

## Wissenschaftliche Beiträge

### Vom Sinn des Gutachenstils

Gunnar Duttge\*

„Ein Gesetz wird für Menschen gegeben,  
und ein Jurist mag wohl fähig sein,  
Konsequenzen für den Fall zu ziehen,  
der ihm gewöhnlich vorkommt,  
das Gesetz hat also offenbar seine Verwendung; einen Sinn.  
Trotzdem setzt seine Gültigkeit allerlei voraus [...]“.

[Wittgenstein, Zettel, § 350]\*\* \*\*\*

**Zusammenfassung:** Die Zuordnung eines Sachverhalts zum Anwendungsbereich von (Rechts-)Normen ist elementarer Bestandteil juristischer Tätigkeit. Die Technik der Subsumtion wird dabei weithin als essentielle und zugleich hinreichende Basis gesehen, damit dies auf „rationale“, d.h. begründete, willkürfreie Weise geschieht. Die Fokussierung des juristischen Syllogismus verdeckt jedoch zugleich die blinden Flecken im Prozess der „Rechtsanwendung“. Diesen soll im Folgenden näher nachgespürt werden, auch um die große Herausforderung zu erfassen, vor der eine zeitgemäße juristische Methodenlehre und deren Vermittlung im Rahmen der akademischen Lehre heute steht.

#### A. Das Ideal einer rationalen Rechtsanwendung

Bekanntlich steht und fällt die Überzeugungskraft juristischer Entscheidungen kraft jener ihnen zugedachten „Objektivität“ mit der Rationalität ihres Entstehungsprozesses: Nur wenn es sich tatsächlich um „Erkenntnisse“ als Resultat juristischer Reflexion handelt, die von hinreichend Rechtskundigen mittels einer rationalen Methode<sup>1</sup> gewonnen wurden, in einem konsistenten Begründungszusammenhang stehen und „überprüfbar“ sind,<sup>2</sup> können sie eine (vorläufige) „Richtigkeit“ für sich in Anspruch nehmen. Aufgabe der Rechtswissenschaft ist es sodann, eben diese argumentative Überzeugungskraft kritisch zu beleuchten und dabei die „guten“ von den weniger guten Gründen zu scheiden. Ganz in diesem Sinne heißt es

\* Univ.-Prof. Dr. Gunnar Duttge ist Direktor der Abteilung für strafrechtliches Medizin- und Bio-recht am Kriminalwissenschaftlichen Institut der Georg-August-Universität Göttingen.

\*\* In: Werkausgabe in acht Bänden, Bd. 8, Frankfurt/Main, 2006.

\*\*\* Aktualisierte Fassung meines gleichnamigen Beitrages, erstveröffentlicht in: Bode/Jakowczyk/Mrosk/Wrage (Hrsg.), Festschrift für Gerhard Wolf, Peter Lang, Berlin u.a. 2018, S. 135–150. Dem Verlag Peter Lang sei für die Genehmigung zur Veröffentlichung herzlich gedankt.

1 Arth. Kaufmann, Rechtsphilosophie, S. 66.

2 Neumann, in: Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, S. 351 (354): „Die Präzisierung des Begriffs im Sinne eines jeden rational nachprüfbaren Verfahrens [...] verweist auf eine wesentliche Voraussetzung wissenschaftlicher Tätigkeit: die rationale Überprüfbarkeit der aufgestellten Behauptungen“.

etwa bei *Gerhard Wolf*, zugleich mit Blick auf mögliche „Chancen der Rechtsinformatik“ (und – so wäre heute zu ergänzen – die Zukunftsvisionen von „Digitalisierung“ und „künstlicher Intelligenz“): „Der [...] Zwang zu Genauigkeit, Vollständigkeit und Widerspruchsfreiheit und der Ausschluss jeder willkürlichen Entscheidung im Einzelfall sind Grundvoraussetzungen für eine Anerkennung der Jurisprudenz als Wissenschaft“.<sup>3</sup>

Diese der juristischen Methodik zugeordnete Aufgabe eines „Qualitätsmanagements“<sup>4</sup> zwecks Abwehr von Dezisionismus, Macht und Willkür wird seit jeher im Kern durch den Gutachtenstil garantiert gesehen: Er stelle sicher, dass „die gesuchte Antwort auf die Rechtsfrage Schritt für Schritt aus der Anwendung eines bestimmten Gesetzes auf die Einzelfalltatsachen abgeleitet (Subsumtion)“ wird.<sup>5</sup> Glaubt man jedoch den Darlegungen eines namhaften, für offene Worte bekannten (vormaligen) Bundesrichters, so hat diese im juristischen Studium gelehrt methodische Grundhaltung offenbar in der Rechtspraxis keine reale Bedeutung: Vielmehr werden danach „die Ergebnisse [...] jedenfalls nicht vordringlich aus wissenschaftlichen Argumentationen *entwickelt*, sondern mit ihnen *unterfüttert*, soweit eine der sog. Theorien das Ergebnis trägt“.<sup>6</sup> In der Tat springt ins Auge, dass etwa die Judikate des Bundesgerichtshofs zwar durchaus vielfach auf wissenschaftliche Publikationen und dort entfaltete Argumente Bezug nehmen, allerdings vorwiegend auf solche, die ganz auf der Linie der selbst präferierten Rechtsauffassung liegen, während gegenläufige Positionen zwar mitunter punktuell mit „a.A.“ gekennzeichnet, jedoch eher selten in der Sache erfasst und in kritischer Auseinandersetzung in den eigenen Argumentationsgang einbezogen werden. Es soll auch schon vorgekommen sein, dass Wissenschaftler sich mit ihrem Beitrag in einem Kontext zitiert fanden, der den zentralen Aussagen jenes Beitrages diametral zuwiderlief.<sup>7</sup> Die Bezugnahme auf das fundamentale Analogieverbot (Art. 103 II GG, § 1 StGB) tritt nur in relativ wenigen und infolgedessen stets aufsehenerregenden Entscheidungen mit seiner dann zwangsläufig die Rechtsfolge determinierenden (strafbarkeitseinschränkenden) Wirkung zutage, und soweit dies einmal geschieht, lässt sich nicht erkennen, was die hier begebende Rechtsfrage von anderen qualitativ unterschei-

3 *Wolf*, in: GS Meurer, S. 665 (682).

4 *Duttge*, in: Grundfragen des Strafrechts, Rechtsphilosophie und Reform der Juristenausbildung, S. 31 (38).

5 *Wolf*, JuS 1996, 30.

6 *Fischer*, in: FS Hamm, S. 63 (66).

7 In diesem Sinne eine Erfahrung auch des Verfassers dieses Beitrages: In JZ 1996, 556 ff. plädierte er für die Notwendigkeit einer gesetzlichen Autorisierung des Einsatzes sog. V-Personen; im „Hörfallen“-Beschluss des Großen Strafsenates fand er sich zu der Aussage zitiert, dass im Lichte des Rechtsstaatsprinzips und des fair-trial-Grundsatzes zwar Bedenken gegen die verdeckte Veranlassung zu selbstbelastenden Äußerungen bestünden, dies aber nicht „von vornherein zur Unzulässigkeit des Vorgehens der Ermittlungsbehörden“ führe (BGHSt 42, 139, 157).

det, in denen das Analogieverbot entweder gar nicht angesprochen oder seine Relevanz – da angeblich „noch gewahrt“ – zurückgewiesen wird.<sup>8</sup>

