bolisieren dagegen einen kategorial anderen Gegenstandsbegriff, nämlich den juristischen Begriff des Streitgegenstands. Vorbehaltlich philosophischer Präzisierung am Ende des Beitrags ist »Streitgegenstand« ein Begriff, der einen Antragsgegner im Rechtsstreit voraussetzt und ihm neben dem Antragsteller eine eigene Waagschale zugesteht. Prägnant wird das Bild der zweischaligen Waage aber erst, wenn man die Pendelbewegung richtig deutet, die durch ein Argument in der gegnerischen Waagschale ausgelöst wird.[7] Denn juristisch wird dabei nicht das Eigengewicht des Arguments gemessen, sondern seine Gewichtigkeit in der streitgegenständlichen Auseinandersetzung.[8] Diese Technik der Abwägung mit der Wiegetechnik einer einschaligen Federwaage zu verwechseln, wäre ein technizistischer Kategorienfehler.

2. *Was heißt »Theorie« und was sollten Subsumtionstheoretiker wissen?*

»Theorie« ist im methodologischen Rahmen des Themas Subsumtion nicht nach dem Muster des Induktivismus zu erfassen wie es schulbildend und epochemachend in Poppers »Logik der Forschung« dargestellt wurde.[9] Bei juristischen Entscheidungen geht es nicht um die Falsifikation von Hypothesen, die aufgrund empirischer Forschung in dann so benannten Theorien formuliert werden – beispielsweise in einer Strö-

7 *Kissel,* Justitia (Fn. 6), S. 100: »Symbol des Abwägens aller Umstände anhand des vorgegebenen Rechts und seiner Prinzipien unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalles«.

8 *Ulfrid Neumann*, Theorie der juristischen Argumentation, in: *Arthur Kaufmann/Winfried Hassemer/Ulfrid Neumann* (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 8. Aufl. 2011, S. 333 ff., betont mit besten Gründen, die Darstellung der Subsumtion »in Form eines logischen Schlusses« werde »der Komplexität der juristischen Argumentation nicht annähernd gerecht«; es handele sich um »ein von heterogenen Argumenten und Gegenargumenten durchwirktes Argumentationsgefüge, in dem Abwägungen eine erhebliche und logischen Deduktionen eine marginale Rolle zukommt« (S. 344).

9 *Karl R. Popper*, Logik der Forschung, 1935, zahlreiche Auflagen seit den 1960er Jahren, zuletzt in den Gesammelten Werken, Bd. 3, 11. Aufl. 2005. Zur Logik der Erkenntnis als »Theorie der Theorien« das III. Kapitel.

https://doi.org/10.5771/9783845253336-9, am 18.09.2024, 08:50:21
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

mungstheorie der Aerodynamik. In der Terminologie des amerikanischen Pragmatisten Charles Sanders Peirce hat die Jurisprudenz weder rein deduktiven noch rein induktiven Charakter; vielmehr verfährt sie stets abduktiv.[10] Die Logik hypothetischer Schlüsse der Abduktion wird noch näher zu erläutern und mit hermeneutischen und anderen Verfahren zu vergleichen sein, die weder linear deduktiv noch linear induktiv rekonstruierbar sind.

Im juristischen Sprachgebrauch ist von »Theorien« auch dann die Rede, wenn es um dogmatische Begriffs- und Systembildung geht, beispielsweise bei der Unterscheidung der Zwecke des Strafrechts nach absoluten oder relativen »Straftheorien«. Hier wie bei noch weniger spezifischen Differenzierungen in »subjektive, objektive und vermittelnde Theorien« ginge nichts verloren, wenn der anspruchsvolle Terminus Theorie durch das schlichte Wort Lehre ersetzt würde. Von »Strafzwecklehren« zu sprechen, wäre etymologisch sogar ein Gewinn, weil »Lehre« ein passendes deutsches Wort für »dogma« ist. Dessen wortgeschichtliche Herkunft aus der Medizin – und nicht etwa aus der Theologie – wird bei der Behandlung der *techne* des Hippokrates gewürdigt und für einen Methodenvergleich zwischen »Diagnose« und »Subsumtion« genutzt.

So verbreitet die dualistische Entgegensetzung von »Theorie« und »Praxis« und die entsprechende Zweiteilung der Wissenschaftswelt ist[11], verlangt die vorliegende Fragestellung einen Rückgriff auf die aristotelische Dreiteilung in praktische, poietische und theoretische Wissensformen.[12] Denn die Frage nach der »Technik« des Subsumierens kann nur mit der Bedeutung der *techne* für das werkschaffende Wissen der *poiesis* und mit dessen Fundierung in den gelingenden Handlungszusammenhängen der *praxis* erklärt werden, während das epistemische Wissen der *theoria* für eine solche Fundierungsleistung

10 Eingehende Würdigung bei *Joachim Lege*, Pragmatismus und Jurisprudenz, 1999.

11 Zur Herkunft aus dem platonischen Dualismus einer Welt der Ideen und der Erscheinungen das Stichwort »Zweiweltentheorie« in der Enzyklopädie Philosophie und Wissenschaftstheorie, hrsg. von *Jürgen Mittelstraß,* 2004, S. 870.

