernunft (Fn. 109), Einleitung, B 1.

sind »Gesetze« solche des reinen Verstandes, »Prinzipien« solche der reinen Vernunft – in der Moralphilosophie vor und über allem das Prinzip der Autonomie.<sup>117</sup> Am Beispiel der gebrauchssprachlich so genannten Naturgesetze, die Kant konsequent als reine Verstandesgesetze bestimmt<sup>118</sup>, wird deutlich, wie die Urteilskraft verfährt, wenn sie ein empirisch vorgefundenes Besonderes unter ein verstandesgesetzlich vorgegebenes Allgemeines subsumiert, etwa einen fallenden Gegenstand unter das Gesetz der Gravitation.

Die allgemeinen Vorgaben des Gravitationsgesetzes sind sowohl mit naturwissenschaftlichem Verstand (physikalisch) als auch mit geisteswissenschaftlichem Verstand (mathematisch) – also im kantischen Sinne insgesamt verstandesgesetzlich – so exakt bestimmt und als internationaler Standard festgelegt, daß subsumtionstechnisch nicht der geringste Beurteilungsspielraum verbleibt: Die Erdanziehung wirkt mit ihrer Gravitationskraft auf einen fallenden Gegenstand derart ein, daß er sich dem Erdmittelpunkt mit gleichbleibender Beschleunigung von 9,80665 Metern pro Sekunde im Quadrat nähert, bis er auf ein Hindernis trifft. Nimmt man im Rückblick auf das Ausgangsbeispiel an, der Gegenstand sei ein aus 10.000 Metern Höhe abstürzendes Flugzeug, läßt sich auf die Sekunde genau berechnen, wie lang der Absturz dauert.<sup>119</sup>

Das Beispiel bestätigt die Ausgangsthese einer unbedingt notwendigen und kategorialen Unterscheidung zwischen *more mathematico* darstellbaren Deduktionen und juristischen Subsumtionen – inzwischen rekonstruiert in der aristotelischen Form rhetorischer Deduktionen. Es eröffnet aber auch einen neuen Zugang zur Philosophie der reflektie-

117 Immanuel Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, AA IV, 436. Zur gesamten »Grundlegung« lesenswert der soeben erschienene systematische Kommentar von Philipp Richter, 2013: »Das oberste Prinzip der Moralität ist die Autonomie, die sich im kategorischen Imperativ ausdrückt« (S. 158). Zur Fundierung der Rechts- in der Moralphilosophie den Dialog über »Kant und die Pflicht zum Recht« bei Gröschner u. a., Rechts- und Staatsphilosophie (Fn. 23), S. 211 ff.

118 Kant, Urteilskraft (Fn. 108), Einleitung XXIV: »Naturbegriffe a priori, welche eigentlich reine Verstandesbegriffe sind«.

119 Aus Auflösung der Formel »Höhe gleich Hälfte der Gravitation multipliziert mit der Zeit im Quadrat« ergibt sich eine Zeit von 45 Sekunden – unter Vernachlässigung des Luftwiderstands und der Annahme, daß das Flugzeug wie ein Stein vom Himmel fällt.

renden Urteilskraft, die in den von Juristen für Juristen geschriebenen Methodenlehren bisher kein Thema war. Gottfried Gabriel, ausweislich seines bekannten Buches »Logik und Rhetorik der Erkenntnis« sowohl mit den logischen als auch mit den rhetorischen Aspekten der Philosophie bestens vertraut<sup>120</sup>, hat sich dieses Themas mit Blick auf das Modell des Justizsyllogismus angenommen.<sup>121</sup> Im philosophischen Ergebnis lebt die juristische Kunst der Subsumtion weder von der »subsumierenden« noch von der »reflektierenden« Urteilskraft je für sich, sondern vom kunstspezifischen Zusammenhang beider. Kant gebraucht dafür auch das heute in ganz anderen Zusammenhängen verwendete Wort »Witz«:

So wie das Vermögen, zum Allgemeinen (der Regel) das Besondere auszufinden, *Urteilskraft*, so ist dasjenige: zum Besondern das Allgemeine auszudenken, der *Witz* (ingenium).<sup>122</sup>

Der in diesem Zitat als Klammerzusatz zur Bestimmung des Allgemeinen verwendete Ausdruck »Regel« ist weniger eng als die bisher erläuterten Begriffe »Prinzip« und »Gesetz«.<sup>123</sup> Insbesondere folgt der empirische Gebrauch der Urteilskraft nicht nur apriorischen Prinzipien und Gesetzen, sondern selbstverständlich auch Regeln der Erfahrung. Je unbestimmt diese Regeln sind, desto »gewitzter« – nicht etwa »witziger« – muß man im Umgang mit ihnen sein. Gabriel schreibt hierzu:

Trotz der Übereinstimmung in den definierenden Bestimmungen beider Begriffe tendiert Kant letztlich aus systematischen Gründen dazu, »Witz« durch »reflektierende Urteilskraft« zu ersetzen. Diese Tendenz ist dadurch zu erklären, daß er dem Witz mit einem

120 *Gottfried Gabriel*, Logik und Rhetorik der Erkenntnis. Zum Verhältnis von wissenschaftlicher und ästhetischer Weltauffassung, 2. Aufl. 2013.

121 *Gottfried Gabriel*, Subsumierende und reflektierende Urteilskraft. Zur Vermittlung zwischen Allgemeinem und Besonderem im Justizsyllogismus, in: *Gabriel/Gröschner*, Subsumtion (Fn. 66), S. 1 – 23.

122 *Immanuel Kant*, Anthropologie in pragmatischer Hinsicht, § 41, BA 123 (AA § 44).

123 *Kant*, Vernunft (Fn. 109), verwendet den Regelbegriff deshalb auch in der nicht speziell der Urteilskraft gewidmeten Ersten Kritik: »das Vermögen unter Regeln zu subsumieren, d. i. zu unterscheiden, ob etwas unter einer gegebenen Regel [...] stehe oder nicht« (B 171). In diesem weiteren Sinne thematisiert Kant auch die empirische, nicht-transzendentale Urteilskraft für ärztliches, richterliches oder staatspolitisches Handeln (B 173).

gewissen logischen Mißtrauen begegnet. [...] Kant ist bemüht, den allzu kühnen und überbordenden Witz unter die Aufsicht der Urteilskraft zu stellen. Reflektierende Urteils-kraft ist der durch bestimmende Urteilskraft gezügelte Witz.<sup>124</sup>

Nach lesenswerten Ausführungen zur Bedeutung narrativer Literatur für die Entwicklung des *ingeniums* gewitzer Persönlichkeiten beweist der Philosoph gutes Gespür für das, was Juristen »Judiz« nennen:<sup>125</sup>

Der erfahrene Richter verfährt in seiner Entscheidungsfindung intuitiv, hat aber diese seine Intuition regressiv verfahrend zu begründen, das heißt seine reflektierende Urteilskraft zu bemühen, um die auf den Fall »passenden« Gesetzesnormen (Rechtssätze) ausfindig zu machen.<sup>126</sup>

Erst wenn die »passenden« Rechtssätze für die dogmatisch richtige und lebensweltlich gerechte Entscheidung des vorliegenden Falles gefunden sind, gibt es jene allgemeinen »Regeln« (nota bene: des positiven Rechts *und* dessen Dogmatik), unter die der besondere Fall nach Kants Methodenmodell subsumiert werden kann. Um den Dualismus von Allgemeinem und Besonderem nicht in einer Dichotomie von reflektierender und subsumierender Urteilskraft enden zu lassen, greift Gabriel auf das wohl bekannteste Bild der Juristischen Methodenlehre zurück: auf die bereits erwähnte Metapher vom »Hin- und Herwandern des Blickes zwischen Obersatz und Lebenssachverhalt«.<sup>127</sup> In bemerkenswerter begrifflicher Präzisierung wird aus Engischs Original ein »Wechselspiel zwischen subsumierender und reflektierender Urteilskraft«.<sup>128</sup>

Während der »Blick« je für sich sichtbare Sachverhalte einerseits und isoliert zu betrachtende Sätze andererseits suggeriert (die man immer

124 *Gabriel*, Urteilskraft (Fn. 121), S. 6, überzeugend belegt mit Zitaten aus §§ 42 und 54 der Anthropologie.

125 Dazu eingehend *Gröschner*, Dialogik (Fn. 15), S. 143 ff.: Judiz als »Fähigkeit, in einem sowohl reflektiven wie intuitiven Vor-Urteil Entscheidungsgründe zu finden, die der nachfolgende Dialog nicht nur als richtig, sondern auch als gerecht bestätigen wird« (S. 152).

126 *Gabriel*, Urteilskraft (Fn. 121), S. 12.

127 Oben, Fn. 79.

128 *Gabriel*, Urteilskraft (Fn. 121), S. 14.

nur getrennt voneinander und nacheinander fokussieren kann)<sup>129</sup>, erlaubt das »Wechselspiel« die Assoziation eines »Sprachspiels« und damit einen philosophischen Vergleich innerhalb des ureigenen Mediums des Rechts und nach Maßgabe dialogischer Rede und Gegenrede.<sup>130</sup> In diesem Vergleich kann das Bild des Blickes durch die beiden präzisen Basisbegriffe der kantischen Kritik der Urteilskraft ersetzt werden. Wer das Bild beibehalten will, weil es dem Laien immerhin eine vage Vorstellung vom methodischen »Hin und Her« zwischen Gesetz und Fall vermittelt, kann es mit Kants Begriffen methodologisch genauer erklären.<sup>131</sup>

Gabriels »Wechselspiel« ermöglicht und erfordert nicht nur die gleichzeitige, sondern auch die gegenseitige Kontrolle der Urteilskräfte bei der gemeinsamen Feststellung dessen, was tatsächlich *und* rechtlich »der Fall ist«. Vor allem aber wird das »Wechselspiel« pointiert auf die beiden »Ansprüche« bezogen, die in jedem Rechtsfall zu berücksichtigen sind: der »Anspruch des besonderen Falles auf gerechte Behandlung« und der »Anspruch des Gesetzes auf allgemeine Geltung«.<sup>132</sup> Vor dem Hintergrund der oben diskutierten *ars boni et aequi* der römischen Jurisprudenz verdient diese Pointe vollste Zustimmung: Beide Ansprüche erlauben keine Beschränkung auf die bestimmende Urteilskraft, weil Fallgerechtigkeit und Gesetzesgeltung nicht auf Regeln reduzierbar

- 129 Genaugenommen handelt es sich um ein schiefes Bild, weil man einen in der Vergangenheit liegenden Sachverhalt auch dann nicht »sehen« kann, wenn man am Ort des damaligen Geschehens einen Augenschein einnimmt. Solange man das Gesehene nicht zur Sprache bringt und kontrovers »bespricht«, bleibt es im betreffenden Rechtsstreit ohne Relevanz. Im übrigen kann man selbstverständlich auch den Sinn von Sätzen nicht »sehen«.
- 130 Zum »Sprachspiel« in der Spätphilosophie Wittgensteins unten, Fn. 214. Die Grundbegriffe erläutert *Joachim Schulte*, Wittgenstein. Eine Einführung, 1989, S. 130 ff.
- 131 Die Methodenlehrbücher behandeln die reflektierende Urteilskraft nicht. Auch *Karl Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft (6. Aufl. 1991) erwähnt sie mit keinem Wort. Seine halbherzige Hinwendung zur Hermeneutik in der 3. Aufl. 1975 – dazu *Gröschner*, Jurisprudenz (Fn. 26), S. 162 ff. – konnte die Ideologisierung Hegels und die Instrumentalisierung einer ganz unhegelischen, gegen den »Fortschritt im Bewußtsein der Freiheit« (unten, Fn. 145) gerichteten Dialektik für das »völkische Rechtsdenken« nicht kompensieren.
- 132 *Gabriel*, Urteilskraft (Fn. 121), S. 14 mit weiterer sorgfältiger Kant-Exegese.

sind, unter die unreflektiert – ohne gewitzten Einsatz der reflektierenden Urteilskraft – subsumiert werden könnte. Eben deshalb ist das Wechselspiel beider Ansprüche und beider Urteilskräfte nicht mit den Methoden von Induktion und Deduktion zu erfassen, sondern nur mit den nicht-linearen Mitteln der Kunst.

Da die Gesetze des geltenden Rechts stets Spielräume für Systembildung durch Dogmatik und für die kunstgerechte Anwendung dogmatischer Regeln enthalten, kommt es nach Kant in jedem Falle darauf an, »zum Besondern das Allgemeine auszudenken«. Das schöne Wort »ausdenken«, die Paraphrase für das *ingenium* eines Urteilers mit »Witz«, drückt deutlich aus, welcher Kunst es in evidenter Übereinstimmung mit der aristotelischen Tradition des Enthymems bedarf: sich angesichts des jeweiligen Falles »etwas einfallen« zu lassen, um eine kreative Interpretation zu entwickeln, die das Gesetz (an das die Entscheidungsträger in Justiz und Verwaltung gebunden sind) zwar nicht neu erfindet, aber aufgrund der Besonderheiten des Falles in seinem allgemeinen Geltungsanspruch doch weiterdenkt.<sup>133</sup> Dazu gehört in Kants Worten »ein besonderes Talent«, das »gar nicht belehrt, sondern nur geübt sein will« – »das Spezifische des so genannten Mutterwitzes, dessen Mangel keine Schule ersetzen kann«.<sup>134</sup>

»Bloße Rechtswissenschaft (iurisscientia)« – die Verstandeswissenschaft, die an den Hohen Schulen des Rechts als Dogmatik und in den Grundlagenfächern gelehrt wird –, reiche nicht aus, es müsse »Rechtsklugheit (iurisprudentia)« hinzukommen; diese besitze der »Rechtsgelehrte (iurisconsultus)« dann, »wenn er die äußern Gesetze auch äußerlich, d. i. in ihrer Anwendung auf in der Erfahrung vorkommende Fälle kennt«.<sup>135</sup> Ärzte, Richter oder Staatskundige könnten »viele schöne pathologische, juristische oder politische Regeln im Kopfe haben«, aber »dennoch in der Anwendung derselben leicht verstößen«, wenn sie

133 Wie dieses Weiterdenken in »Fallreihen« erfolgt, wird noch eingehend zu erörtern sein: unten, ab Fn. 193. Die »Unvermeidlichkeit richterlicher Rechtszeugung« in einem nicht »kognitivistischen« Modell kreativer Interpretation betonen mit Blick auf die internationale Gerichtsbarkeit von *Bogdandy/Venzke, In wessen Namen?*, 2014, S. 136 ff. Besprechung *Gröschner, JZ* 2014, i.E.

134 *Kant, Vernunft* (Fn. 109), B 172.

135 *Kant, Metaphysik* (Fn. 115), Einleitung in die Rechtslehre, § A, AB 31.

»zwar das Allgemeine in abstracto einsehen, aber ob ein Fall in concreto darunter gehöre, nicht unterscheiden« können.<sup>136</sup>

Kants Formulierung klingt wie die lateinische Fassung einer ständig wiederholten und im Repetitorium eingepaukten Redewendung der Juristischen Methodenlehre, nach der »Subsumtion« die Unterordnung »konkret-individueller« Fälle unter »abstrakt-generelle« Regelungen bedeute<sup>137</sup>. Ohne auf Sprachkonventionen der Jurisprudenz Rücksicht nehmen und einem Großen der eigenen Zunft blinden Respekt zollen zu müssen, kritisiert Gabriel Kants Reduzierung des Besonderen auf das Einzelne mit überzeugender Begründung als »zu einfach gedachte« Dichotomie:

Diesem Verständnis liegt zugrunde, daß von den Besonderheiten eines Falls abgesehen wird, damit er unter das abstrakte Allgemeine fällt. Dieses zu einfach gedachte Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen ist durch das Verständnis des Besonderen als eines *exemplarischen*, repräsentativen Einzelnen zu ergänzen. Demgemäß haben wir von einer Unterscheidung zwischen Allgemeinem, Besonderem und Einzelнем auszugehen. Ein Besonderes wäre danach ein Einzelnes, das exemplarisch über sich hinausweist und die Vermittlung zwischen Einzelнем und Allgemeinem leistet. Die Kategorie des Besonderen verhindert, sich die Subsumtion zu einfach zu denken.<sup>138</sup>

Der ernstzunehmende Vorwurf der Vereinfachung trifft das Modell des Justizsylligismus im Kern seiner dichotomischen Spaltung zwischen der abstrakten Allgemeinheit des Gesetzes und den konkreten Einzel-

136 Kant, Vernunft (Fn. 109), B 174.

137 Was Repetitoren regelmäßig nicht erwähnen, ist das ganz prinzipielle Problem, »generelle Normen auf individuelle, konkrete Situationen anzuwenden«. Wolfgang Wieland, Aporien der praktischen Vernunft, 1989, hat dies treffend als »Applikationsaporie« bezeichnet (S. 13). »Daß Singuläres auf der Ebene des Begriffs niemals erschöpfend erfaßt werden kann, ist eine Einsicht, die zum Kernbestand der ontologischen Tradition gehört« (S. 15).

138 Gabriel, Urteilskraft (Fn. 121), S. 17. Zur Rolle des »Exemplarischen« in der Urteilslehre Hannah Arendts und seiner Bedeutung für die Begründung bundesverfassungsgerichtlicher Entscheidungen Oliver W. Lembcke, Urteilskraft in der Praxis des Bundesverfassungsgerichts, in: Gabriel/Gröschner, Subsumtion (Fn. 66), S. 73 ff.