Wenn sich damit der *instrumentelle*, vom bereits „vor-methodisch“ festgelegten Ergebnis geprägte Gebrauch juristischer Argumente als gängige Praxis darstellen sollte, lässt sich dies auf zweierlei Weise deuten: Entweder arbeitet die justizielle Praxis methodenblind und verlässt sich bei ihrem Judizieren per Fallvergleich<sup>9</sup> unreflektiert allein auf ihr Rechtsgefühl – damit würde aber nicht bloß die notorische Unzuverlässigkeit einer solcherart „intuitiven Rechtserkenntnis“<sup>10</sup> ignoriert, sondern blieben die eigentlichen Entscheidungsgründe versteckt ungeachtet des für ein rechtsstaatliches Judizieren unverzichtbaren Transparenzerfordernisses bzgl. der tatsächlich entscheidungserheblichen Aspekte: Denn mit einer nur im Ergebnis als befriedigend erlebten Entscheidung kann man sich – wie bereits *Engisch* betonte – schlecht zufriedengeben, wenn und solange Rechtseinheit, Rechtsgleichheit und Rechtssicherheit noch als unverzichtbare Zielsetzungen fortgelten sollen.<sup>11</sup> Oder aber – dies die zweite Deutungsmöglichkeit – es erweist sich die mit dem sog. Gutachtenstil behauptete Methodik nur als „Rationalitätsmäntelchen“, das für die eigentliche Rechtsgewinnung im jeweils konkreten Fall nichts (Entscheidendes) beizutragen vermag – was die Rechtspraxis dann im Unterschied zu hoffnungslosen Rechtsidealisten schon seit langem erkannt hätte. Aufhorchen lässt dabei, dass aus der Perspektive der Rechtsdidaktik neuerdings die Reduktion des Gutachtenstils auf den Kern seiner fallanalytischen Funktion gefordert wird,<sup>12</sup> weil zahlreiche Kandidaten der Ersten Staatsprüfung – wie erfahrene Prüfer wissen – häufig nicht etwa am fehlenden, sondern umgekehrt am übermäßigen Gebrauch fern jedweder juristischen Relevanz scheitern.<sup>13</sup> Es besteht vor diesem Hintergrund also dringender Anlass, den Sinn der gutachterlichen Methode mitsamt der in ihr enthaltenen „Rationalitätsklippen“ im Denk- und Begründungsgang näher zu untersuchen.

## B. Das Subsumtionsmodell als logikbasierter Rahmen

Üblicherweise wird der Gutachtenstil bis heute im Kern als Adaption des der tradierten Logik seit *Aristoteles* entstammenden Syllogismus verstanden: Danach handelt es sich um ein denklogisches Schlussverfahren, das „aus zwei kategorischen (das heißt unbedingt gültigen) Urteilen einfachster Struktur ein Urteil derselben Art

8 Zur „bemerkenswerten Unsicherheit oder Flexibilität“ im Umgang mit der in Sprache gefassten Ausdrucksform des jeweiligen Gesetzesbegriffs in der jüngsten Rechtsprechung des BGH: *Duttge*, in: FS Krey, S. 39 ff.

9 *Fischer*, in: FS Hamm, S. 63 (66): „Methode der Entscheidungsfindung in der Rechtspraxis ist die Analogie...“.

10 *Kriele*, in: Das sogenannte Rechtsgefühl, S. 23 (24).

11 *Engisch*, Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken, S. 10, auch abgedr. in: Beiträge zur Rechtstheorie, S. 286 (295).

12 Siehe *Lagodny/Mansdörfer/Putzke*, ZJS 2014, 157 ff.

13 Die von *Lagodny* mit Recht als Leitziel des juristischen Studiums erkorene „Begründungskompetenz“ (in: Rechtsdidaktik – Pflicht oder Kür?, S. 51 [59 ff.] und in: ZDRW 2018, S. 8, 12 ff.) wäre daher um eine – mindestens ebenso bedeutsame – „Problemerkennntniskompetenz“ zu erweitern.

erschließt; dabei kommt der in den beiden Prämissen (Obersatz, Untersatz)<sup>14</sup> je einmal auftretende [...] Mittelbegriff in der Schlussfolgerung (Konklusion), die die beiden anderen Begriffe enthält [...], nicht mehr vor“.<sup>15</sup> Das klassische, vielzitierte Anwendungsbeispiel lautet: (1): Alle Menschen sind sterblich (Obersatz); (2) Sokrates ist ein Mensch (Untersatz); (3) Sokrates ist sterblich (Konklusion).<sup>16</sup> Die zwingende Folgerichtigkeit des deduktiv abgeleiteten Ergebnisses (notwendiger Zusammenhang) begründet die – vorgebliche – Rationalität auch des Rechtsanwendungsprozesses, der sich von anderen Anwendungsfeldern allein durch Bezugnahme der hier relevanten Obersätze auf Rechtsbegriffe in deren vorgängiger Interpretation nach Maßgabe der bekannten Auslegungscanones unterscheidet.

Nun ist es keineswegs so, dass Rechtstheorie und juristische Methodenlehre bis heute einmütig daran festhielten, dass mit diesem Justizsyllogismus – der sog. Subsumtion – bereits das Wesentliche oder gar allein Maßgebliche der Rechtsanwendung bezeichnet sei. Ganz im Gegenteil finden sich längst prinzipielle Alternativen zur klassischen Logik präsentiert, die dem Rechtsfindungsprozess im jeweiligen Einzelfall adäquater sein sollen – von der intuitionistischen zur dialogischen Logik,<sup>17</sup> von der Fuzzy-<sup>18</sup> zu einer „parakonsistenten Logik“.<sup>19</sup> Diese Vorschläge gewinnen ihre Überzeugungskraft nicht zuletzt daraus, dass die real stattfindende Rechtsfindung ganz wesentlich (auch) von einem (spezifisch rechtlichen) Vorverständnis und von (spezifisch rechtlichen) Argumenten abhängt und das jeweilige Resultat nicht im eigentlichen Sinne *eindeutig* „wahr“ oder „falsch“, sondern nur (nach Maximen der geltenden rechtlichen Wertungen) mehr oder weniger „vertretbar“ oder „unvertretbar“ sein kann.<sup>20</sup> Dass im letztgenannten Sinne somit der Satz vom ausgeschlossenen Dritten – jedenfalls in seiner strengen Fassung – nicht zugrunde gelegt wird, sondern mehrere „gleichermaßen vertretbare“ Ergebnisse denkbar sind, nötigt jedoch allenfalls – je nach konkretem Standort des Unschärfemomentums<sup>21</sup> – zu einer Modifikation und noch nicht zu einer vollständigen Preisgabe des Subsumtionsmodells.<sup>22</sup> Dass eine solche Verabschiedung bis heute weit-

14 Die wegen der unterschiedlichen Reichweite ihres Aussagegehalts – All- bzw. singuläre Aussage – auch als „Praemissa maior“ und „Praemissa minor“ bezeichnet werden, s. *Joerden*, Logik im Recht, S. 287, 295.

15 *Arth. Kaufmann*, Das Verfahren der Rechtsgewinnung, S. 44 f.

16 Statt vieler z.B. *Adomeit/Hähnchen*, Rechtstheorie für Studenten, Rn. 47.

17 Knapper Überblick m.w.N. bei *Neumann*, in: Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, S. 287 f.

18 Vor allem *Philipps*, in: Jahr-FS, S. 169 ff.

19 *Neumann*, in: FS Philipps, S. 117 ff.

20 Dazu näher *Schubr*, JZ 2008, 603 ff.; treffend *Reimer*, in: Juristische Methodenlehre aus dem Geist der Praxis?, S. 11 (19): „Methodenlehre ist Überzeugungslehre, kein Rechtsalgorithmus“; siehe aber auch *Neumann*, Wahrheit im Recht, S. 37 ff. Richtigkeit der Rechtsentscheidung als „regulative Idee“.

21 Hinge es ausschließlich mit der – vom Vorverständnis geprägten – Auswahl der „richtigen“ Obersätze zusammen, bliebe das Subsumtionsmodell als solches davon gänzlich unberührt.

22 So z.B. *Otte*, in: Hähnchen (Hrsg.), S. 1 ff.: keine Preisgabe, sondern Ergänzung der klassischen Logik (mit ihren klassifizierenden Sätzen) um eine solche, die auch mit komparativen Sätzen rational umzugehen vermag.

hin nicht goutiert wird, resultiert jedoch weniger aus der Überzeugung von einer umfassenden Erklärungskraft des juristischen Syllogismus, sondern mehr aus der Sorge vor einer ansonsten eröffneten „Libertinage“, die womöglich gar auf das fundamentale Prinzip der Widerspruchsfreiheit verzichten könnte und „mit dem Anspruch, innerhalb (irgend) eines rationalen Kalküls zu operieren, nicht vereinbar ist“.<sup>23</sup> Zudem ruft die Explikation der im juristischen Obersatz formulierten Allaussage die Gesetzesbindung in Erinnerung mit ihrem Anspruch auf Gleichbehandlung aller in diesem Lichte vergleichbaren Fälle.<sup>24</sup>

Das ändert allerdings nichts daran, dass der Gutachtenstil als solcher bei weitem nicht schon die Willkürfreiheit des Rechtsfindungsprozesses garantiert und in seinem logischen Kern – im Rahmen des deduktiven Schlussverfahrens – auch gar nicht geeignet ist, neue Erkenntnisse zu begründen. Denn insoweit handelt es sich um einen rein analytischen Schluss, der für sich überhaupt nichts positiv zu begründen vermag, sondern lediglich logisch fehlerhafte Behauptungen erkennen lässt. Er bildet deshalb nur mehr einen die Rechtsanwendung strukturierenden Rahmen,<sup>25</sup> der jene beiden materiell folgenreichen Einflussfaktoren nur formal in Bezug nimmt, aber in keiner Weise anleitet: die auf den konkreten Sachverhalt bezogene Kennzeichnung der – insofern sachverhaltsrelevanten – Rechtssätze (Obersätze) und die wert-, d.h. im juristischen Kontext rechtsbezogene Kennzeichnung des insoweit relevanten Sachverhaltsausschnittes. Das mit *Engischs* berühmtem Bild vom „Hin- und Herwandern des Blickes“<sup>26</sup> angesprochene methodologische Problem ist somit ein doppeltes, und erst dessen erfolgreiche Bewältigung macht die eigentliche juristische Leistung aus – in den Worten des slowenischen Rechtstheoretikers *Marijan Pavčnik*: „Das Wandern zwischen dem Normativen und dem Faktischen [...] bedeutet, dass man das Normative nur im Hinblick auf das Faktische verstehen und [...] auch das Faktische nicht ohne Bedachtnahme auf den normativen Ausgangspunkt der Entscheidung werten kann – hinter dem scheinbaren Automatismus steht das Werten des Normativen im Hinblick auf das Faktische und des Faktischen im Hinblick auf das Normative“.<sup>27</sup> Was juristisch relevant ist und was nicht, ergibt sich nicht aus dem Sachverhalt selbst, sondern erst aus seiner Relation zu bestehenden Rechtsnormen, die sich ihrerseits aber erst anhand der Summe einschlägiger Fälle praktisch erfassen lassen.<sup>28</sup>

Damit aber noch nicht genug: Die wechselseitige „Annäherung“ von Rechts- und Tatsachenwelt besteht nicht bloß zu Beginn, bei der Auswahl und Festlegung des jeweiligen Ober- und Untersatzes, sondern setzt sich prozesshaft bis zur Subsumtion fort – ohne dass sich aus der Einsicht in deren syllogistischer Natur oder allge-

23 Neumann, in: FS Philipps, S. 117 (123).

24 Vgl. z.B. Koch/Rüßmann, Juristische Begründungslehre, S. 112 ff.

25 Wie hier bereits Pavčnik, Juristisches Verstehen und Entscheiden, S. 103 f.

26 Engisch, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, S. 15.

27 Pavčnik, Juristisches Verstehen und Entscheiden, S. 103.

28 Zutr. Meder, Mißverstehen und Verstehen, S. 193.

mein in den cartesianischen Charakter<sup>29</sup> der gutachterlichen Methode etwas darüber ergäbe, wie das für die jeweilige Rechtsfolge ausschlaggebende Überschreiten der beiden „Welten“ und „weltenübergreifende“ Vergleichen in einem nicht-irrationalen Modus konkret erfolgen soll. Damit wird der juristische Syllogismus für die Rechtsfindung keineswegs entbehrlich; nur liegt die letztendliche juristische Begründungsaufgabe jenseits seiner selbst und wird auch durch die formale Kennzeichnung der gutachterlichen Prüfungsschritte nicht einmal ansatzweise erfasst.<sup>30</sup> Solange die akademische Lehre und selbst eine inzwischen im Aufbruch befindliche Rechtsdidaktik<sup>31</sup> sich hierauf beschränken, wird die wegweisende Aufklärung des für das Ideal einer rationalen Rechtsanwendung entscheidenden Zwischenstückes im Erkenntnisgang verfehlt. Es braucht dann auch niemanden zu verwundern, wenn eine halbwegs nachvollziehbare Subsumtion jenseits apodiktischer ad-hoc-Behauptungen („Also hat A im Sinne des § 211 StGB heimtückisch gehandelt“) selbst in Examensarbeiten eher die seltene Ausnahme ist.

### C. Jenseits des Syllogismus – Raum der Irrationalität?

Trifft es also zu, dass die bei der Rechtsfindung im Einzelfall eigentlich zu leistende Form des (Rechts-)Denkens nicht diejenige ist, die der Gutachtenstil und der ihm inhärente Syllogismus abbilden,<sup>32</sup> so fragt sich natürlich umgehend, warum die beiden als entscheidungswesentlich identifizierten Parameter – das zur Bildung des jeweiligen Ober- und Untersatzes maßgebliche (rechtliche) Vorverständnis sowie das „Annäherungsverfahren“ von Sollenssatz und Lebenssachverhalt bis hin zum letztendlichen Entscheidungsakt – bislang nicht ebenso rational aufgeklärt sind (und sodann in der akademischen Lehre entsprechend vermittelt werden). Soweit hierauf geantwortet wird, dass der Rechtsanwendungsprozess eben „nicht durchweg in rationalen logischen Schlüssen verläuft“, weil „manches unsicher, nicht rational und in diesem Sinne nicht wissenschaftlich“ sei, befriedigt das selbst dann nicht sonderlich, wenn noch hinzugefügt wird, dass immerhin das Nichtrationale rational analysiert werden müsse.<sup>33</sup> Offenbar steht diese – soweit ersichtlich – gängige Haltung immer noch unter dem Eindruck der *Kantschen* Erkenntnistheorie, wonach die Anschauung des zu beurteilenden Einzelnen einzig sinnlich möglich sei und deshalb hierfür auch keine Verstandesregeln formuliert werden können, was für die Subsumtion des Einzelfalles unter einen allgemeinen Begriff nurmehr auf

29 Näher *Stuckenberg*, in: FS Frisch, S. 165 (182 ff.) und ZDRW 2019, 323 ff.

30 Wie hier auch *Joerden*, Logik im Recht, S. 296 f.; *Arth. Kaufmann*, Das Verfahren der Rechtsgewinnung, S. 3 f. (jeweils m.w.N.).

31 Beispielhaft für solche Beschränkung auf die formalen Parameter ohne irgendeine Aufklärung der im Kern unverzichtbaren „Annäherung“ von Ober- und Untersatz und rationalen Handhabung des letztendlichen Entscheidungsprozesses – bemerkenswerterweise im Namen eines „Zentrums für juristisches Lernen“ – *Czerny*, Der Gutachtenstil (Juristische Methode), abrufbar: <https://www.youtube.com/watch?v=wxGvEYDjQqc> [Zugriff am 6.4.2020].

32 Sehr dezidiert *Bung*, in: Subsumtion, S. 215: bloße Darstellungstechnik.

33 *Arth. Kaufmann*, Das Verfahren der Rechtsgewinnung, S. 8; s.a. *Stuckenberg*, in: FS Frisch, S. 165 (176): „Anwendung von Regeln hat eine unausweichlich irrationale Natur“.

die individuelle praktische Urteilskraft hoffen lasse.<sup>34</sup> Hiergegen spricht jedoch die heutige erkenntnistheoretische Einsicht, dass auch die mit dem Einzelfall bezeichnete „Wirklichkeit“ dem Betrachter nur in Begriffen und nicht als solche (gleichsam unvermittelt) zugänglich ist, so dass es in der Subsumtion in Wahrheit nicht etwa um die Bezugnahme des Sachverhaltes „in natura“ zu einem (Rechts-)Begriff, sondern vielmehr um eine Aussage darüber geht, ob „ein bestimmter Begriff einen anderen erfüllt, d.h. ein Spezialfall dieses anderen Begriffes ist“. <sup>35</sup> Infolgedessen lässt es sich auch hier mitnichten prinzipiell ausschließen, Verstandesregeln für die Verfahrensweise der Fallentscheidung zu entdecken bzw. als Standard zu setzen.

Anders scheint es hingegen mit dem Auffinden der sachverhaltsrelevanten Ober- und Untersätze zu liegen – eine Aufgabe, die evident nur jenem gelingen kann, der eben über ein hinreichendes Maß an Rechtskenntnis und intellektueller Urteilskraft mit Blick auf den konkreten Sachverhalt verfügt und deshalb eine Ähnlichkeit mit bereits ergangenen Fallentscheidungen überhaupt zu erkennen vermag. Eben dies wird mit dem sog. „Vorverständnis“<sup>36</sup> – gemeint nicht als vorurteilsbeladene Irrationale beim jeweiligen Urteiler, sondern nach Maßgabe der „vom Gesetz offenbar vorgesehenen Lösungstendenz“<sup>37</sup> beim institutionell eingebundenen und entsprechend sozialisierten Rechtskundigen (z.B. Richter)<sup>38</sup> – bezeichnet, das die Hermeneutik freilich nur als solches zu beschreiben, nicht aber rational zu erklären vermag: Danach kann stets nur dasjenige verstanden werden, was bereits – wenn auch auf einer weniger reflektierten Ebene (was die „hermeneutische Spirale“ begründet)<sup>39</sup> – bereits vorverstanden ist. Mit *Gadamer*: „Wer einen Text verstehen will, vollzieht immer ein Entwerfen; er wirft sich einen Sinn des Ganzen voraus, sobald sich ein erster Sinn im Text zeigt. Ein solcher zeigt sich wiederum nur, weil man den Text schon mit gewissen Erwartungen auf einen bestimmten Sinn hin liest. Im Ausarbeiten eines solchen Vorentwurfs, der freilich beständig von dem her revidiert wird, was sich bei weiterem Eindringen in den Sinn ergibt, besteht das Verstehen dessen, was dasteht“. <sup>40</sup> *Arthur Kaufmann* spricht deshalb von einem „Wiedererkennen von irgendwie schon Bekanntem“;<sup>41</sup> die moderne Rechtstheorie be-

34 *Kant*, Logik, Elementarlehre, Akademie-Ausgabe Bd. 9, S. 91; *ders.*, Kritik der reinen Vernunft, 2. Aufl. 1787, B 170 ff.; näher *Schröder*, Wissenschaftstheorie und Lehre der „praktischen Jurisprudenz“ auf deutschen Universitäten an der Wende zum 19. Jahrhundert, S. 176 ff.

35 *Puppe*, Kleine Schule des juristischen Denkens, S. 49.

36 Genau genommen handelt es sich um ein doppeltes: zum einen das durch die Norm (bei der Strukturierung des Sachverhaltes), zum anderen das durch den Fall (bei der Bestimmung des Obersatzes) ausgelöste Vorverstehen, zutr. *Hager*, Rechtsmethoden in Europa, S. 290; letzteres bezeichnet *Hollerbach* (in: Staatslexikon der Görres-Gesellschaft, Bd. 4, Sp. 751 [757 f.]) als „Fall-Hermeneutik“.

37 *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, S. 118.

38 Zutreffend betont von *Strauch*, Methodenlehre des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens, S. 114.

39 Rechtstheoretisch: *Hassemer*, Tatbestand und Typus, S. 104 ff.; philosophisch: *Gadamer*, in: Hermeneutik als Ethik, S. 33 ff.

40 *Gadamer*, Wahrheit und Methode, S. 251 und 261.

41 *Arth. Kaufmann*, FS Peters, S. 295 (302).

schreibt dies näher als kognitionspsychologischen Akt des „Erkennens von vermittelnden Interpretationsmustern“.<sup>42</sup>

Ein entscheidendes Stück weiter führt jedoch die Einsicht in den „analogischen Charakter“ jedweder menschlichen Erkenntnis und somit denknotwendig auch des Rechts: So wie ganz allgemein denkendes Orientieren durch Prüfung von Ähnlichkeiten anhand der bestehenden begrifflichen Kategorien vonstatten geht,<sup>43</sup> wird auch die Rechtserkenntnis – nicht nur für den konkreten Einzelfall, sondern per saldo auch im Ganzen – im Wege des Vergleichs der Fälle bzw. Falltypen angestoßen und vorangetrieben: „Gefunden wird der Rechtsspruch [...] durch Gleichsetzung (oder Ungleichsetzung) des zu entscheidenden Falles mit den vom Gesetz bzw. von der Rechtsordnung zweifelsfrei gemeinten Fällen“<sup>44</sup> – und eine solche „Gleichsetzung“ kann nicht anders als im Wege einer Analogie erfolgen,<sup>45</sup> weil diese ihrer Struktur nach das weniger Bekannte mit dem Bekannten in eine zusammenfügende Relation bringt. Dass dies stets nur in Bezug auf ein normatives tertium comparationis, d.h. ein Gesetz oder eine Rechtsregel, geschehen kann, hat *Arthur Kaufmann* überzeugend nachgewiesen;<sup>46</sup> er geht aber davon aus, dass – ganz im Sinne der pragmatisch verfahrenenden Rechtspraxis – der Analogieschluss auch die *Rechtsentscheidung* am Ende hinreichend beschreibt: „Kern des Rechtsgewinnungsverfahrens ist die Analogie [...]. Das Novum kommt von dem Rechtsanwendenden, der Fall und Norm nach Maßgabe des Vergleichspunktes als vergleichbar bzw. als nicht vergleichbar erkennt und sie darum als gleich oder ungleich behandelt. Diese Gleich- oder Ungleichsetzung ist ein schöpferischer Akt [...], den Vergleichspunkt zu bestimmen kein reiner Erkenntnisakt, sondern auch eine Dezision, und diese hat mit Macht zu tun“.<sup>47</sup>

Vom unbefriedigenden Ergebnis einmal abgesehen, das auf dieser Basis doch der Subjektivität und Beliebigkeit ohne klar definierte Grenzen Raum und Türen öffnet, wird damit jedoch ein wesentliches Momentum übersehen: Analogien dienen nurmehr der Entdeckung bzw. Entwicklung von Hypothesen; eben dies begründet ihren Charakter als „Motor“ menschlichen Denkens und vorantastenden Sich-Orientierens. Der Analogieschluss als solcher verfügt jedoch über kein Kriterium, ob die gezogene Relation auch tatsächlich zutreffend ist. Er bildet nicht mehr als eine Offerte, die dem eigentlichen Entscheidungsakt vorgelagert ist. Dies erhellen die neueren Einsichten (auch bei *Kaufmann* selbst), wonach es sich bei dem Verfahren, welches von einer konkreten Tatsache (einem Fall) ausgeht und nach einer Regel sucht, um damit einen anderen Fall beurteilen zu können, in der modernen Logik

42 Näher *Strauch*, Methodenlehre des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens, S. 529 ff., 561 ff.

43 Grundlegend aus kognitionspsychologischer Perspektive zuletzt *Hofstadter/Sander*, Die Analogie.

44 *Arth. Kaufmann*, Das Verfahren der Rechtsgewinnung, S. 77.

45 So explizit *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 275.

46 Vgl. *Arth. Kaufmann*, Methodenlehre des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens, S. 25: „Was bei einem Fall das Wesentliche ist, ist nicht ohne Hinblick auf die in Betracht kommende Norm zu beantworten. Vergleiche ohne Norm: das wäre Zufall, Willkür, Orientierungslosigkeit“.

47 *Arth. Kaufmann*, Methodenlehre des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens, S. 74 f., 78.

um eine Abduktion handelt: Die hierdurch ins Blickfeld geratenden Konklusionen lassen sich jedoch nur als Möglichkeiten und niemals als feststehende Erkenntnisse formulieren;<sup>48</sup> es handelt sich um eine „experimentelle Methode“,<sup>49</sup> die lediglich – aber immerhin (!) – Hypothesen generiert, die erst auf andere Weise verifiziert werden müssen. Treffend hat *Kaufmann* daher in einer aktuelleren Erörterung des Problems formuliert: „Die Analogie arbeitet mit Hypothesen, die Abduktion findet Hypothesen“.<sup>50</sup> Wie *Joerden* sehr zu Recht verdeutlicht hat, ist diese Einsicht für die Rechtsanwendung durchaus von erheblicher Bedeutung, weil auch das juristische Denken immer auf Hypothesen angewiesen ist: Diese finden sich jedoch nicht am Ende, sondern zu Beginn des gutachterlichen Verfahrens, wo „regelmäßig zunächst eine (indirekte) Frage (Hypothese) gestellt [wird], die der Bearbeiter dann zu beantworten sucht“.<sup>51</sup> Und an dieser Stelle bewirkt die abduktive Strategie neben der Innovation zugleich eine arbeitsökonomische „Selektion“, weil die „instinktiv näherliegende Hypothese bei der Prüfung bevorzugt werden soll“.<sup>52</sup>

## D. Zur rationalen Struktur des Entscheidungsakts und seiner Wegbereitung

Aus dem Vorstehenden ergibt sich nahtlos die Folgefrage, wie sich nach rechtskundiger Hypothesenbildung letztendlich die nötige Sicherheit gewinnen lässt, dass der entscheidungsbedürftige Fall (Sachverhaltsausschnitt) auch tatsächlich von der betreffenden (Rechts-)Regel erfasst wird, d.h. unter diese zu subsumieren ist. Zumeist findet sich die hier in Rede stehende Verfahrensweise mit dem schillernden Begriff der „Konkretisierung“ beschrieben: Danach müsse der im Lichte des zu beurteilenden Sachverhalts als potentiell relevant identifizierte Rechtssatz „möglichst nahe an den zu entscheidenden Fall herangeführt werden“,<sup>53</sup> ehe – nach „behutsamer Annäherung“ auch des konkreten Falles an das „konkretisierte Gesetz“ im Wege seiner Abstrahierung zu einem „Falltyp“<sup>54</sup> – ab einem ungewissen Punkt<sup>55</sup> in wohlbegründeter (argumentationsfundierter)<sup>56</sup> „wertender Synthese“<sup>57</sup> der ausschlaggebende „Sprung“<sup>58</sup> durch ein Sich-Entscheiden unvermeidlich wird. Dies

48 So insbes. *Alexy*, in: ARSP-Beiheft Nr. 100, S. 47 (59); *L. Schulz*, in: GS Tammelo, S. 169 (172 f.); *Wittmann*, in: Von der Spezifikation zum Schluss, S. 135 (136 ff.).

49 *L. Schulz*, in: Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert, S. 286 (291).

50 *Arth. Kaufmann/v. d. Pfordten*, in: Hassemer/Neumann/Saliger (Hrsg.), S. 23 (120).

51 *Joerden*, Logik im Recht, S. 300.

52 *Wirth*, Zeitschrift für Semiotik 1995, 405 (407).

53 *Braun*, Deduktion und Invention, S. 30.

54 *Braun*, Deduktion und Invention, S. 33 f.

55 Trefflich krit. *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, S. 79: Damit aus dem „Hin- und Herwandern des Blickes“ keine „Wanderung ohne Ende“ werde, bedarf es Kriterien, „die das Einpendeln auf eine bestimmte Subsumtion erlauben“.

56 Hier ist somit das Eintrittstor für juristische Argumente nach Maßgabe der juristischen Argumentationslehre, s. dazu insbes. *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, S. 283 ff.: „externe Rechtfertigung“.

57 *Pavčnik*, Juristisches Verstehen und Entscheiden, S. 20 und 93 ff.

58 *Peczenik*, On Law and Reason, S. 114 ff. und 130 ff.; s. auch *Klatt*, in: ARSP-Beiheft Nr. 116, S. 187 (193): „individueller Norm-Sprung“.

macht allerdings unübersehbar, dass die erhoffte Rationalität des Vorgehens in mindestens zweierlei Hinsicht unsicher bleibt: bei der näheren Handhabung solcher „Konkretisierung“ und beim „aktiv-gestaltenden Akt“, mit dem eine hinreichende „Entsprechung“ von Norm und Fall(-typ)<sup>59</sup> letztendlich festgestellt oder zurückgewiesen wird.

Das letztgenannte Rätsel verliert jedoch seine vorgebliche Unergründlichkeit, wenn man sich von der tradierten Auffassung löst, dass hier tatsächlich eine Art Brückenbildung über eine tiefe „Kluft“<sup>60</sup> zwischen den beiden an sich streng geschiedenen „Welten“ von Sein und Sollen (etwa nach Maßgabe eines komplexen „Kohärenz“-Modells)<sup>61</sup> stattfindet. Gewiss beinhaltet im Ausgangspunkt das Gesetz oder die Rechtsregel einen normativen Typus, während der konkrete Fall in all seinen – auch ganz und gar rechtsirrelevanten – Facetten der gesellschaftlichen Wirklichkeit entstammt.<sup>62</sup> Jedoch gehört der für die Rechtsfindung maßgebliche, mithin subsumtionsfähige „Sachverhalt“ nicht mehr dieser realen Lebenswelt an, sondern ist – vielleicht auch erst nach einigen „umständlichen Erkenntnisakten und Schlussfolgerungen“<sup>63</sup> – das Ergebnis eines „Zuschneidens“<sup>64</sup> jenes „Roh-Sachverhalts“<sup>65</sup> mit Blick auf den in Frage stehenden Rechtssatz: „Der Sachverhalt [...] ist dem Beurteiler nicht von vornherein gegeben, sondern er muss von ihm in Hinblick auf die ihm bekannt gewordenen Fakten einerseits, deren mögliche rechtliche Bedeutung andererseits erst gebildet werden“.<sup>66</sup> Infolgedessen stellt sich der Sachverhalt aufgrund seiner normativen Prägung als „Verbindungsstück“<sup>67</sup> zwischen den beiden voneinander separierten Sphären dar, in welchem die Tatsachen der Lebenswelt zu einem rechtsrelevanten „Falltypus“<sup>68</sup> überformt sind, damit sie sich auf diese Weise mit dem „Normtypus“<sup>69</sup> überhaupt vergleichen und diesem ggf. „zuordnen“<sup>70</sup> lassen. Die Inverhältnissetzung von Fall- und Normtypus sucht sodann, anders als dies teilweise angenommen wird, nicht nach einer „Deckungsgleichheit“<sup>71</sup> bzw. „Identität“,<sup>72</sup> was je nach Anwendungsspektrum (Extension) der betreffenden Rechtsregel meist ausgeschlossen sein dürfte: Bezieht sich doch der Normtypus in aller Regel auf eine Mehr- oder gar Vielzahl von (im vorstehen-

59 Arth. Kaufmann, Rechtstheorie 17 (1986), 257 (264).

60 Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, S. 282.

61 So aber Strauch, Methodenlehre des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens, S. 621 ff.

62 Pavčnik, Juristisches Verstehen und Entscheiden, S. 101.

63 Engisch, Einführung in das juristische Denken, S. 53.

64 Schluep, Einladung zur Rechtstheorie, Rn 2977; s. auch Röhl, Allgemeine Rechtslehre, § 18 III: „Konstitution des Sachverhalts“.

65 Arth. Kaufmann, JZ 1975, 337 (339): bloße „Rohmaterialien“ Pavčnik Juristisches Verstehen und Entscheiden, S. 152: „grober Grundstoff“.

66 Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 278.

67 Jabloner, ZÖR 71 (2016), 199 (203).

68 Braun, Deduktion und Invention, S. 33 f.

69 Zu diesem näher Duttge, in: Jahrbuch für Recht und Ethik Bd. 11 (2003), S. 103 ff.

70 Zippelius, Juristische Methodenlehre, § 16 II.

71 Braun, Deduktion und Invention, S. 35.

72 Wie hier zweifelnd Pavčnik, Juristisches Verstehen und Entscheiden, S. 100 f.

den Sinne typisierten) Sachverhalten. In Wahrheit besteht die Aufgabe vielmehr darin, den Falltypus als Teilmenge des Normtypus auszuweisen, was sich mit *Puppe*<sup>73</sup> auch als (durch Sprachzeichen determiniertes, d.h. begriffliches) Spezialitätsverhältnis beschreiben lässt.

Hierin liegt der Sinn des typisch juristischen „Zergliederns“ von rechtlichen Oberbegriffen nicht nur in horizontaler (durch Bildung einer sich aus mehreren Teilstücken zusammensetzenden Gesamtdefinition), sondern vor allem auch in vertikaler Richtung, um auf den jeweils benötigten „Mittelbegriff“<sup>74</sup> zu stoßen, der die eigentliche Subsumtion (im Wege der begriffslogischen Deduktion) ermöglicht. Soweit hingegen in der juristischen Methodenlehre mitunter (und neuerdings wohl vermehrt) gelehrt wird, dass der Vorgang der Normanwendung denklogisch als Problem einer umfassenden „Abwägung“ zu begreifen sei,<sup>75</sup> betrifft dies nicht den Subsumtions- und damit Entscheidungsakt selbst, sondern allenfalls – und dabei eine Vielzahl von Folgefragen in Bezug auf das erst rationalitätsbegründende Abwägungsprogramm aufwerfend – allein die wertbezogene Herstellung des Normtypus. Eher verunklarend, da diese beiden Bereiche nicht hinreichend separierend, ist es daher, wenn die „Normanwendung“ im Ganzen als „Prozess“ vorgestellt wird, „in dem sich Subsumtion und Abwägung verzahnen“.<sup>76</sup> Unabhängig davon bleibt aber noch immer klärungsbedürftig, wie der produktive Vorgang der „Konkretisierung“ einer Rechtsregel zu einem Normtypus rational rekonstruierbar ist.

Gewiss bildet die geltende Rechtsordnung und insbesondere das ausgewählte, auf den konkreten Sachverhalt potentiell anwendbare Gesetz nach Maßgabe seiner Auslegung den Rahmen einer solchen Konkretisierung; in der Aufklärung der hierfür relevanten Auslegungskriterien liegt traditionell der Schwerpunkt der juristischen Methodenlehre. Nur ist damit noch nicht der Anspruch eingelöst, dass die Annäherung der Rechtsregel zwecks Ermöglichung des Subsumtionsschlusses eben nicht rein normativ, sondern justament „mit Bezug auf die vorhandene Lebenswirklichkeit“<sup>77</sup> (besser: das Gesamt an Sachverhalten bzw. Falltypen) erfolgen muss. *Marijan Pavčnik* spricht deshalb von der „faktischen Normativität“ (d.h. einer auf das Faktische hin gerichteten Normativität), die sich mit der „normativen Faktizität“ (d.h. dem auf das Normative hin „zugeschnittenen“ Sachverhalt) trifft.<sup>78</sup> Dass der bloße Verweis auf eine hier eben zu bewerkstelligende „Konkretisierung“ nicht wesentlich weiterhilft, sollte seit *Engischs* fundamentaler Studie über

73 Oben Fn 35.

74 Oben Fn 15.

75 In diesem Sinne jedoch aktuell ein interdisziplinäres Forschungsprojekt des IZEW Tübingen, <https://uni-tuebingen.de/einrichtungen/zentrale-einrichtungen/internationales-zentrum-fuer-ethik-in-den-wissenschaften/forschung/ethik-und-bildung/das-problem-der-anwendung-in-der-sog-angewandten-ethik/> [Zugriff am 6.4.2020].

76 *Strauch*, Methodenlehre des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens, S. 636.

77 *Zippelius* Juristische Methodenlehre, § 16 II.

78 *Pavčnik*, Juristisches Verstehen und Entscheiden, S. 161.

die „Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit“<sup>79</sup> nicht mehr ernstlich zu bezweifeln sein.

An diesem Punkt gilt es nun zu betonen, dass die allein binnenjuristische Befassung es bisher sträflich versäumt hat, den Blick zu weiten und auf jene anderen normativen Fachdisziplinen zu richten, die mit eben demselben Normanwendungs- und Konkretisierungsproblem konfrontiert sind.<sup>80</sup> Soweit die strukturellen Gemeinsamkeiten reichen, lässt sich doch ohne Weiteres voneinander lernen – und es ist dabei keineswegs von vornherein ausgeschlossen, dass dies nicht bloß im Wege der „Einbahnstraße“ allein qua Export von Erkenntnissen der juristischen Methodenlehre, sondern auch in der Gegenrichtung zugunsten eines besseren Verstehens der *Rechtsanwendung* bzw. -findung geschieht. In der heutigen Moderne liegt eine mutmaßlich aussichtsreiche interdisziplinäre Fühlungnahme insbesondere in Richtung der „angewandten Ethiken“<sup>81</sup> nahe und fällt in diesem Bereich vor allem die intensive methodologische Debatte innerhalb der Medizin- und Bioethik ins Auge: Auf Basis der hier inzwischen auch in Deutschland weithin akzeptierten „Prinzipienethik“ von *Beauchamp* und *Childress*<sup>82</sup> kreist diese um den Zentralbegriff der „Spezifizierung“, dem dezidiert die Aufgabe zugeschrieben wird, im Unterschied zu einem „intuitiven Abwägen“ auf diskursiv-rationale Weise in einem reflexiv angelegten Prozess fortlaufender „Anpassung“<sup>83</sup> der abstrakten Prinzipien (Normen) an die konkrete Lebenswelt deren schrittweise „kreative“ Anreicherung mit Inhalten und Gewichtung einzelner Aspekte zu bewirken, wodurch sich immer schärfer erkennen lasse, was das jeweilige Prinzip bzw. die jeweilige Norm für die jeweiligen Einzelfälle bedeute. „Wohlüberlegte Urteile“ sollen dies erreichen, „die ihrerseits abhängig sind von Charakter, moralischer Einsicht sowie einem Bewusstsein für persönliche Verantwortung und Integrität“ des Urteilenden.<sup>84</sup> Die Rationalität solcher Entscheidungsfindung werde gesichert durch das Erfordernis der Kohärenz, die ähnlich dem *Rawls*chen „Überlegungsgleichgewicht“<sup>85</sup> allgemeine Überzeugungen, Regeln und Prinzipien verschiedenster Abstraktionshöhe sowie relevante Hintergrundtheorien so lange dialektisch ineinander spiegeln und miteinander ausbalancieren lässt, bis in Ansehung des Einzelfalls auf Basis eines „in sich schlüssigen Überzeugungs- und Argumentationssystems“<sup>86</sup> eine begründete Entscheidung getroffen werden kann.

79 2. Aufl. 1968, mit umfassenden Belegen und zahlreichen Beispielen zur Vieldeutigkeit des Begriffes.

80 Dies ist der verdienstvolle Ausgangspunkt des bereits erwähnten interdisziplinären Forschungsprojekts des IZEW Tübingen (o. Fn 75).

81 Überblick zu den hier begegnenden Spezialbereichen: *Nida-Rümelin* (Hrsg.), *Angewandte Ethik*.

82 Näher *Beauchamp/Childress*, *Principles of Biomedical Ethics*.

83 *Beauchamp*, in: *Prinzipienethik in der Biomedizin*, S. 48 (54): „Prinzipien werden weniger angewandt als vielmehr expliziert und für spezielle Aufgaben passend gemacht“.

84 *Beauchamp* in: *Prinzipienethik in der Biomedizin*, S. 48 (51).

85 *Rawls*, *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, S. 68 ff.

86 *Rauprich*, in: *Vom Konflikt zur Lösung*, S. 117 (135).

Es ist hier nicht der Ort, tiefer in diese medizinphilosophisch-methodologische Debatte einzutauchen und diese näher auszubreiten. Denn es ist auch so deutlich zu erkennen, dass sich eine nähere analytische Befassung aller Wahrscheinlichkeit nach lohnen würde, zumal die „Spezifizierung“ nicht zuletzt auch verspricht, trotz stabiler, konstanter Ausgangsbasis im Normprogramm hinsichtlich des einbezogenen Anwendungsfeldes der Norm flexibel, revidierbar und diskursiv zugänglich zu sein<sup>87</sup> – d.h. ganz und gar auch der fortschreitenden *Rechtsentwicklung* im Zuge von Rechtsprechung und Rechtswissenschaft durch Neuentdeckung weiterer Anwendungsfälle gerecht würde.<sup>88</sup> In ihrem Anspruch, die kontextspezifische „Anreicherung“ der ursprünglichen Norm zugunsten einer diese repräsentierenden „Norm mittlerer Ebene“ *im Wege eines methodisch vordefinierten Verfahrens* und nicht etwa willkürlich-intuitiv zu bewerkstelligen (auch wenn die Urteilskraft des Urteilenden natürlich niemals verzichtbar ist), deckt sich vollständig mit dem methodologischen Ideal einer „rationalen Rechtsanwendung“. In der Bioethik wird die Methode der Spezifizierung (also in ihrer rationalen Explikation fern einer nur metaphorischen Redeweise) schon seit längerem als „the most significant contribution to bioethical theory“<sup>89</sup> aufgefasst; dann könnten sich – in Umkehrung der bislang (nur selten) unternommenen vergleichenden Betrachtung der methodologischen Probleme von der Warte des Rechts ausgehend zugunsten der angewandten (Medizin-)Ethik<sup>90</sup> – durchaus auch „Lerneffekte“ für die Weiterentwicklung der juristischen Methodik zeitigen.

## E. Perspektiven

Schon heute aber ist der Stand der Erkenntnisse ein ganz anderer, als es die üblichen Darstellungen in Studienliteratur und modernen Medien<sup>91</sup> – mitunter eher eine Karikatur des Eigentlichen – vermuten lassen. Schon den Studierenden muss sich der Eindruck aufdrängen, dass „das Eigentümliche des Umgangs mit dem Recht [...] im Subsumtionsschema gar nicht zum Ausdruck“ kommt, dass dies mithin „nicht alles gewesen sein kann“.<sup>92</sup> Was Studierende aus diesem Befund lernen (und später als Rechtspraktiker in die Tat umsetzen und ggf. als hochrangige Rich-

87 Richardson, in: Rauprich/Steger: Prinzipienethik in der Biomedizin, S. 252 (265 ff.); die Resultate können damit natürlich keinen Anspruch auf exklusive Geltung erheben, zutr. Clausen, ebd., S. 378 (395).

88 Nach Walter (ARSP-Beiheft Nr. 117, S. 127 [130 f.]) dreht sich die hermeneutische Spirale nicht allein um die bekannten Pole von Obersatz und Lebenssachverhalt, sondern ebenso „um System und Einzelfall“.

89 DeGrazia, Journal of Medicine and Philosophy 17 (1992), 511 (524).

90 Soweit ersichtlich aus rechtswissenschaftlicher Sicht bislang allein Paulo, in: Vom Konflikt zur Lösung, S. 29 ff.

91 Siehe o. Fn 31.

92 Bung, in: Subsumtion, S. 215; Neumann spricht angesichts der „konstitutiven Funktion des Aktes der Interpretation“ von der – längst stattgefundenen – „Zerstörung eines idealistischen Rechtsmodells“ (gemeint im Sinne einer simplen top-down-Deduktion): ARSP-Beiheft Nr. 117, S. 87 (89).

ter unbefangen publizieren),<sup>93</sup> ist eher die Beliebigkeit des Entscheidens ganz nach „Bauchgefühl“, freilich mit der Obliegenheit, eben dies durch Einkleidung in ein pseudorationales „Schema“ – von allen als Gutachtenstil benannt – so gut wie möglich zu verhüllen. Es ist höchste Zeit für eine Selbstvergewisserung und entsprechende Vermittlung darüber, was eine rationale Rechtsanwendung im Einzelnen impliziert: schöpferische Arbeit am Gesetz und am Fall, logisch stringente juristische Argumentation und rhetorische Überzeugungskraft.<sup>94</sup> Die interdisziplinäre Herausforderung erschöpft sich also nicht etwa in der weiteren rechtstheoretischen Forschung (s.o.), sondern erstreckt sich auf die Vermittlungsaufgabe – sofern sich die heutige Rechtsdidaktik endlich darauf einließe, bei aller Vorliebe für moderne Technik und „schöne Bildchen“ auch die Substanz des zu vermittelnden Gegenstandes ernstzunehmen. Die aufscheinende Perspektive einer „Rechtswissenschaft, die auf transdisziplinär zu klärenden Grundfragen aufbaut“<sup>95</sup> und dabei auch die modernen technischen Möglichkeiten auf deren „intelligente“ Nutzbarmachung hin prüft – das ist die zentrale Aufgabenstellung der juristischen Methodenlehre im 21. Jahrhundert.

## Literaturverzeichnis

- Adomeit, Klaus/Hähnchen, Susanne, Rechtstheorie für Studenten, 6. Aufl., Heidelberg u.a. 2012
- Alexy, Robert, Theorie der juristischen Argumentation, 2. Aufl., Frankfurt/Main 1991
- Alexy, Robert, Arthur Kaufmanns Theorie der Rechtsgewinnung, in: ARSP-Beiheft Nr. 100 (2005), S. 47-66
- Beauchamp, Tom L., Prinzipien und andere aufkommende Paradigmen in der Bioethik, in: Rauprich/Steger (Hrsg.), Prinzipienethik in der Biomedizin. Moralphilosophie und medizinische Praxis, Frankfurt/New York 2005, S. 48-73
- Beauchamp, Tom L./Childress, James F., Principles of Biomedical Ethics, 6. Aufl., New York 2009
- Braun, Johann, Deduktion und Invention. Gesetzesauslegung im Widerstreit von Gehorsamskunst, Rechtsgefühl und Wahrheitssuche, Tübingen 2016
- Bung, Jochen, Der juristische Syllogismus in der Methodenlehre von Larenz, in: Gabriel/Gröschner (Hrsg.), Subsumtion. Schlüsselbegriff der Juristischen Methodenlehre, Tübingen 2012, S. 215-226
- Clausen, Jens, Zur Bedeutung des Reflexionsgleichgewichts für die Spezifizierung allgemeiner Prinzipien zu prima fade gültigen moralischen Regeln, in: Rauprich/Steger (Hrsg.), Prinzipienethik in der Biomedizin. Moralphilosophie und medizinische Praxis, Frankfurt/New York 2005, S. 378-397
- DeGrazia, David, Moving forward in Bioethical Theory: Theories, Cases and specified Principlism, Journal of Medicine and Philosophy 17 (1992), 511-539
- Duttge, Gunmar, Strafprozessualer Einsatz von V-Personen und Vorbehalt des Gesetzes, JZ 1996, 556-565

93 Siehe o. Fn 6; präzise Kritik am defizitären Methodenverständnis der Justiz bei Rütters, JZ 2006, 53 ff. („[...] bei uns hat jeder Fall seine eigene Methode...“); s. auch Hassemer, in: Reimer (Hrsg.), S. 37 (60 f.): „Die Liste der methodischen Ungeheuerlichkeiten, welche die richterliche Praxis Tag für Tag produziert, ist lang und bunt [...] Die Praxis nimmt die methodologische Wissenschaft nicht zur Kenntnis, stellt, wenn nötig, ihre methodischen Bausteine ad hoc selber her, beruft sich, wenn es hoch kommt, auf frühere Judikate und umgeht die Theorie wie der Teufel das Weihwasser“.

94 Zu den „rhetorischen Wurzeln der Auslegung“ siehe Honsell, ZfPW 2016, 105 ff.

95 <http://www.prof-wolf.de/grundfragen/> [Zugriff am 16.7.2017].

- Duttge, Gunnar*, Zum typologischen Denken im Strafrecht – Ein Beitrag zur „Wiederbelebung“ der juristischen Methodenlehre, in: Joerden/Byrd/Hruschka (Hrsg.), Jahrbuch für Recht und Ethik Bd. 11 (2003), S. 103-126
- Duttge, Gunnar*, Anliegen und Grundfragen einer Strafrechtswissenschaftstheorie, in: Koriath/Krack/Radtke/Jehle (Hrsg.), Grundfragen des Strafrechts, Rechtsphilosophie und Reform der Juristenausbildung (Göttinger Studien zu den Kriminalwissenschaften, Bd. 12), Göttingen 2010, S. 31-53
- Duttge, Gunnar*, Gesetzesuntreue unter der Maske strafrechtlicher Auslegung, in: Amelung/Günther/Kühne (Hrsg.), Festschrift für Volker Krey, Stuttgart 2010, S. 39-69
- Engisch, Karl*, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 3. Aufl., Heidelberg 1963
- Engisch, Karl*, Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken, München 1963 (auch abgedr. in: Bockelmann/Kaufmann/Klug [Hrsg.], Beiträge zur Rechtstheorie, Frankfurt/Main 1984, S. 286-310)
- Engisch, Karl*, Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, 2. Aufl., Heidelberg 1968
- Engisch, Karl*, Einführung in das juristische Denken, 8. Aufl., Stuttgart u.a. 1983 (Nachdruck 1989)
- Esser, Josef*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Frankfurt/Main 1972
- Fischer, Thomas*, Strafrechtswissenschaft und strafrechtliche Rechtsprechung – Fremde seltsame Welten, in: Michalke/Köberer/Pauly/Kirsch (Hrsg.), Festschrift für Rainer Hamm, Berlin 2008, S. 63-81
- Gadamer, Hans-Georg*, Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik, 2. Aufl., Tübingen 1965
- Gadamer, Hans-Georg*, Hermeneutik als praktische Philosophie, in: Schönherr-Mann (Hrsg.), Hermeneutik als Ethik, München 2004, S. 33-53
- Hager, Günter*, Rechtsmethoden in Europa, Tübingen 2009
- Hassemer, Winfried*, Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik, Köln u.a. 1968
- Hassemer, Winfried*, Juristische Methodenlehre und richterliche Pragmatik, in: Reimer (Hrsg.), Juristische Methodenlehre aus dem Geist der Praxis?, Baden-Baden 2016, S. 37-74
- Hofstadter, Douglas/Sander, Emmanuel*, Die Analogie. Das Herz des Denkens, 3. Aufl., Stuttgart 2018
- Hollerbach, Alexander*, Artikel: Rechtswissenschaft, in: Staatslexikon der Görres-Gesellschaft, Bd. 4, 7. Aufl. 1988, Sp. 751-760
- Honsell, Heinrich*, Die rhetorischen Wurzeln der Auslegung, ZfPW 2016, 105-128
- Jabloner, Clemens*, Der Sachverhalt im Recht, ZÖR 71 (2016), 199-214
- Joerden, Jan C.*, Logik im Recht. Grundlagen und Anwendungsbeispiele, 3. Aufl., Heidelberg 2018
- Kaufmann, Arthur*, Richterpersönlichkeit und richterliche Unabhängigkeit, in: Baumann/Tiedemann (Hrsg.), Einheit und Vielfalt des Strafrechts. Festschrift für Karl Peters, Tübingen 1974, 295-309
- Kaufmann, Arthur*, Durch Naturrecht und Rechtspositivismus zur juristischen Hermeneutik, JZ 1975, 337-341
- Kaufmann, Arthur*, Vorüberlegungen zu einer juristischen Logik und Ontologie der Relationen, Rechtstheorie 17 (1986), 257-276
- Kaufmann, Arthur*, Rechtsphilosophie, 2. Aufl., München 1997
- Kaufmann, Arthur*, Das Verfahren der Rechtsgewinnung. Eine rationale Analyse, München 1999
- Kaufmann, Arthur/u.d. Pfordten, Dietmar*, Problemgeschichte der Rechtsphilosophie, in: Hassemer/Neumann/Saliger (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 9. Aufl., Heidelberg 2016, S. 23-142
- Klatt, Matthias*, Aleksander Peczenik über die Rationalität der juristischen Argumentation, in: Brockmöller/Hilgendorf (Hrsg.), Rechtsphilosophie im 20. Jahrhundert – 100 Jahre Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, ARSP-Beiheft Nr. 116 (2009), S. 187-207