12 Übersicht bei *Mittelstraß,* Enzyklopädie (Fn. 11) sub verbo »Theorie«, S. 260 f.

https://doi.org/10.5771/9783845253336-9, am 18.09.2024, 08:50:21
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ungeeignet ist.[13] In einem ersten Schritt sollte es genügen, dafür an die griechischen Bedeutungen der drei zugrundeliegenden Verben theorein (betrachten), poiein (herstellen) und prattein (handeln) zu erinnern: Das Betrachten setzt Distanz zum betrachteten Gegenstand voraus, Herstellen und Handeln können dagegen nicht aus der Beobachterperspektive erfolgen, sondern nur aus der Teilnehmerperspektive.

Die Tätigkeit des »poietischen« (nicht nur »poetischen«) Herstellens ist seit Aristoteles auf ein kunstgerecht, durch »techne« herzustellendes Werk bezogen, sei es das Werk eines Dichters, Musikers, Handwerkers, Arztes oder Politikers. Orientiert man sich im Vorgriff auf Hippokrates schon einmal probehalber an der ärztlichen Kunst, wird sofort klar, worin der kategoriale Unterschied zur ingenieurwissenschaftlichen Technik besteht: in der mangelnden Definierbarkeit der zu erbringenden Werkleistung. Luftfahrtingenieure haben diese Leistung erbracht, wenn die von ihnen konstruierten Flugzeuge bei sachgemäßer Handhabung unter normalen Bedingungen nicht abstürzen. Der Erfolg ihrer Ingenieurskunst ist objektiver Messung zugänglich und von subjektiven Befindlichkeiten der Flugpassagiere unabhängig. Deren Flugangst verursacht keinen Absturz.

Anders verhält es sich mit Patienten, die ihre Gesundheit durch Angst vor Krankheit auf Dauer ernsthaft gefährden. Wenn diese Angst selbst krankhaft geworden ist, werden sie keiner noch so aufwendigen Computertomographie vertrauen und ihr Befinden nicht allein nach Maßgabe des Standes medizinischer Technik beurteilen. Aber auch und gerade gegenüber der »gesunden« Selbstbeurteilung von Menschen, die ihrem Namen »Patienten« zum Trotz nicht nur »Leidende« sein wollen, sollte die Medizin der technologischen Hybris widerstehen, »Gesundheit« als das von ihr herzustellende Werk abstrakt-generell und ohne Rücksicht auf die konkret-individuelle Krankheitsgeschichte definieren zu wollen. Die Analogie zur Jurisprudenz ist evident: Auch sie sollte sich nicht

13 *Aristoteles,* Ethik (Fn. 3), VI 5, 2 und 5, S. 124: *praxis* als »Selbstzweck«, *poiesis* als »Gestaltung von etwas« mit einem »Endziel außerhalb seiner selbst« (S. 127). Präzise Differenzierung bei *Andreas Luckner,* Klugheit, 2005, S. 82: »Man versteht eine Handlung im Sinne der poiesis, wenn man weiß, für welchen Zweck sie ein Mittel darstellt; man versteht eine Handlung im Sinne der praxis, wenn man weiß, inwiefern sie einen Teil des Lebensvollzuges darstellt.«

https://doi.org/10.5771/9783845253336-9, am 18.09.2024, 08:50:21
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

überheben, »Recht« und – nach ihrem hier vertretenen rechtsphilosophischen Verständnis untrennbar damit verbunden – »Gerechtigkeit« als ihr Werk ohne Ansehen des Einzelfalles zu bestimmen.[14]

Am Ende des einführenden ersten Teils sollte deutlich geworden sein, warum der vorliegende Beitrag an den großen Traditionslinien eines alteuropäischen Wissenschaftsverständnisses orientiert ist, das den Vorrang der praktischen Vernunft vor dem theoretischen Verstand postuliert und die Kunst der Subsumtion nicht zur Magd einer kunst-fremden Methode degradiert: weil die hier mit Bedacht »Jurisprudenz« genannte Disziplin eine *prudentia* und keine *scientia* ist. Obwohl beide Begriffe 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« eine praktische und – wie bereits angedeutet – »poietische« Kompetenz kluger Köpfe, deren Kunst der Argumentation nicht auf die Rationalität neuzeitlicher Wissenschaft und schon gar nicht auf die deduktive Logik ingenieurwissenschaftlicher Technik reduziert werden kann.

14 Zum Verweisungszusammenhang zwischen Recht und Gerechtigkeit *Rolf Gröschner*, Gerechtigkeit, in: *Eric Hilgendorf/Jan C. Joerden* (Hrsg.), Handbuch Rechtsphilosophie, i. E.

https://doi.org/10.5771/9783845253336-9, am 18.09.2024, 08:50:21
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb