

Mohr Siebeck
72010 Tübingen
Postfach 20 40
ISSN 0022-6882

Redaktion:
72074 Tübingen
Wilhelmstraße 18
jz@mohrsiebeck.com

Telefon
(07071) 923-52
Telefax
(07071) 923-67
www.juristenzeitung.de

Juristen JZ Zeitung

15/16

73. Jahrgang
10. August 2018
Seiten 737-792

Aus dem Inhalt:

Rolf Gröschner

Der Streit als Vater aller Fälle

Franz Hofmann

Disziplinarität, Intradisziplinarität und Interdisziplinarität am Beispiel der Grundsätze „mittelbarer Verantwortlichkeit“

Martin Häublein

Nach dem höchstrichterlich besiegelten Ende mietvertraglicher Schriftformheilungsklauseln: Ist § 550 BGB noch zu halten?

Dagmar Coester-Waltjen und **Bettina Heiderhoff**

Zum Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Mehrehe

SächsVerfGH mit Anmerkung von

Anna von Notz

Änderung eines Wahlvorschlags nach Ablauf der Einreichungsfrist

BGH mit Anmerkung von

Bernhard Ulrici

Rückbuchung einer mittels PayPal erfolgten Zahlung nach „Käuferschutz“-Antrag



Herausgeber

Professor Dr. Dr. Eric Hilgendorf, Würzburg
Professor Dr. Matthias Jestaedt, Freiburg i.Br.
Professor Dr. Herbert Roth, Regensburg
Professor Dr. Astrid Stadler, Konstanz

Professor Dr. Bernhard Großfeld, Münster (bis 2000)
Professor Dr. Christian Starck, Göttingen (bis 2006)
Professor Dr. Dr. h.c. Rolf Stürner, Freiburg i.Br. (bis 2012)

Redaktion

Martin Idler, Tübingen

Mohr Siebeck

15/16 73. Jahrgang
10. August 2018

JZ Juristen Zeitung

Inhalt

Aufsätze

Professor Dr. **Rolf Gröschner**
Der Streit als Vater aller Fälle **737**

Professor Dr. **Franz Hofmann**, LL.M. (Cambridge)
Disziplinarität, Intradisziplinarität und Interdisziplinarität
am Beispiel der Grundsätze „mittelbarer Verantwortlichkeit“ **746**

Besprechungsaufsatz

Professor Dr. **Martin Häublein**
Nach dem höchstrichterlichen besiegelten Ende
mietvertraglicher Schriftformheilungsklauseln:
Ist § 550 BGB noch zu halten? **755**

Gesetzgebung

Professorin Dr. Dr. h.c. **Dagmar Coester-Waltjen**
und Professorin Dr. **Bettina Heiderhoff**
Zum Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung
der Mehrehe **762**

Literatur

Carmen Langhanke: Daten als Leistung
Dr. **Andreas Sattler**, LL.M. (Nottingham) **769**

Entscheidungen

SächsVerfGH, 11. 4. 2018 – Vf. 108-V-17
mit Anmerkung von
Anna von Notz
Änderung eines Wahlvorschlags nach Ablauf
der Einreichungsfrist **771**

BGH, 22. 11. 2017 – VIII ZR 83/16
mit Anmerkung von
Privatdozent Dr. **Bernhard Ulrici**
Rückbuchung einer mittels PayPal erfolgten
Zahlung nach „Käuferschutz“-Antrag **780**

BGH, 27. 9. 2017 – XII ZR 114/16
Unwirksamkeit von Schriftformheilungsklauseln
im Gewerberaummietrecht **789**

JZ Information

Aktuelles aus der Rechtsprechung/
Aus dem Inhalt der nächsten Hefte **460***
Gesetzgebung **461***
Entscheidungen in Leitsätzen **463***
Neuerscheinungen **473***
Zeitschriftenübersicht **481***
Festschrift/Sammelwerke **485***
Impressum **487***

Herausgeber

Professor Dr. Dr. Eric Hilgendorf, Würzburg
Professor Dr. Matthias Jestaedt, Freiburg i.Br.
Professor Dr. Herbert Roth, Regensburg
Professor Dr. Astrid Stadler, Konstanz

Redaktion

Martin Idler, Tübingen

Mohr Siebeck

15/16 73. Jahrgang
10. August 2018
Seiten 737–792

JZ Juristen Zeitung

Aufsätze

Professor Dr. Rolf Gröschner, Nürnberg*

Der Streit als Vater aller Fälle

Der Beitrag behandelt den Streit um das Recht als philosophischen Anfangsgrund der Jurisprudenz und erörtert seine Bedeutung für die dogmatische Figur des Rechtsverhältnisses und den dialogischen Modus juristischer Urteilsbildung und Urteilsbegründung.

I. Einleitung

Flügel geworden findet manches Wort nicht zurück in sein Nest. Das gilt auch für das geflügelte Wort vom „Krieg als Vater aller Dinge“. Im philosophischen Nest des entflohenen Wortes – in den Fragmenten Heraklits – bedeutet „polemos“ nämlich nicht Krieg im militaristischen Sinne, sondern Kampf der Kräfte im Widerstreit um das Werden der Dinge.¹ Hegel hat hierin die Entdeckung der Dialektik „als Prinzip“ gesehen.² „Polemos“ (Kampf) und „eris“ (Streit) nebeneinander zitierend³ nimmt er Bezug auf den rechtsphilosophisch wichtigsten Text Heraklits – auf Fragment 80, in dem „dike“ durch „eris“ definiert, das heißt aufgrund analoger Interpretation zu Fragment 53 der Streit als Vater allen Rechts charakterisiert wird. In augenzwinkernder Anspielung darauf spricht der Beitragstitel vom Streit als Vater aller

Fälle.⁴ Um nicht beständig dieses Bild bemühen zu müssen, kann es durch einen Begriff ersetzt werden, der den Streit zum „Anfangsgrund“ der Jurisprudenz erklärt.

So selten dieser Begriff heute gebraucht wird: Unter den Stichwörtern einer Sammlung geflügelter Buchtitel der Rechtsphilosophie dürften „Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre“ nicht fehlen.⁵ Kant war aber nicht der erste, der die beiden Bedeutungen des lateinischen „principium“ (Anfang und Grund) elegant zum „Anfangsgrund“ zusammengezogen hat. Georg Friedrich Meier hatte die drei Bände seiner Ästhetik schon Jahrzehnte vorher mit „Anfangsgründe aller schönen Wissenschaften und Künste“ betitelt.⁶ Die Erklärung des Streits zum „Anfangsgrund der Jurisprudenz“ orientiert sich jedoch weder an Kants Erkenntnistheorie noch an Meiers Kunstbegriff. Sie folgt den klassischen Traditionslinien eines alteuropäischen Wissenschaftsverständnisses, das den Vorrang der praktischen Vernunft vor dem theoretischen Verstand postuliert und die „Kunst“ (die „techne“ der Griechen ebenso wie die „ars“ der Römer) nicht auf die „schönen“ Künste reduziert. Deshalb wird die Disziplin, um deren Streitkultur es hier geht, mit Bedacht „Jurisprudenz“ genannt.

Auch wenn „prudentia“ und „scientia“ ursprünglich unterschiedslos für „Wissenschaft“ standen, bringt das Postulat eines prudentiellen Primats der Praxis doch deutliche Distanz zu einer szientistischen Dominanz der Theorie zum Ausdruck. Die römische prudentia ist wie die griechische phronesis und die deutsche Klugheit eine praxisorientierte Kompetenz, deren kunsthandwerkliche Professionalisierung mit der theoriegeleiteten Rationalität moderner Wissenschaft nichts zu tun hat. Für ein erfahrungsbezogenes Verständnis der „prudentia iuris“ kann man sich gut und gern auf Kant berufen (ohne damit auf die transzendente Metaphysik sei-

* Der Autor war bis zu seiner Pensionierung im April 2013 Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie an der Friedrich-Schiller-Universität Jena.

1 Griechisches Original bei *Diels*, Die Fragmente der Vorsokratiker, Erster Band, 4. Aufl. 1922, S. 88 und S. 94. In analoger Interpretation beider Fragmente ist der Kampf (polemos) der Vater aller Dinge (Fragment 53) und der Streit (eris) der Vater allen Rechts (Fragment 80). Darauf verweist auch der – nach Einreichung des Manuskripts erschienene – Aufsatz „Recht ist Streit“ von *Hasso Hofmann* (JZ 2018, 473 ff.). Er thematisiert den Streit aber nicht aus der Fall-Perspektive praktizierter Jurisprudenz, sondern als „Ursprung des Rechtsbegriffs [...] in einigen klassischen Texten“ (S. 473). Die luzide interpretierten ideengeschichtlichen Hintergründe dieser Klassikertexte bilden für die im Folgenden beschriebenen Phänomene juristischer Streitkultur einen erhellenden rechtsphilosophischen Horizont.

2 *Hegel*, Vorlesungen über die Geschichte der Philosophie, Erster Band, Sämtliche Werke, Jubiläumsausgabe *Glockner*, Bd. 17, 1940, S. 344. Nach *Kaufmann*, Problemgeschichte der Rechtsphilosophie, in: *Kaufmann* et al. (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 8. Aufl. 2011, S. 30, findet bei *Heraklit* „die polare Denkweise des frühgriechischen Geistes ihren vollkommensten Ausdruck“, in der „nur das Prozesshafte, das Werden, Platz hat“.

3 *Hegel*, Vorlesungen (Fn. 2), S. 357.

4 Falls es einer Erklärung des Augenzwinkerns bedarf: In *Heraklits* Naturphilosophie wirken Kampf und Streit als kosmisches Prinzip, können im Kosmos der Jurisprudenz aber keinen vergleichbaren Anspruch auf metaphysische Letztbegründung erheben.

5 *Kant*, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Erster Teil der Metaphysik der Sitten von 1797: Werke, Akademieausgabe (AA), Bd. VI, 1907, S. 203 ff. In der Vorrede (205) nimmt er Bezug auf die „früheren“ metaphysischen Anfangsgründe der Naturwissenschaft (die 1786 erschienen waren: AA, Bd. IV, 1903, S. 465 ff.).

6 *Meier*, Anfangsgründe aller schönen Wissenschaften und Künste, Drei Bände, Bd. 1, 1748, S. 5: „die ersten Gründe oder Anfangsgründe“.

ner „reinen“ Rechtslehre festgelegt zu sein): Der „Rechtskundige“ oder „Rechtsgelehrte (*Jurisconsultus*)“ heißt bei ihm „rechtserfahren (*Jurisperitus*)“, wenn er die äußeren Gesetze auch äußerlich, d.i. in ihrer Anwendung auf in der Erfahrung vorkommende Fälle, kennt, die wohl auch Rechtsklugheit (*Iurisprudencia*) werden kann, ohne beide zusammen aber bloße Rechtswissenschaft (*Jurisscientia*) bleibt.“⁷

Für Kant kann ein kundiger Gelehrter der „Jurisscientia“ nur als erfahrener „Jurisperitus“ zum klugen Vertreter der „Iurisprudencia“ werden. Als solcher müsse er bei Anwendung der Gesetze auf „in der Erfahrung vorkommende Fälle“ nicht nur „das Allgemeine in abstracto einsehen“, sondern entscheiden, „ob ein Fall in concreto darunter gehöre“.⁸ Dieser Dualismus zwischen „abstraktem“ Gesetz und „konkretem“ Fall ist im herkömmlichen Subsumtionsmodell zu einem juristischen Glaubensbekenntnis geworden, das allzulange nachgebetet wurde, ohne das Dilemma des Modells ernst zu nehmen: Was rechtlich „der Fall“ ist, kann nur entschieden werden, wenn das Gesetz sachverhaltsbezogen so konkretisiert wird, dass es im Hinblick auf den betreffenden Sachverhalt seine Abstraktheit verliert. Sehr konkret erfahrbar ist dabei, was in jedem Fall geschieht: die Beteiligten streiten sowohl über Tatsachenbehauptungen als auch über Rechtsansichten. Von dieser alltäglichen Erfahrung der Rechtspraxis ausgehend, behandelt der Beitrag den Rechtsfall als Streitfall (II.), das streitige Rechtsverhältnis (III.) sowie die Streitentscheidung (IV.) unter philosophischen und methodologischen Aspekten.

II. Der Rechtsfall als Streitfall

1. Die „Sache“ der Jurisprudenz

Ein erster philosophischer Zugang zum juristischen Alltagsphänomen streitender Beteiligten und streitbefangener Gegenstände eines Rechtsfalles kann über die Etymologie der „Sache“ erfolgen.⁹ Die Herkunft dieses Wortes verweist nämlich nicht etwa auf einen körperlichen Gegenstand, sondern im gotisch-altsächsischen Verbum „sakan“ (mit k) oder deutlicher noch im angelsächsischen „sacan“ (mit c) – streiten – auf den Streit zwischen „Widersachern“ vor Gericht.¹⁰ Und noch heute werden Prozesse ja „in Sachen“ X gegen Y geführt und erfolgen gerichtliche Auseinandersetzungen in einer bestimmten „Rechtssache“, beispielsweise in einer Verwaltungsrechtssache, einer Strafsache, einer Zivilsache oder in einem Verfahren vor supra- und internationalen Gerichten.¹¹ Wer diese Wortwurzel der „Sache“ vor Augen und die Ursprungsbedeutung von „Streit“ im Ohr hat, darf das zusammengesetzte Hauptwort „Streitsache“ für einen Pleonasmus halten.

Auf den ersten Blick und beim erstmaligen Hören ebenfalls pleonastisch erscheint die in der Zivilprozessordnung¹² angeordnete Erörterung des „Sach- und Streitstandes“, die in entsprechender Anwendung der ZPO auch in mündlichen Verhandlungen außerhalb der Zivilgerichtsbarkeit durchzuführen ist. Der Sprachgebrauch wird verständlich, wenn man den „Sachstand“ von der terminologisch unverbindlichen Wortherkunft der „Sache“ löst und als *terminus technicus* des Prozessrechts interpretiert. Er bezeichnet dann den unstreitigen Sachverhalt im Gegensatz zu den streitigen Fragen sowohl der Sachverhaltsfeststellung als auch der rechtlichen Würdigung.¹³ Was in einem anhängigen Verfahren unstreitig ist und was umstritten bleibt, steht aber niemals von vornherein fest, sondern stellt sich nach einer treffenden Redeweise immer erst bei der Verhandlung heraus.¹⁴ Der dabei stattfindende „Kampf ums Recht“¹⁵ wird vor allem als „semantischer Kampf“ ausgetragen:¹⁶ als Streit über die rechtliche Bedeutung von Tatsachenbehauptungen und die tatsächliche Bedeutung von Rechtsbegriffen.

Im Rückgriff auf den in der Einleitung erwähnten Dualismus zwischen angeblich „abstrakten“ Gesetzen und vermeintlich „konkreten“ Sachverhalten wäre es naiv, Kampf (polemos) und Streit (eris) – Heraklit lässt grüßen – auf Begriffe zu beziehen, deren semantischer Gehalt sich durch einen einfachen Blick in ein Wörterbuch der deutschen Sprache beziehungsweise in ein Lehrbuch oder einen Kommentar zu dem einschlägigen Gesetz ergibt. Wenn der Bedeutungsgehalt der betreffenden Begriffe auf diese Weise fallunabhängig zu ermitteln wäre, könnte er im Einzelfall ernsthaft gar nicht bestritten werden. Die umstrittenen Begriffe der Alltagssprache, mit denen der Sachverhalt geschildert und der Rechtssprache, mit denen er juristisch beurteilt wird, sind aber – in der Terminologie der aktuellen Sprachphilosophie – keine „Klassifikationsbegriffe“ mit eindeutiger Festlegung der in ihre Klasse fallenden Kandidaten, sondern „Inferenzbegriffe“ („infero“, ich trage hinein), mit Einträgen aus der Lebenswelt unserer typisierten Erfahrungen.¹⁷

Am Beispiel des Tatbestands einer „grausamen“ Tötung zeigt sich, wie unscharf die allgemeine anerkannte Begriffsbestimmung des BGH bleibt und wieviel Spielraum für semantischen Streit sie eröffnet: „Grausam tötet, wer dem Opfer aus gefühlloser, unbarmherziger Gesinnung [...] besondere Schmerzen oder Qualen zufügt.“¹⁸ Mit dieser Bestimmung des Mordmerkmals der Grausamkeit bedient sich die Rechtsprechung keiner „klassifikatorischen“ Kunstsprache, sondern verbleibt sie wie der Gesetzgeber in der „inferentiellen“ Sprache jener Lebenswelt, in der auch zukünftig Grausamkeiten zwischen Menschen geschehen werden. Deren kunstgerechte Beurteilung durch Staatsanwälte, Strafverteidiger, Berufs- und Laienrichter in Hauptverhandlungen vor den Großen Strafkammern der Landgerichte setzt ande-

⁷ Kant, Die Metaphysik der Sitten, Einleitung in die Rechtslehre, § A, AA, Bd. VI, 1907, S. 229.

⁸ Kant, Kritik der reinen Vernunft, A 134, B 173, AA, Bd. IV, 1903, S. 97.

⁹ Die Herkunft eines Wortes kann zwar als solche nichts beweisen, sehr wohl aber den Weg zur Philosophie des angesprochenen Phänomens weisen. Verf. folgt hier der Sprachphänomenologie eines Hans Lipps, dessen „Ohr für die Sprache“ von Kennern gerühmt, in der Rechtsphilosophie aber kaum zur Kenntnis genommen wird: Lipps, Werke in fünf Bänden, 1976f. Das Zitat stammt aus Hans-Georg Gadamer's Vorwort zum ersten Band, S. XI.

¹⁰ Grimm, Deutsches Wörterbuch, Achter Bd., 1893, Sp. 1592; Kluge, Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache, 21. Aufl. 1975, S. 618.

¹¹ Zur Legitimation internationaler Gerichte grundlegend von Bogdandy/Venzke, In wessen Namen?, 2014; besprochen von Gröschner JZ 69 (2014), 674.

¹² § 278 Abs. 2 Satz 2 ZPO.

¹³ Eine Auseinandersetzung mit der Kommentarliteratur würde für das vorliegende Thema nicht weiterführen.

¹⁴ Das Urteil kann daher gemäß § 309 ZPO „nur von denjenigen Richtern gefällt werden, welche der dem Urteil zugrunde liegenden Verhandlung beigewohnt haben“.

¹⁵ Jhering, Der Kampf ums Recht, 21. Aufl. 1925, S. 20: „Der Kampf ums Recht ist eine Pflicht des Berechtigten gegen sich selbst.“

¹⁶ Müller, Recht – Sprache – Gewalt, 2. Aufl. 2008, S. 65.

¹⁷ Repräsentativ Stekeler-Weithofer, Subsumtion bei Hegel, in: Gabriel/Gröschner (Hrsg.), Subsumtion, 2012, S. 43 (45 ff.). Aktuell: Kalla/Zabel, Praktische Urteilskraft und „inferentielle Pragmatik“, RphZ 2018, 36.

¹⁸ BGHSt 3, 180 (1953).

res voraus als die Subsumtion eines je für sich feststellungsfähigen Falles unter einen je für sich auslegungsfähigen Gesetzesbegriff. Deshalb ist zunächst der „Fall“ von der Fehlvorstellung seiner isolierten Feststellungsfähigkeit zu befreien.¹⁹

2. Der Fall und die „Fallreihe“

Das A und O der Jurisprudenz ist der Fall. Er steht am Anfang der Erzählung dessen, was „passierte“ und am Ende der Entscheidung über die daraus zu ziehenden rechtlichen Konsequenzen. Weil der juristische Laie diese Konsequenzen nicht beurteilen kann, vermag er allein aus seiner Laiensicht nicht festzustellen, was „der Fall“ ist. Die Konstituierung des Falles erfolgt auch nicht durch Feststellung der Fakten einer unabhängig vom Recht existierenden objektiven Wirklichkeit, sondern durch juristische Beurteilung eines Lebenssachverhalts, der von den Beteiligten unterschiedlich geschildert und gedeutet wird.²⁰ Der Streit darüber ist nicht nur moralisch respektive ethisch legitim, sondern als Urphänomen des Rechts der Ursprung und das Grundprinzip oder eben der Anfangsgrund der Jurisprudenz.²¹ Zum Fundament einer philosophisch überzeugenden Methodenkonzeption wurde dieser Anfangsgrund in Jan Schapps „Hauptprobleme[n] der Juristischen Methodenlehre“ ausgebaut.²²

Das für die Rechtspraxis paradigmatische Verhältnis von Gesetz, Fall und richterlicher Entscheidung wird dort in einer „Einheit von Fall, Recht und Lebenswelt“ fundiert.²³ Schapp begreift den „Fall“ dabei konsequenterweise nicht als plumpes *factum brutum* vermeintlich vorgegebener „Seins“-Tatsachen, sondern als „Teil der Lebenswelt“, und zwar „unserer Lebenswelt“, zu der immer auch das Recht als Bestandteil unserer „Kulturwelt“ gehört.²⁴ Aus dieser lebensweltlichen Sicht lassen sich weder der Fall vom Recht noch das Recht vom Fall isolieren. Denn jedes als Fall erlebte und erzählte Ereignis – das später als „Geschichte“ im Sinne Wilhelm Schapps darzustellen sein wird – hat seinen Sinn in unserer Lebenswelt immer schon vom Recht her (mit)erhalten. Entsprechend einheitlich und gegen alle Dualismen wird der Begriff des Gesetzes bestimmt: Gesetze bringen kein fallunabhängiges „Sollen“ zum Ausdruck, sondern eine gesetzgeberische „Fall-Entscheidung“, nämlich die Entscheidung hinsichtlich derjenigen „Fallreihe“, auf deren Einzelfälle sich das betreffende Gesetz bezieht.²⁵

Als zentraler Terminus der Schappschen Methodenlehre ist die „Fallreihe“ die Absage an jede dualistische Konzeption von Sein und Sollen, konkretem Fall und abstraktem Gesetz. Abstrakt ist das Gesetz nicht, weil es „mehrere in der Zukunft liegende konkrete Einzelfälle entscheidet“²⁶ –

und zwar durch die Entscheidung des Gesetzgebers über die „Reihe“ dieser Fälle, die zugleich eine Entscheidung über den Einzelfall selbst ist.²⁷ Grundlage gerichtlicher Entscheidungen ist dann das „Gespräch“: die mündliche und/oder schriftliche Verhandlung zwischen den Fallbeteiligten, dem Richter und dem Gesetzgeber – als „stillem Partner“ des Gesprächs – darüber, „ob die Entscheidungsgründe des Gesetzgebers für einen bestimmten Fall die richterliche Entscheidung für den dem Richter vorliegenden Fall zu begründen vermögen“.²⁸ Man braucht den Beteiligten dieses Gesprächs, im Zivilprozess also vor allem den Parteien und ihren Bevollmächtigten, nur zuzuhören, um feststellen zu können, dass es sich um ein Streitgespräch handelt.

In seiner „Methodenlehre des Zivilrechts“ verabschiedet Schapp das monologische Modell des Justizsylogismus²⁹ zugunsten einer durchgehend dialogischen Struktur der Entscheidungsfindung. Der materiellrechtliche Anspruch wird dabei zum „Schema“, das den prozessualen Streit als „Disputation“ organisiert, die vom Richter „moderiert“ und mit seiner Entscheidung als „Resümee der Disputation“ abgeschlossen wird.³⁰ „Disputation“ ist die lateinische Form des griechischen Lehnwortes „Dialog“. Beide Vorsilben – „dis“ im Lateinischen und „dia“ im Griechischen³¹ – verweisen auf das Grundphänomen aller Dialogik: auf das „Zwischenreich des Dialogs“, in dem „zwischen“ den Gesprächspartnern geschieht, was keiner für sich zustande brächte.³² Vom Verhältniswort „zwischen“ zum Substantiv verstärkt, ist das „Zwischen“ zum Hauptwort der Dialogik Martin Bubers geworden.³³ Das wurde an anderer Stelle eingehend erörtert.³⁴ Die philosophische Pointe lautet: Das „Zwischen“ ist

¹⁹ Ibid., S. 10: „Das Verhältnis von Reihe der Einzelfälle und Einzelfall selbst ist also nicht das von Gattung und Einzelfall einer Gattung, sondern die Reihe repräsentiert zugleich den Einzelfall, der in sie eingereicht ist.“

²⁸ Ibid., S. 65. Zur Vertiefung verweist Jan Schapp an dieser Stelle auf die – noch zu erörternde – Geschichtenphilosophie Wilhelm Schapps sowie auf Gröschner, Dialogik und Jurisprudenz, 1982. Der erste Teil dieser Monographie („Dialogik als Philosophie des Dialogs“) ist wiederabgedruckt in Gröschner, Dialogik des Rechts, 2013, S. 3 ff., am Anfang einer Sammlung philosophischer, dogmatischer und methodologischer Grundlagenarbeiten 1982 – 2012, die auch dem vorliegenden Beitrag zugrunde liegen. Übernommene Formulierungen stellen keine „blinden“ Übernahmen dar, sondern den sachlich und sprachlich überprüften Stand der derzeitigen Überlegungen.

²⁹ Bekannteste Fassung des „Syllogismus der Rechtsfolgebestimmung“: Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1960, S. 196 f. Grundlegende Kritik: Bung, Der juristische Syllogismus in der Methodenlehre von Larenz, in: Gabriell/Gröschner (Fn. 17), S. 215.

³⁰ J. Schapp, Methodenlehre des Zivilrechts, 1998, S. 40; vertiefend im Sinne einer „narrativen Jurisprudenz“ J. Schapp, Der Fall – Geschichte und Erzählung, in: Positivität, Normativität und Institutionalität des Rechts, Festschrift für Krawietz 2013, S. 433.

³¹ Das lateinische Präfix „dis“ bedeutet wie das griechische „dia“ nicht nur „entzwei“, sondern auch „auseinander“, und zwar sowohl im trennenden wie im verbindenden Sinne einer zwischenmenschlichen Auseinandersetzung, in der sich „eins aus dem andern“ ergibt. Wortgeschichtlich stellt „auseinander“ eine sprachliche Verhärtung des lebendigeren „eins aus dem andern“ dar: Grimm, Wörterbuch (Fn. 10), Erster Bd., 1854, Sp. 850.

³² Waldenfels, Das Zwischenreich des Dialogs, 1971.

³³ Buber, Werke, Bd. 1, 1962, S. 405: „Das Zwischen ist nicht eine Hilfskonstruktion, sondern wirklicher Ort und Träger zwischenmenschlichen Geschehens.“

³⁴ Am ausführlichsten in Gröschner (Fn. 28), S. 33 ff.; in lexikalischer Kürze in Gröschner et al. (Hrsg.), Wörterbuch der Würde, 2013, S. 62. Der Schlüsselsatz lautet jeweils „Ich setze mich mit Jemandem über Etwas auseinander“. Dieser Satz zielt auf ein „Zwischen“, das polyzentrisch strukturiert ist: „Ich und Jemand kreisen nicht um das Zentrum eines feststehenden Etwas, sondern konstituieren es in Wechselreden, die wechselnde Perspektiven und Perspektivenübernahmen voraussetzen“ (S. 63). In eben diesem dialogischen Modus (nicht in der Linearität einer „Methode“) erfolgt auch die Konstituierung eines Rechtsfalles.

¹⁹ Reimer, Juristische Methodenlehre, 2016, Rn. 78, betont mit Recht, „die oft unterschätzte Fall-Hermeneutik“ verlange „weit mehr Aufmerksamkeit, als sie traditionell – und zumal in der Ausbildung – erhält“.

²⁰ Hruschka, Die Konstitution des Rechtsfalles, 1965, S. 5: „erst die Perspektive des Urteilers und der in dieser verborgene Rechtsaspekt machen den Rechtsfall zu dem, was er ist.“

²¹ Henke, Recht und Staat, 1988, § 22, hat den „Streit um Gerechtigkeit“ ins Zentrum seines Buches über „Grundlagen der Jurisprudenz“ (Untertitel) gerückt.

²² J. Schapp, Hauptprobleme der Juristischen Methodenlehre, 1983.

²³ Ibid., S. 18.

²⁴ Ibid., S. 17.

²⁵ Ibid., S. 31 am Beispiel der „grausamen Tötung“ i.S. des § 211 StGB: Sie „ist nur verständlich anhand der Fälle grausamer Tötung von Menschen, die schon passiert sind“. Auf dieser Grundlage spricht der Gesetzgeber auch „über zukünftige Fälle grausamer Tötung“.

²⁶ Ibid., S. 7.

der Ort eines gelingenden Gesprächs – vom candle-light-dinner bis zum Streitgespräch vor Gericht.³⁵

Das auf den jeweiligen materiellen Anspruch gestützte Schema streitiger Auseinandersetzungen in einem Dialog, einer Disputation, einem Gespräch oder – so der Terminus des Prozessrechts – in einer Verhandlung kann ohne prinzipielle Schwierigkeiten auf die kontradiktorischen Verfahren außerhalb der Zivilgerichtsbarkeit übertragen werden: Im Strafverfahren wird über den Strafanspruch des Staates gestritten, der sich in der Anklage der Staatsanwaltschaft artikuliert; im Verfassungs- und Verwaltungsprozess geht es um den Anspruch des Bürgers auf gesetzmäßige Leistungen und Unterlassung rechtswidriger Eingriffe seitens staatlicher Gewalt. Unterschiede im juristischen Detail haben keine Auswirkungen auf das philosophische Prinzip: Entscheidung des Einzelfalls im Streitgespräch der Beteiligten und Begründung der Entscheidung mit dem Ergebnis dieses Gesprächs. Je intensiver die Beteiligten wahrgenommen haben, dass es dem Gericht um „ihre“ Sache gegangen ist, desto mehr haben sie das Phänomen eines dialogischen „Zwischen“ erlebt – ohne das Wort oder gar den Begriff kennen zu müssen.³⁶

3. Die „Geschichten“ der Fallbeteiligten

Kein Rechtsfall ohne erst einmal erlebte und dann erzählte Geschichten der Fallbeteiligten. Wilhelm Schapp hat hierzu eine sachlich und stilistisch selbständige Philosophie auf phänomenologischer Grundlage vorgelegt.³⁷ Entwickelt wird sie in drei Büchern: „In Geschichten verstrickt“³⁸, „Philosophie der Geschichten“³⁹ und „Wissen in Geschichten“.⁴⁰ In dem erstgenannten Buch, einem schmalen, für den philosophischen Anfang gut geeigneten Band, heißt es gleich zu Beginn: „Wir Menschen sind immer in Geschichten verstrickt. Zu jeder Geschichte gehört ein darin Verstrickter. Geschichte und In-Geschichte-verstrickt-Sein gehören so eng zusammen, dass man beides vielleicht nicht einmal in Gedanken trennen kann.“⁴¹ Und später, in dem aus anwaltlicher Erfahrung gespeisten, für Juristen zu empfehlenden Kapitel „Die Geschichte steht für den Mann“: „Sobald ein Klient auf den Fall zu sprechen komme, der ihn vor Jahren zum Anwalt geführt hat, erinnere sich dieser auch ohne anfängliche Erinnerung an die Person daran. „Was wir hier mit Fall bezeichnen, sind in Wirklichkeit Geschichten.“⁴²

Geschichten setzen sich in der Philosophie Wilhelm Schapps nicht aus Bauelementen mit sprachlich vorgefertigter Bedeutung zusammen, sondern aus lebensweltlichen Erzählungen, die jeweils unter einer für sie charakteristischen „Überschrift“ eingeordnet werden können.⁴³ Gerichtet ist diese sprachphilosophisch bestens begründete, mit Ludwig Wittgensteins Philosophie des „Sprachspiels“ verwandte Konzeption⁴⁴ vor allem gegen das verbreitete Vorurteil, unsere Sprache bestehe aus „Sätzen“, deren Sinn sich aus den Regeln der Grammatik erschließe.⁴⁵ Für Wittgenstein und Schapp erlangt ein Wort Bedeutung durch seinen Gebrauch in einem Sprachspiel beziehungsweise durch seine Verwendung in einer Geschichte, in der es den Mit-Spielern respektive Mit-Verstrickten etwas bedeutet.⁴⁶ Ihre philosophische Heimat finden die Dinge unserer Lebenswelt nicht in Sätzen mit präzise definierten Klassifikationsbegriffen, sondern in Sprachspielen/Geschichten mit erfahrungsgemäß unscharfen Inferenzbegriffen.⁴⁷

Wenn die Lebenswelt und mit ihr die Kulturwelt des Rechts nicht in Sätzen versprachlicht wird, sondern in Geschichten, werden die „Überschriften“ Wilhelm Schapps zu Überschriften der „Fallreihen“ Jan Schapps. Um eine Tötungshandlung mit dem oben angesprochenen Mordmerkmal als „grausam“ qualifizieren zu können, muss man von Geschichten ausgehen, in denen Mordopfer Schmerzen zu erleiden hatten, die das Sterben zur Qual machten. In einem rechtsstaatlichen Strafverfahren ist es das gute Recht der Verteidigung, den Totschlag tatsächlich und rechtlich einzuräumen, den Mordvorwurf aber zu bestreiten. Auf andere Weise als mit einer anders erzählten Geschichte der Tat ist dies nicht möglich. Im Schwurgerichtssaal werden nicht Sätze in ihrer syntaktischen Struktur und ihrem semantischen Gehalt analysiert, sondern Geschichten verhandelt, die das mitunter mörderische Leben schrieb. Richter sind daher keine Analytiker, sondern Hermeneutiker und als solche Dolmetscher à la Hermes:⁴⁸ Sie müssen alltagssprachlich erzählte Geschichten in die Sprachspiele der Jurisprudenz übersetzen und als Synchrondolmetscher Alltags- und Rechtssprache gleich gut beherrschen.⁴⁹ Solche Übersetzungsleistungen verdienen das Prädikat „Kunst“.⁵⁰

³⁵ Vor einer Romantisierung des „Zwischen“ ist zu warnen: Auch wenn ein Candle-Light-Dinner einem gelingenden Gespräch zwischen Liebenden zuträglich sein mag, wäre der Kerzenschein-Vergleich für die Streitgespräche gerichtlicher Auseinandersetzungen völlig verfehlt: Das forensische „Zwischen“ entsteht nicht im liebenden Miteinander, sondern – moderiert durch den Richter – im prozessualen Gegeneinander.

³⁶ Das betreffende Phänomen kann selbstverständlich auch philosophisch auf Begriffe gebracht werden, die das „Zwischen“ nicht kennen oder nicht akzeptieren. Das Phänomen als solches ist aber in jeder Philosophie des Dialogs anzuerkennen. Seinen Ursprung hat es in der sokratischen Dialogik und der dortigen Entfaltung des „logos“ im „dialogos“, der Bedeutung eines Wortes und des Sinnes einer Rede im Gespräch. Dazu eingehend Gröschner (Fn. 28), S. 134 ff.

³⁷ Mit der Arbeit „Beiträge zur Phänomenologie der Wahrnehmung“ 1909 bei Edmund Husserl promoviert (2. Aufl. 1925), vollzog Wilhelm Schapp nach dem Zweiten Weltkrieg die Verabschiedung der Phänomenologie als „Wesensphilosophie“: Lübbe, Das Ende des phänomenologischen Platonismus, Tijdschrift voor Philosophie 16, 1954, 639.

³⁸ W. Schapp, In Geschichten verstrickt, 2. Aufl. 1976.

³⁹ W. Schapp, Philosophie der Geschichten, 2. Aufl. 1981.

⁴⁰ W. Schapp, Wissen in Geschichten, 2. Aufl. 1981.

⁴¹ Schapp (Fn. 38), S. 1.

⁴² Ibid., S. 104.

⁴³ Schapp (Fn. 39), S. 283: „Eine Überschrift in diesem Sinne gibt es sowohl für Geschichten wie auch für die Gebilde, die man nicht ohne weiteres in Geschichten einreihen kann, wie etwa [...] ‚Kritik der reinen Vernunft‘.“

⁴⁴ Lübbe, Bewußtsein in Geschichten, 1972, S. 113: „Geschichten“ sage „Schapp genau dort, wo Wittgenstein ‚Sprachspiele‘ sagt. Beides gehört zusammen: Sprachspiele verstehen sich aus Geschichten und die Geschichten in jenen.“

⁴⁵ Schapp (Fn. 39), S. 299: „Der Studierende, und insbesondere der Philosophie Studierende, braucht ungefähr ein Leben, um sich von den Vorurteilen, die ihm in der Grammatiklehre eingehämmert werden, wieder zu befreien.“

⁴⁶ Wittgenstein, Schriften, Bd. 1, 1960, S. 293 und 299 ff. zum „Sprachspiel“.

⁴⁷ Schapp (Fn. 39), S. 284: „Ebenso wie der Mensch die Überschrift für eine Geschichte bildet, bildet das Herz des Menschen oder meinerwegen auch der Fuß des Menschen eine solche Überschrift.“ Zum Verständnis von Klassifikations- und Inferenzbegriffen in der aktuellen Sprachphilosophie oben, bei Fn. 17.

⁴⁸ Die wort- und begriffsgeschichtlichen Beziehungen zwischen dem Götterboten Hermes und dem griechischen „hermeneuein“ (übersetzen, dolmetschen) wären ein Thema für sich.

⁴⁹ Reimer (Fn. 19), Rn. 697, konzipiert „Text- und Fallhermeneutik“ konsequent als „Übersetzungslehre“: „Die Rechtsanwenderin muss mehrsprachig sein, die Sprachen des Rechts, der Realbereiche, ihrer Akteure und der sie erforschenden Wissenschaften beherrschen.“

⁵⁰ Und zwar in der Tradition der „ars boni et aequi“: Celsus, Digesten, 1, 1, 1 pr. Interpretation dieser Formel als hermeneutische Spirale bei Gröschner et al., Rechts- und Staatsphilosophie, 2000, S. 73.

Die Logifizierung dieser Kunst im Modell des Justizsyllogismus scheitert an ihrer dualistischen Modellstruktur: einer Zweiteilung der juristisch zu beurteilenden Welt in rechtliche Regelungen (kurz Gesetze) einerseits und faktische Sachverhalte (kurz Fälle) andererseits. Die beiden Teile dieses Dualismus werden logisch als kontradiktorische, einander kategorial ausschließende Gegensätze und damit philosophisch als Dichotomie behandelt.⁵¹ Zwischen dem Gesetz als abstrakt-genereller Regelung und dem Fall als konkret-individuellem Sachverhalt wird auf diese Weise eine Kluft erzeugt, die in der formalen Logik als unüberbrückbar gilt. Denn die normative Regelung wird dem Sollen zugeordnet, der faktische Fall dagegen dem Sein. Und von einem Sollen kann formallogisch ebensowenig auf ein Sein geschlossen werden wie von einem Sein auf ein Sollen.⁵² Die Dichotomie des Justizsyllogismus stößt demnach an die Grenzen ihrer eigenen Logik.

Der bekannteste Versuch, die Logik des Modells zu retten, ist bezeichnenderweise nicht in formallogischer Terminologie unternommen worden, sondern mit einem Bild: mit dem vielzitierten „Hin- und Herwandern des Blickes zwischen Obersatz und Lebenssachverhalt“.⁵³ Trotz seiner Berühmtheit handelt es sich um ein schiefes Bild, das die juristische Kunst der Urteilsfindung im Medium der Sprache verfehlt. Denn ein „Blick“ setzt je für sich sichtbare Sachverhalte einerseits und isoliert zu betrachtende Rechtssätze andererseits voraus, die man immer nur getrennt voneinander und nacheinander fokussieren – nicht aber blickhaft miteinander vermitteln – kann. Beweisrechtlich betrachtet ist der Blick-Vergleich schon deshalb verfehlt, weil man einen in der Vergangenheit liegenden Sachverhalt auch dann nicht „sehen“ kann, wenn man am Ort des damaligen Geschehens einen Augenschein einnimmt. Solange das Gesehene nicht zur Sprache gebracht und kontrovers „besprochen“ wird, bleibt es im betreffenden Rechtsstreit ohne Relevanz. Im Übrigen kann man selbstverständlich auch den Sinn von Sätzen und die Bedeutung von Begriffen nicht „sehen“.⁵⁴

III. Das streitige Rechtsverhältnis

1. Das Rechtsverhältnis als Basisbegriff der Jurisprudenz

Nicht „Recht“ ist der Basisbegriff der Jurisprudenz, sondern „Rechtsverhältnis“.⁵⁵ Zur Begründung dieser auf den ersten Blick vielleicht überraschenden These⁵⁶ sei mit einem ein-

fachen Beispiel begonnen: mit einem Kaufvertrag. Wenn Käufer und Verkäufer über den Wert der Kaufsache verhandeln und sich nach erfolgreicher Verhandlung auf die wesentlichen Eigenschaften und den Preis der Sache einigen, kann man dies eine dialogische Einigung im „Zwischen“ der Vertragspartner nennen. Rechtsdogmatisch interessanter ist aber die innere Dialogik des Kaufrechtsverhältnisses: Es hat die Struktur einer „synallagmatischen“ Beziehung, das heißt einer Beziehung auf Gegenseitigkeit, wie sie schon dem römischrechtlichen „do ut des“ zugrundelag – der Käufer gibt (das Geld), damit der Verkäufer (die Ware) gibt.⁵⁷

In ihrem rechtsdogmatischen Kern stellt jede synallagmatische Beziehung ein reziprokes Verhältnis von aufeinander bezogenen Rechtspositionen dar: Das Recht des Verkäufers, Zahlung des vereinbarten Kaufpreises zu verlangen, korrespondiert mit der Pflicht des Käufers, diesen Preis zu bezahlen. Zwischen Zahlungsanspruch und Zahlungspflicht besteht ein Verhältnis der Reziprozität, weil ein „Anspruch“ das Recht ist, „von einem anderen ein Tun oder ein Unterlassen zu verlangen“.⁵⁸ § 241 BGB bringt dies für das gesamte Schuldrecht mit den Worten zum Ausdruck: „Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen.“ Ein solches, auch substantivisch als Kraft wirkendes Potential, Ansprüche und Verpflichtungen entstehen zu lassen, haben nicht nur Schuldverhältnisse, sondern alle Rechtsverhältnisse, auch diejenigen des Öffentlichen Rechts sowie des Europa- und Völkerrechts.⁵⁹

Auf dieselbe Weise grundlegend wie das Rechtsverhältnis als dogmatische Figur ist auch seine dialogische Struktur.⁶⁰ Denn in der Gestalt eines subjektiven Rechts kann „Recht“ gar nicht anders gedacht werden als inter-subjektiv: als Recht, das in einem rechtlich geregelten Verhältnis auf einen individuellen „anderen“ (§ 194 BGB) bezogen ist, etwa aus der Gläubigerperspektive auf einen „Schuldner“ (§ 241 BGB) oder aus der Eigentümerperspektive auf einen „Besitzer“ (§ 985 BGB).⁶¹ Der *terminus technicus* für diesen inter-subjektiven oder dialogischen Charakter subjektiver Rechte ist „relatives Recht“. Gegen den allgemeinen Wortsinn von „Relativierung“ liegt darin keine Schwächung des Rechts, sondern seine spezifische Stärke: Der korrelativ verpflichtete Anspruchsgegner ist individuell benannt und seine Pflicht gegenüber dem Anspruchsteller konkret bestimmt.⁶² Im Streitfall weiß der Berechtigte genau, an wen er sich zu wenden und wen er erforderlichenfalls worauf zu verklagen

51 Mittelstraß (Hrsg.), Enzyklopädie Philosophie und Wissenschaftstheorie, Bd. 1, 2004, S. 472 f. und 503 f.

52 Klassiker dieser Dichotomie: Hume, Eine Untersuchung über den menschlichen Verstand, Kommentar Wiesing 2007, S. 45 („Matters of Fact“ versus „Relations of Ideas“) und Kant, Kritik der reinen Vernunft, B 575 f. („Naturnotwendigkeit“ und „Vernunftnotwendigkeit“).

53 Engisch, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 3. Aufl. 1963, S. 15.

54 Auf die Darstellung weiterer Vermittlungsversuche zwischen Gesetz und Fall wird hier verzichtet. Eingehende Erörterung dieser Versuche bei Gröschner, Subsumtion – Technik oder Theorie?, 2014, S. 43 (Vermittlung zwischen bestimmender und reflektierender Urteilskraft bei Kant), S. 51 (Dialektik von Einzelem, Besonderem und Allgemeinem bei Hegel), S. 63 (hermeneutische, linguistische und pragmatische Methodenmodelle bei Kaufmann, Fikentscher, Müller und Peirce).

55 Dazu in monographischer Form Gröschner, Das Überwachungsrechtsverhältnis, 1992; in Aufsatzform Gröschner, Dialogik der Rechtsverhältnisse, in: Brugger et al. (Hrsg.), Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert, 2008, S. 90.

56 Kenner der Schriften Georg Jellineks kann diese These kaum überraschen. Dazu nur drei Zitate: Jellinek, Gesetz und Verordnung, Neudruck 1964, S. 195: „Alles Recht ist Beziehung von Persönlichkeiten“; Jellinek,

System der subjektiven öffentlichen Rechte, Neudruck 1979, S. 10: „Alles Recht ist Beziehung von Rechtssubjekten“; Jellinek, Allgemeine Staatslehre, Neudruck 1966, S. 419: „Die Anerkennung des einzelnen als Person ist die Grundlage aller Rechtsverhältnisse.“

57 In § 320 Abs. 1 BGB ist jenes „do ut des“ noch präsent.

58 So die Legaldefinition des „Anspruchs“ in § 194 BGB.

59 Fundierung des Verfassungs- und Verwaltungsrechts in einer Dogmatik der Rechtsverhältnisse bei Sobota, Das Prinzip Rechtsstaat, 1997.

60 Lepsius, Relationen: Plädoyer für eine bessere Rechtswissenschaft, 2016 (FJPS), S. 22, vertritt die These, „dass sich Rechtsnormen sinnvoll nur relational erforschen lassen, nicht jedoch substantiell“ und unterscheidet feste, flüssige und gasförmige „Aggregatzustände der Norm“ (S. 30 ff.). Erst am Ende eines Rechtsstreits ist eine Norm durch ihre „individuell-konkrete Anwendung“ verfestigt (S. 31).

61 Henke, Das subjektive öffentliche Recht, 1968, S. 4: „Das subjektive Recht ist [...] immer eine Position gegenüber einer oder mehreren anderen Personen. Es ist keine individuell-subjektive, sondern eine intersubjektive Erscheinung.“

62 Anders verhält es sich mit den „absoluten“ Rechten, deren „Absolutheit“ darin besteht, von individuellen Adressaten losgelöst zu sein. Im Falle seiner Störung wird aber auch ein absolutes Recht zum Abwehrrecht gegen den individuellen Störer relativiert.

hat. Das Verfahrensrecht ist Abbild dieser materiellrechtlichen Struktur potentieller Streitverhältnisse, nicht deren Ursprung.⁶³

Was die Rechtsverhältnisse des Öffentlichen Rechts betrifft, mag hier ein kurzer Hinweis auf das Verfassungsprinzip der Republik genügen: Da die internationale „Renaissance des Republikanismus“⁶⁴ ihre Spuren auch in der deutschen Staatsrechtslehre hinterlassen hat, bedeutet „Republik“ heute mehr als ein Verbot der Monarchie, nämlich die Absage an jede höhere Legitimation des Staates.⁶⁵ Dies erfordert die Umwandlung der obrigkeitstaatlichen Struktur eines subordinationsrechtlichen Herrschaftsverhältnisses in die egalitäre, höhere Rechte ausschließende Figur eines Rechtsverhältnisses. Republikanisch strukturiert ist „ein Staat, in dem die Bürger nicht aufgrund höherer Einsicht [...] von Personen regiert werden, die ihnen im Besitz solchen höheren Auftrags selbständig gegenüberstehen, sondern von ihresgleichen“.⁶⁶ Das Rechtsverhältnis kann und sollte daher als republikanisches Rechtsinstitut in Stellung gebracht werden, um „Herrschaft“ im ursprünglichen Sinne aristotelischer „despotike arche“ auszuschließen. Seine basale Bedeutung als dogmatische Figur folgt dann „als unmittelbare Konsequenz aus dem antidespotischen Charakter des Republikprinzips“.⁶⁷

2. Der Streit um Gerechtigkeit

Als Antwort auf die Gretchenfrage der Rechtsphilosophie („Wie hast du’ s mit der Gerechtigkeit?“) bleibt bis heute gültig, was Aristoteles seinem Lehrer Platon entgegengehalten hat: Die Grundstruktur der Gerechtigkeit wird nicht durch vollkommenes Gutsein des einzelnen Menschen je für sich geprägt, sondern durch gerechtes Handeln gegenüber anderen⁶⁸ – in der bekannten lateinischen Fassung: „iustitia est ad alterum“. In dieser Konzeption hat Gerechtigkeit die gleiche relationale Struktur wie das staatlich gesetzte und garantierte Recht in seinen soeben erläuterten Rechtsverhältnissen. Erste Hinweise auf diese strukturelle Gemeinsamkeit ergeben sich aus der Etymologie, die in der Tradition des alten Europa eine bemerkenswerte Übereinstimmung aufweist: In ihrer Abstammung aus derselben Wortwurzel sind „Recht“ und „Gerechtigkeit“ nicht nur im Deutschen auf das engste verwandt, sondern auch „dike“ und „dikaiosyne“ im Griechischen sowie „ius“ und „iustitia“ im Lateinischen.

Letzteres wird an keiner geringeren Stelle zum Thema als am Anfang der Digesten. Im Ersten Buch heißt es zu Beginn

des Ersten Titels: Wer das Recht studieren wolle, müsse wissen, woher das Wort „ius“ stamme. Die in schöner Schlichtheit formulierte Antwort, es sei nach „iustitia“ benannt, wird mit feiner Ironie dahingehend präzisiert, Juristen seien Priester der Gerechtigkeit (säkulare „sacerdotes“, nicht etwa sakrale „pontifices“). Und daraus wird mit selbstbewusster Emphase gefolgert, als weltliche Gerechtigkeitspriester erstrebten sie wahre Philosophie: „veram philosophiam“. So unstrittig die Philosophie Europas den alten Griechen und die europäische Jurisprudenz den alten Römern zu verdanken ist, so überzeugend werden die beiden großen alteuropäischen Traditionen in der zitierten Passage miteinander verbunden.

Welche Philosophie die wahre Juristenphilosophie ist, erschließt sich aus Ciceros „Gesprächen in Tusculum“.⁶⁹ In deren Fünften Buch heißt es von Sokrates, er habe als erster die Philosophie vom Himmel heruntergerufen („devocavit e caelo“) und in seiner eigenen „ratio disputandi“, das heißt im sokratischen Modus dialogischen Philosophierens auf das Leben bezogen.⁷⁰ Mit dem nicht-platonischen Sokrates der frühen Dialoge Platons ist die Philosophie der Jurisprudenz nicht im Himmel der Ideen zu verorten, sondern in den Lebensverhältnissen der Menschen.⁷¹ Die Alltagserfahrung akuter oder latenter Konflikte in diesen menschlichen, im Streitfalle allzumenschlichen Lebensverhältnissen genügt, um die Rolle des Rechts in einer praktischen Philosophie der Jurisprudenz bestimmen zu können: Regelung von streitträchtigen Lebensverhältnissen in streitvermeidenden oder streitentscheidenden Rechtsverhältnissen. Streitvermeidung ist seine vorsorgende, Streitentscheidung seine nachsorgende Aufgabe.⁷²

Der für den Rechtsbegriff konstitutive Streitbezug stiftet auch den Verweisungszusammenhang zwischen Recht und Gerechtigkeit. Obwohl die Etymologie philosophisch nichts beweist, erlaubt sie doch den Hinweis auf ein aus der Wortherkunft erkennbares lebensweltliches Phänomen: Das aus „recht“ hervorgegangene Wort „gerecht“ meint die Leistung, eine „krumme“, aus dem Lot geratene Angelegenheit wieder gerade gerichtet zu haben.⁷³ Diese Vorstellung vom Recht als einer gerechten Ordnung der Lebensverhältnisse und ihrer Verwirklichung durch gerechte Entscheidungen in streitigen Einzelfällen äußert sich auch in der heutigen Alltagssprache: Wenn jemand sein „gutes“ Recht verlangt, ist dies außer einer immer möglichen individuellen Rechthaberei stets auch Ausdruck eines Gerechtigkeitsbedürfnisses der Gattung Mensch. Die Tiefendimension des betreffenden Bedürfnisses erlaubt es, in lebensphilosophisch angemessenem Pathos von einer menschlichen Sehnsucht nach Gerechtigkeit zu sprechen.

Ulpian’s berühmte Gerechtigkeitsformel kann als professionelle Juristenantwort auf diese Sehnsucht interpretiert werden: „Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum

⁶³ Generell gilt: Das Verfahrensrecht dient der Durchsetzung des materiellen Rechts.

⁶⁴ Thiel/Volk (Hrsg.), Die Aktualität des Republikanismus, 2016, S. 9, besprochen von Gröschner RphZ 2017, 211.

⁶⁵ Henke, Die Republik, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts (HStR), Bd 1, 1987, Rn. 16.

⁶⁶ Ibid., Rn. 16.

⁶⁷ Gröschner, Die Republik, in: HStR, Bd. 2, 3. Aufl. 2004, Rn. 55. Weiterführende Diskussion des betreffenden Zusammenhangs in von Schlieffen (Hrsg.), Republik – Rechtsverhältnis – Rechtskultur, 2018: Aktuelle Bestandsaufnahme zur Bedeutung der dogmatischen Figur des Rechtsverhältnisses in den Beiträgen von Nowrot (S. 163), Schoch (S. 225) und Bauer (S. 263); kraftvolles Plädoyer für den rechtstheoretischen Rückgriff auf Hans Kelsen bei Jestaedt, Recht als Relation (S. 211).

⁶⁸ Aristoteles, Nikomachische Ethik V 3, 1129b – 1130a: dikaiosyne „pro heteron“. Näher ausgeführt wird dieser aristotelische Ansatz bei Gröschner, Gerechtigkeit, in: Hilgendorf/Joerden (Hrsg.), Handbuch Rechtsphilosophie, 2017, S. 418. Ähnliche Überlegungen bei Lege, in: von Schlieffen (Fn. 67), S. 351.

⁶⁹ Cicero, Gespräche in Tusculum. Lateinisch-deutsch, ed. Gigon, 3. Aufl. 1976, Zitat S. 324 f.

⁷⁰ Ausführliche Sokrates-Interpretation mit zahlreichen Nachweisen bei Gröschner (Fn. 28), S. 134 ff. Übereinstimmend dialogische Deutung aus jüngerer Zeit: Figal, Sokrates, 3. Aufl. 2006.

⁷¹ Gröschner (Fn. 28), S. 117 ff., 280 ff., 336 ff.

⁷² Selbstverständlich stellt dies keine operationale Definition der verschiedenen Funktionen des positiven Rechts dar, sondern konzentriert sich auf die Grundfunktion einer Gewährleistung gesamtgesellschaftlichen Friedens. Zutreffend wird der „Rechtsfrieden“ bei Rütbers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 7. Aufl. 2013, S. 51, „als ein dynamischer Prozeß zulässiger und kanalisierter Konfliktsteuerung“ verstanden.

⁷³ Grimm, Wörterbuch (Fn. 10), Achter Bd., 1893, Sp. 388.

cuique tribuendi“.⁷⁴ Gerechtigkeit als (sachlich) gleichbleibender und (zeitlich) ausdauernder Wille, jedem das ihm gebührende Recht zukommen zu lassen, darf 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 Hendiadyoin als besondere Betonung ernst nimmt, bedeutet „voluntas“ nichts anderes als „ethos“: ein unbedingtes und unbeugsames Bestreben, das seine sachliche Konstanz und zeitliche Permanenz durch eine Charakterbildung erhält, in der äußere Gewöhnung zu innerer Gewohnheit wird.⁷⁵

IV. Die Streitentscheidung

1. Urteile, nicht Schlüsse

Im Standardlehrbuch „Logik für Juristen“⁷⁶ (begründet von Egon Schneider und seit der 6. Auflage fortgeführt von Friedrich E. Schnapp) – einem Werk, das der Praxis die gleiche Aufmerksamkeit schenkt wie der Theorie – heißt es in erfreulicher Klarheit, das Schema des „Justizsyllogismus“ sei „so stark vereinfacht, dass es den wirklichen Denkvorgang bereits verfälscht“.⁷⁷ Das von einem hauptamtlichen Zivilrichter begründete und von einem Sozialrichter im 2. Hauptamt (neben dem Amt des Universitätsprofessors) fortgeführte Lehrbuch darf für sich in Anspruch nehmen, den „wirklichen Denkvorgang“ in seinem forensischen Rahmen und mit den materiell- und verfahrensrechtlichen Bedingungen ernst genommen zu haben, der am Ende oft langwieriger und meist schwieriger Verhandlungen zu einer gerichtlichen Entscheidung führt. Solche Entscheidungen werden hier unabhängig von der prozessualen Form, in der sie ergehen, „Urteile“ genannt, weil ihr Kern ein juristischer Urteilsakt ist (der sich von einem Akt syllogistischen Schließens kategorial unterscheidet).⁷⁸

Juristische Urteile in diesem wissenschaftstheoretischen Sinne beruhen auf Verfahren, die mit dem Antrag eines Antragstellers beginnen und mit der Verkündung einer Entscheidung enden, an deren Begründung auch der Antragsgegner ein gesetzlich geschütztes Interesse hat. Der angesprochene „wirkliche Denkvorgang“ juristischer Urteilsbildung spielt sich demnach nicht (nur) vor dem *forum internum* richterlicher Gewissensprüfung ab, sondern im Rahmen regelmäßig öffentlicher und – wie dargelegt – streitiger Verhandlungen über die Sach- und Rechtslage. Ob es sich um einen Streit der „Parteien“ im Zivilprozess oder der „Beteiligten“ nach öffentlich-rechtlichen Verfahrensordnungen handelt, ändert

nichts am Prinzip, das nach Titel und Thema des vorliegenden Beitrags aller Praxis des Rechts zugrundeliegt: Der Streit darum, materiell Recht zu „haben“ und prozessual Recht zu „bekommen“, ist bildlich der Vater aller Fälle und begrifflich der Anfangsgrund der Jurisprudenz.

Auf dieser rechtsphilosophischen Grundlage wäre es schon im Ansatz verfehlt, die juristische Urteilsbildung monologisch zu strukturieren, das heißt in den Köpfen von Richtern zu verorten, die in den entscheidenden Fragen eines Rechtsstreits nicht mit den Streitbeteiligten kommunizieren. Die Praxis richterlicher Urteilsbildung (als Oberbegriff für Urteilsfindung und Urteilsbegründung) ist unhintergebar dialogisch. Wie dargelegt, hat diese Dialogik ihre rechtsphilosophische Wurzel im materiellen Recht – dem die dialogischen Verfahren des formellen Rechts nur dienen –, nämlich in der Figur des Rechtsverhältnisses als Grundfigur aller philosophischen, dogmatischen und methodologischen Reflexionen der Jurisprudenz als Wissenschaftsdisziplin.

Bei Aristoteles als anerkanntem Erfinder des „syllogismus“ findet sich eine basale Differenzierung, die der Unterscheidung zwischen Monologik und Dialogik exakt entspricht: diejenige zwischen apodiktischen Schlüssen und dialektischen Argumentationen.⁷⁹ Streng syllogistisch konnte im aristotelischen Original nur aus Prämissen geschlossen werden, die sicheres Wissen in der Form unumstrittener, durch eine Demonstration („apodeixis“) beweisbarer Sätze enthielten. Handelte es sich dagegen um Prämissen mit lediglich anerkannten Meinungen („endoxa“), war nach Aristoteles nicht die Logik zuständig, sondern die Rhetorik. Die zugehörige Figur nannte er im gezielten Gegensatz zum syllogismus „enthymema“.⁸⁰ Dieser Gegensatz zwischen Syllogismus und Enthymem (so die in der deutschen Wissenschaftssprache gebräuchlichen Lehnwörter) wird abschließend noch näher zu erläutern sein. Festgehalten sei zunächst, dass der Vater des Syllogismus das Reden vor Gericht *nicht* logisch-syllogistisch strukturiert hat, sondern rhetorisch-enthymematisch und damit dialogisch und *nicht* monologisch.

2. Nicht Logik, sondern Rhetorik

Spätestens seit der Hagener Tagung über „Das Enthymem“ und ihrer Publikation in einem Sonderheft der „Rechtstheorie“⁸¹ sollte auch die Juristische Methodenlehre auf die Verwendung veralteter Wörterbücher zu diesem Basisbegriff der aristotelischen Rhetorik verzichten.⁸² Wie Christof Rapp in seiner 2002 erschienenen Übersetzung und Kommentierung des Werkes mit philologischer Akribie und philosophischer Präzision im Einzelnen dargelegt hat, beruht die lexikalisch allgegenwärtige Tradition des Enthymems als unvollständiger Syllogismus („syllogismus truncatus“) auf einer Fälschung.⁸³ Darüber hinaus verfehlt diese Qualifizierung die Eigenständigkeit des Enthymems als wichtigste Argumentationsform der Gerichtsrede. Das aristotelische Original lau-

⁷⁴ Digesten, 1, 1, 10 pr. In den Institutionen, 1, 1 pr. endet die Formel mit „tribuens“. Die Eigenschaft eines „zuteilenden Willens“ erscheint sprachlich aber wenig glücklich und verzichtet zudem auf die grammatische Wirkung des Gerundivums „tribuendi“ als Gebot, den Willen zur gerechten Entscheidung auf das im Einzelfall „zuzuteilende Recht“ zu beziehen.

⁷⁵ Die klassische Quelle hierfür ist *Aristoteles*, Nikomachische Ethik II 1, 1103a 17: Wie die Herleitung von „Gewöhnung“ schon zeige, habe der Mensch seine ethischen Tugenden nicht von Natur, sondern müsse die vorhandenen Anlagen erst entwickeln, und zwar durch Übung und tätige Bemühung, nicht anders als der Künstler und der Handwerker seine Kunst und sein Handwerk zu erlernen habe. Das entspricht dem in der Einleitung begründeten Primat der Praxis einer „Jurisprudenz“, in der Juristen die kunsthandwerkliche Tradition von Mundwerkern pflegen (sollten).

⁷⁶ *Schneider/Schnapp*, Logik für Juristen, 6. Aufl. 2006.

⁷⁷ *Ibid.*, S. 4.

⁷⁸ Eingehende Erörterung dieses Kategorienunterschieds bei *Gröschner*, Richter schließen nicht; sie urteilen, in: *Frick et. al.*, Politik und Recht, 2017, S. 109.

⁷⁹ Dazu das Stichwort „apodeixis (Beweis, Demonstration)“ bei *Horn/Rapp* (Hrsg.), Wörterbuch der antiken Philosophie, 2. Aufl. 2008, S. 51 f.

⁸⁰ *Ibid.*, S. 137 f. sub verbo „enthymema (rhetorisches Argument, wörtl. Einfall, Gedanke)“.

⁸¹ *von Schlieffen* (Hrsg.), Das Enthymem, Sonderheft Rechtstheorie 42 (2011) 377.

⁸² Komprimierte Begründung bei *Rapp*, Aristotelische Grundbegriffe in der Theorie der juristischen Argumentation, in: *von Schlieffen* (Fn. 81), S. 383.

⁸³ *Rapp*, Aristoteles: Rhetorik, Erster Halbbd. 2002, S. 360; Zweiter Halbbd. 2002, S. 187: „Die Syllogismus-truncatus-Lehre – ein Nachruf“.

tet in Rapps Übersetzung: „Die Beispiele aber sind am besten geeignet für die Beratungsreden; denn wir urteilen über künftige Dinge, indem wir dies aufgrund vergangener Dinge vorhersagen. Die Enthymeme aber sind am besten geeignet für die Gerichtsreden.“⁸⁴

In systematischer Rekonstruktion der aristotelischen Philosophie ist das Enthymem keine logische Deduktion wie der Syllogismus, sondern eine „rhetorische Deduktion“.⁸⁵ Da das syllogistisch-deduktive Argumentationsmodell der Logik in der Rhetorik – zumal vor Gericht – nicht ausreichte, wurden zusätzlich solche Deduktionen zugelassen, „die zwar keine notwendigen Schlüsse enthalten, aber durchaus richtige oder gültige Argumente darstellen“.⁸⁶ Anders als bei logischen Deduktionen in der ersten Figur des Aristoteles, der seit dem Mittelalter so genannten Figur des „modus barbara“⁸⁷, werden bei rhetorischen Deduktionen keine wahrheitserhaltenden Schlüsse aus wahren Prämissen gezogen, sondern Urteile mit guten Gründen auf anerkannte Meinungen („endoxa“) gestützt. Darunter versteht Aristoteles Meinungen, „die entweder von allen oder den meisten oder den Weisen und von diesen entweder von allen oder den meisten oder den bekanntesten und anerkanntesten für richtig gehalten werden“.⁸⁸ Die methodologisch entscheidende Differenz zwischen syllogistischen Schlüssen und enthymematischen Urteilen besteht demnach *nicht* in der – gleichermaßen deduktiven – Folgerungsweise, sondern in den Prämissen.

Aristoteles behandelt das Enthymem als deduktives Argument im rhetorischen Gebrauch⁸⁹ und bezeichnet es in klarer und direkter Weise – „um es geradeheraus zu sagen“ – als „das wichtigste der Überzeugungsmittel“ insbesondere beim „Reden vor Gericht“.⁹⁰ Solche Klarheit in der Zuordnung der Jurisprudenz zur Rhetorik wünschte man sich heute auch außerhalb der Rhetorischen Rechtstheorie. Verteidiger des Justizsyllogismus müssen sich jedenfalls fragen lassen, warum sie mit dem modus barbara als erster Figur der aristotelischen Syllogistik ein logisches Schema befürworten, das dessen Erfinder für die Gerichtsrede verworfen und ausdrücklich durch die rhetorische Figur des Enthymems ersetzt hat. Die herkömmliche Juristische Methodenlehre geriert sich insoweit sehr zu ihrem Nachteil „logischer“ als der Altmeister der Logik selbst.

Gegenüber der von keinem Geringeren als Winfried Hassemer „naiv“ genannten „Subsumtionsideologie“ des Justizsyllogismus⁹¹ ist mit Aristoteles darauf zu bestehen, dass der Streit um Recht oder Unrecht nicht mit Konklusionen aus wahren Prämissen geführt wird, sondern mit Argumenten, die sich auf anerkannte Meinungen (*endoxa*) stützen. Deren wahrhaft klassische Bestimmung in der aristotelischen Topik

kann ohne weiteres in die Gegenwart einer dezidiert rhetorischen Subsumtionstheorie verlängert werden: Allgemeine Auffassung, herrschende Lehre, ständige Rechtsprechung, ein höchstrichterliches Urteil, die begriffsprägende Monographie oder namhafte Kollegen der Zunft sind nun einmal die Autoritäten, auf die man sich zur Begründung eines juristischen Urteils beruft. Insbesondere gilt dies dann, wenn es um die Interpretation eines Gesetzesbegriffs geht, der von der Gegenseite eines Rechtsstreits unter Berufung auf eine „andere Ansicht“ unterschiedlich ausgelegt wird. Sich gegen diese Auslegung eine Argumentationsstrategie „einfallen“ zu lassen, die rechtlich überzeugt, ist die juristensprachliche Umschreibung der aristotelischen Philosophie des Enthymems.⁹²

3. Erst Abwägung, dann Subsumtion

Im Rahmen streitiger Verhandlungen sind die vorgetragenen Argumente nicht zu zählen, sondern zu wägen: „argumenta non sunt numeranda, sed ponderanda“ – das wussten schon die alten Römer.⁹³ Während das „Wägen“ im Gegenwartsdeutsch durch das „Wiegen“ verdrängt wird, kennt die deutsche Rechtssprache bisher ausschließlich das „Abwägen“, nicht jedoch das „Abwiegen“. Kaufmanns- oder Haushaltswaagen, die das Gewicht eines Lebensmittels nach seiner Masse bestimmen, helfen beim Abwiegen, wären für einen Vergleich mit dem Verfahren juristischen Abwägens aber völlig ungeeignet. Die Allegorie der Justitia führt deshalb seit der Rezeption des römischen Rechts in Europa das treffende Bild einer Waage mit zwei Waagschalen vor Augen.⁹⁴ Methodologisch prägnant wird das Bild aber erst, wenn man die Pendelbewegung richtig deutet, die durch ein Argument in der Waagschale des Gegners ausgelöst wird.⁹⁵ Denn juristisch wird dabei nicht das Eigengewicht des für sich gewogenen gegnerischen Arguments festgestellt, sondern seine Gewichtigkeit in der Streitgegenständlichen Auseinandersetzung.⁹⁶

Erst durch das Pendelspiel der Waage – die deshalb in Justitias Hand keine Federwaage sein darf – erhält das Sprachspiel der Streitbeteiligten seinen juristischen Ernst und Heraklits Kampf um das Recht sowohl seinen überzeitlichen rechtsphilosophischen Sinn als auch seine aktuelle argumentationstheoretische Bedeutung. In der 2016 erschienenen Juristischen Methodenlehre Franz Reimers wird „Abwägungen als Querschnittsherausforderung in der Rechtsanwendung“ aus gutem Grund ein eigenes Kapitel gewidmet.

⁸⁴ Rapp (Fn. 83), Erster Halbbd., S. 50.

⁸⁵ Rapp (Fn. 83), Zweiter Halbbd., S. 157; Erster Halbbd., S. 454 (Glossar).

⁸⁶ Rapp (Fn. 83), Erster Halbbd., S. 361.

⁸⁷ Aristoteles, *Analytica Priora* I 4, 25b 32. „Barbara“ bezeichnet mit den drei „a“ als Abkürzung für „affirmo“ allgemein bejahende Aussagen in der Reihenfolge der Sätze, aus denen der Drei-Satz-Schluss eines Syllogismus besteht (Ober-, Unter- und Schlussatz). Näher dazu Gröschner, *Jurisprudenz und Enthymem – eine leidenschaftliche Liaison*, in: von Schlieffen (Fn. 81), S. 515 (519f.).

⁸⁸ Aristoteles, *Topik* I 1, 100b 21 – 23, Übersetzung bei Rapp (Fn. 83), Erster Halbbd., S. 257.

⁸⁹ Rapp, *Aristoteles zur Einführung*, 2007, S. 119.

⁹⁰ Aristoteles, *Rhetorik* I 1, 1355b 6 – 21 in der Übersetzung von Rapp (Fn. 83), Erster Halbbd., S. 21.

⁹¹ Hassemer, *Rechtsbindung und Kodifikation: Die Bindung des Richters an das Gesetz*, in: Kaufmann et al. (Fn. 2), S. 252.

⁹² Wie oben (Fn. 80) bereits belegt, heißt „enthymema“ wörtlich so viel wie „Einfall“. Schapp, *Das Enthymem in der juristischen Methodenlehre*, in: von Schlieffen (Fn. 81), S. 539 (542), bezieht dies auf die unterschiedlichen Narrationen der Fallbeteiligten und nennt das Enthymem sehr stimmig das „in Geschichten Bedenkenswerte“.

⁹³ Liebs, *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter*, 6. Aufl. 1997; S. 36.

⁹⁴ Kissel, *Die Justitia: Reflexionen über ein Symbol und seine Darstellung in der bildenden Kunst*, 2. Aufl. 1997, zur Waage und ihrer plastischen Wirkung als Balkenwaage mit gleicharmigen Balken S. 92ff.

⁹⁵ *Ibid.*, S. 100: Justitias Waage als „Symbol des Abwägens aller Umstände anhand des vorgegebenen Rechts und seiner Prinzipien unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalles“.

⁹⁶ Neumann, *Theorie der juristischen Argumentation*, in: Kaufmann et al. (Fn. 2), S. 333 (344), betont mit besten Gründen, die Darstellung der Subsumtion „in Form eines logischen Schlusses“ werde „der Komplexität der juristischen Argumentation nicht annähernd gerecht“; es handle sich um „ein von heterogenen Argumenten und Gegenargumenten durchwirktes Argumentationsgefüge, in dem Abwägungen eine erhebliche und logischen Deduktionen eine marginale Rolle zukommt“.

Die beiden ersten Sätze daraus lauten: „Abwägung ist operationalisierte Gerechtigkeit, Gerechtigkeit in Aktion. Sie ist eine juristische Kerntätigkeit, und zwar in allen juristischen Berufen, keineswegs nur für Richterinnen und Richter.“⁹⁷ Das ist zutreffend, wenn man den Abwägungsbegriff mit Reimer für den „Ausgleich zwischen gegenläufigen Belangen“ reserviert.⁹⁸ Dann denkt man Abwägung dialektisch im Geiste Heraklits und Hegels⁹⁹, dialogisch in der sokratischen Tradition Ciceros¹⁰⁰ und Bubers¹⁰¹ oder rhetorisch im Rahmen der Renaissance des aristotelischen Enthymems.¹⁰²

Mit dem substantivierten „Zwischen“ Bubers hat man dann auch eine Leitidee für den Charakter derjenigen Institutionen, in denen die Abwägung zwischen gegenläufigen Belangen „operationalisiert“ wird. Dabei darf hinter dem „Charakter“ einer Institution kein unbedachter Anthropomorphismus vermutet werden. Denn selbstverständlich sind Institutionen als solche nicht handlungsfähig. Das Ethos der für sie und in ihnen handelnden Personen bestimmt aber das institutionelle Miteinander im „Zwischen“ der Beteiligten: eine situative, mehr oder weniger intensive Wechselbeziehung zwischen mindestens zwei Beteiligten, von denen wenigstens einer beansprucht, gerecht behandelt zu werden. Mit diesem Anspruch gehört zu werden, ist Grundbedingung der „Gerechtigkeit in Aktion“. Dies betrifft nicht nur das forensische Zwischen in den Prozessrechtsverhältnissen der rechtsprechenden, sondern auch das exekutivische Zwischen in den Verfahrensrechtsverhältnissen der vollziehenden Gewalt.

Vor Gericht gilt seit Urzeiten das Recht auf Gehör, und zwar auch und gerade für die Gegenseite.¹⁰³ Als „elementares Gerechtigkeitsgebot“¹⁰⁴ verlangt es vor allem ein Ohr für die Geschichten, die das zu beurteilende Geschehen zum Rechtsfall machen. Ein guter Richter hört aus den Geschichten heraus, worum es den Beteiligten geht. Er versteht den Streitgegenstand nicht nur als Begriff des Verfahrensrechts, sondern auch in seiner lebensweltlichen Bedeutung für die Beteiligten und erlebt deren Streit als argumentativen Kampf um eine Entscheidung, die den geschilderten Geschichten gerecht wird.¹⁰⁵ Im Rahmen der „Entscheidungsgründe“ sei-

nes Urteils stellen die betreffenden „Gründe“ die „Argumente“ dar, die ausschlaggebend für die gefundene Entscheidung waren.¹⁰⁶ Das Gebot, die Argumente bei der Entscheidungsfindung „gegeneinander und untereinander gerecht abzuwägen“¹⁰⁷, sollte als klassischer Imperativ forensischer Praxis für das Berufsethos der Richterschaft selbstverständlich sein.¹⁰⁸

Methodologisch ist dieser Imperativ die Bedingung der Möglichkeit, dogmatisch richtig und lebensweltlich gerecht subsumieren zu können.¹⁰⁹ Für Reimer enthält er „eine Vertrauenserklärung an den Rechtsanwender, der in einem (gegenüber der einfachen Subsumtion) gestreckten, aber freieren Verfahren entscheiden soll.“¹¹⁰ Angesichts der Bindung aller staatlichen Gewalt an Gesetz und Recht kann mit dem „freieren Verfahren“ nichts anderes gemeint sein als die in der Einleitung begründete Zurückweisung eines „szientistischen“ Verständnisses der Rechtsanwendung.¹¹¹ In Art. 92 GG heißt es: „Die rechtsprechende Gewalt ist den Richtern anvertraut“. Mit diesem guten und schönen Satz artikuliert das Grundgesetz ein nicht-szientistisches Vertrauen in eine amtliche Institution und die Klugheit ihrer Amtswalter.¹¹² Wenn der Streit der Vater aller Fälle ist, lebt jenes Vertrauen von einer dialogischen Streitkultur und der institutionalisierten Pflege eines staatsbürgerlichen Miteinander im prozesualen Gegeneinander.¹¹³ Es ist gerechtfertigt, solange die Kultur des Streits den Krieg der Staatsbürger verhindert.¹¹⁴

¹⁰⁶ Das lateinische „argumentum“ sollte nicht szientistisch mit „Beweisgrund“ übersetzt, sondern prudentiell mit „vernünftiger Grund“ paraphrasiert werden.

¹⁰⁷ So der Wortlaut des § 1 Abs. 7 BauGB – der auch außerhalb des bauplanungsrechtlichen Abwägungsgebotes Beachtung verdient. Die Ähnlichkeit mit dem oben (bei Fn. 93) zitierten methodologischen Imperativ „argumenta non sunt numeranda, sed ponderanda“ ist unverkennbar.

¹⁰⁸ Reimer (Fn. 19), Rn. 242: „methodengerechte Rechtsanwendung“ sei „nicht nur eine Technik“, sondern fordere „die Person in allen ihren Dimensionen (gerade auch mit und in ihrer Subjektivität und Emotionalität)“ – und ist eben deshalb eine Frage des Ethos oder Charakters der Person.

¹⁰⁹ Ein nicht-dualistischer Verweisungszusammenhang zwischen dogmatischer Richtigkeit und lebensweltlicher Gerechtigkeit ist der rechtsphilosophische Leitgedanke bei Gröschner (Fn. 54). Kritische Distanz zum dualistischen Modell der Subsumtion „konkreter Fälle“ unter „abstrakte Gesetze“ dokumentiert auch der Sammelband *Gabriel/Gröschner* (Fn. 17).

¹¹⁰ Reimer (Fn. 19), Rn. 224.

¹¹¹ *Ibid.*, Rn. 304: Wenn die juristische Methodenlehre „praxistauglich“ bleiben wolle, müssen „alle Beteiligten im Prozess der Rechtsverwirklichung auf Erkenntnisunsicherheit (in einem szientistischen Sinne) verzichten“.

¹¹² Rekonstruktion der „phronesis“ als juristische Denk- und Handlungsweise anhand der praktischen Philosophie des Aristoteles bei Niebauer, Rechtsklugheit. Beitrag zu einer Rhetorischen Rechtstheorie, 2016.

¹¹³ Die Herstellung eines dialogischen „Zwischen“ im Verhältnis der Beteiligten ist für die Entwicklung einer forensischen Streitkultur die Grundbedingung (oben, bei Fn. 33). In diesem Sinne auch Kirste, Kulturelle Leistungen von Recht und Rechtswissenschaft, in: *von Schlieffen* (Fn. 67), S. 411.

¹¹⁴ Von „Staatsbürgern“ in diesem Sinne wird erwartet, die Entscheidungen staatlicher Gerichte zu akzeptieren. Weil dies ganz wesentlich vom Stand der Streitkultur abhängt, spricht auch im Hinblick auf die aktuelle Bedeutung der Heraklitischen Fragmente alles dagegen, „polemos“ und „eris“ (Fn. 1) mit „Krieg“ zu übersetzen.

⁹⁷ Reimer (Fn. 19), Rn. 222. Besprechung des Buches bei Gröschner ARSP 103 (2017), 146.

⁹⁸ *Ibid.*, Rn. 222. Zutreffend wird der Grund „für die Vielzahl von Abwägungen“ der Rechtspraxis „in der Komplexität der Lebenswelt“ gesehen (223), die in „Geschichten“ im Sinne *Wilhelm Schapps* zum Ausdruck kommt (52).

⁹⁹ Oben, am Anfang der Einleitung.

¹⁰⁰ Oben, bei Fn. 69.

¹⁰¹ Oben, bei Fn. 33.

¹⁰² Oben, bei Fn. 80.

¹⁰³ *Liebs* (Fn. 93), S. 37 zu „audiatur et altera pars“: „Uralter Rechtssatz, nicht erst römisch.“

¹⁰⁴ Reimer (Fn. 19), Rn. 68.

¹⁰⁵ Das Gebot, „rechtliches Gehör“ (Art. 103 Abs. 1 GG) zu gewähren, dient nicht nur der Herbeiführung „gesetzmäßiger und unter diesem Blickpunkt richtiger“, sondern „darüber hinaus auch im Rahmen dieser Richtigkeit gerechter Entscheidungen“: *BVerfGE* 42, 64 (73). Vor dem Hintergrund der dialogischen Gerechtigkeitsphilosophie römischer Jurisprudenz ist dies eine eindeutige Absage an positivistische Methodenkonzeptionen.