- Koch, Hans-Joachim/Rüßmann, Helmut, Juristische Begründungslehre. Eine Einführung in die Grundprobleme der Rechtswissenschaft, München 1982
- Kriele, Martin, Rechtsgefühl und Legitimität der Rechtsordnung, in: Lampe (Hrsg.), Das sogenannte Rechtsgefühl, Wiesbaden 1985, S. 23-36
- Lagodny, Otto, Rechtsvergleichende Überlegungen zur Didaktik des Rechtsstudiums in Österreich und in Deutschland, in: Wartsch/Zumbach/Lagodny/Astleitner (Hrsg.), Rechtsdidaktik – Pflicht oder Kür?, Baden-Baden 2017, S. 51-66
- Lagodny, Otto, Prüfungsorientierter Erwerb von Begründungskompetenz mit Hilfe der juristischen Methodenlehre, ZDRW 2018, S. 8-21
- Lagodny, Otto/Mansdörfer, Marco/Putzke, Holm, Im Zweifel: Darstellung im Behauptungsstil – Thesen wider den überflüssigen Gebrauch des Gutachtenstils, ZJS 2014, 157-164
- Larenz, Karl, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin/Heidelberg 1991
- Meder, Stephan, Mißverstehen und Verstehen. Savignys Grundlegung der juristischen Hermeneutik, Tübingen 2004
- Neumann, Ulfrid, Wahrheit im Recht. Zur Problematik und Legitimität einer fragwürdigen Denkform, 2004
- Neumann, Ulfrid, Ex falso numquam quodlibet! Eine Skizze zum Verhältnis von Logik und Argumentation, in: Schünemann/Tinnefeld/Wittmann (Hrsg.), Gerechtigkeitswissenschaft – Festschrift für Lothar Philipps, Berlin 2005, S. 117-124
- Neumann, Ulfrid, Rechtsanwendung, Methodik und Rechtstheorie, in: Senn/Fritsch (Hrsg.), Rechtswissenschaft und Hermeneutik, ARSP-Beiheft Nr. 117 (2009), S. 87-96
- Neumann, Ulfrid, Wissenschaftstheorie der Rechtswissenschaft, in: Hassemer/Neumann/Saliger (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 9. Aufl., Heidelberg 2016, S. 351-364
- Nida-Rümelin, Julian (Hrsg.), Angewandte Ethik. Ein Handbuch, Stuttgart 1996
- Paulo, Norbert, Spezifizierung und Abwägungen in ethischen Entscheidungen, in: Rauprich/Jox/Marckmann (Hrsg.), Vom Konflikt zur Lösung. Ethische Entscheidungszwänge in der Biomedizin, Münster 2016, S. 29-42
- Pavčnik, Marjjan, Juristisches Verstehen und Entscheiden: Vom Lebenssachverhalt zur Rechtsentscheidung. Ein Beitrag zur Argumentation im Recht, Wien/New York 1993
- Peczenik, Aleksander, On Law and Reason, Dordrecht 1989
- Philipps, Lothar, Kompensatorische Verknüpfungen in der Rechtsanwendung – ein Fall für Fuzzy Logic, in: Martinek (Hrsg.): Festschrift für Günther Jahr, Tübingen 1993, S. 169-180
- Puppe, Ingeborg, Kleine Schule des juristischen Denkens, Göttingen 2008
- Rauprich, Oliver, Kohärentistische Prinzipienethik, in: Rauprich/Jox/Marckmann (Hrsg.), Vom Konflikt zur Lösung. Ethische Entscheidungszwänge in der Biomedizin, Münster 2016, S. 117-137
- Rawls, John, Eine Theorie der Gerechtigkeit, Frankfurt/Main 1975
- Reimer, Franz, Was ist die Frage, auf die die Juristische Methodenlehre eine Antwort sein will?, in: ders. (Hrsg.), Juristische Methodenlehre aus dem Geist der Praxis?, Baden-Baden 2016, S. 11-34
- Richardson, Henry S., Spezifizierung von Normen als ein Weg zur Lösung konkreter ethischer Probleme, in: Rauprich/Steger (Hrsg.), Prinzipienethik in der Biomedizin. Moralphilosophie und medizinische Praxis, Frankfurt/New York 2005, S. 252-290
- Röhl, Klaus F., Allgemeine Rechtslehre, Köln u.a. 1994
- Rüthers, Bernd, Methodenrealismus in Jurisprudenz und Justiz, JZ 2006, 53-60
- Schluep, Walter R., Einladung zur Rechtstheorie, Bern 2006
- Schröder, Jan, Wissenschaftstheorie und Lehre der „praktischen Jurisprudenz“ auf deutschen Universitäten an der Wende zum 19. Jahrhundert, Frankfurt/Main 1979

- Schuhf, Jan C.*, Zur Vertretbarkeit einer rechtlichen Aussage, JZ 2008, 603-609
- Schulz, Lorenz*, Recht und Pragmatismus, in: Brugger/Neumann/Kirste (Hrsg.), Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert, Frankfurt/Main 2008, S. 286-314
- Schulz, Lorenz*, Anmerkungen zur Zetetik in der Jurisprudenz, in: Jakob/Philipps/Schweighofer/Varga (Hrsg.), Auf dem Weg zur Idee der Gerechtigkeit. Gedenkschrift für Ilmar Tammelo, Wien/Berlin 2009, S. 169-175
- Strauch, Hans-Joachim*, Methodenlehre des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens. Prozesse richterlicher Kognition, Freiburg/München 2017
- Stuckenberg, Carl-Friedrich*, Der juristische Gutachtenstil als cartesische Methode, in: Freund/Murmann/Bloy/Perron (Hrsg.), Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechts – Festschrift für Wolfgang Frisch, Berlin 2013, S. 165-186
- Stuckenberg, Carl-Friedrich*, Der juristische Gutachtenstil als cartesische Methode, ZDRW 2019, S. 323-341
- Walter, Hans Peter*, Hermeneutik und Rechtspraxis, in: Senn/Fritschi (Hrsg.), Rechtswissenschaft und Hermeneutik, ARSP-Beiheft Nr. 117 (2009), S. 127-140
- Wirth, Uwe*, Abduktion und ihre Anwendungen, Zeitschrift für Semiotik 1995, 405-424
- Wittmann, Roland*, Die logische Struktur von Abduktion und Hypothesenbestätigung, in: Philipps/Bengez (Hrsg.), Von der Spezifikation zum Schluss. Rhetorisches, topisches und plausibles Schließen in Normen-Regelsystemen, Baden-Baden 2013, S. 135-142
- Wolf, Gerhard*, Bemerkungen zum Gutachtenstil, JuS 1996, 30-36
- Wolf, Gerhard*, Lösung von Rechtsfällen mit Hilfe von Computern? Bisher nicht genutzte Chancen der Rechtsinformatik, in: Graul/Wolf (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Dieter Meurer, Berlin 2002, S. 665-683
- Zippelius, Reinhold*, Juristische Methodenlehre, 8. Aufl., München 2003