

Topik und Rhetorische Rechtstheorie

Eine Untersuchung zu Rezeption und Relevanz der Rechtstheorie

Theodor Viehwegs

Dissertation

zur Erlangung des Doktorgrades

der Juristischen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf

- vorgelegt von Agnes Launhardt -

Erstgutachter: Professor Dr. Martin Morlok

Zweitgutachter: Professor Dr. Lothar Michael

Tag der mündlichen Prüfung: 13. Oktober 2005

**Meinen Eltern
und
Carsten**

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	IV
Literaturverzeichnis	VI
Einleitung	1
1. Teil: Intention und Rezeption von „Topik und Jurisprudenz“	6
I. Überblick über Grundlagen und Strömungen der Topik-Debatte	6
1. Die Gedankenführung in „Topik und Jurisprudenz“	6
a) <i>Aristotelische</i> Topik nach <i>Viehweg</i>	6
b) Topik als Techne des Problemdenkens	10
c) Topik und Entwicklung des Rechts	14
d) Recht und Axiomatik: Zum Verhältnis von System- und Gerechtigkeitsbezug	17
e) Zur Bedeutung der Grundaporie für Rechtswissenschaft und Jurisprudenz	21
2. Vorgaben und Verlauf der bisherigen Topik-Diskussion	24
a) Topik als Anerkennung der Rechtspraxis oder Auflösung der Jurisprudenz	24
b) Zur Forderung eines spezifisch juristischen Systembegriffs	26
c) Das unbefriedigende Ende der Debatte	28
II. <i>Viehwegs</i> Verständnis der Topik	30
1. Dimensionen der Topik als Erfindungskunst	30
a) <i>Aristotelische</i> Topik als Theorie des Meinungswissens	30
b) Zum Problembereich der Dialektik	33
c) Topik als Zusammenspiel von Bindung und Beweglichkeit	37
d) <i>Vicos</i> Topik-Verständnis und die Unterscheidung zwischen alter und neuer Studienart	42
2. Topik, Rhetorik und Rationalität in der Jurisprudenz	46
a) Juristische Topoi	46
b) Endoxa und Geltung juristischer Prämissen	51
c) Topik und Hermeneutik: Vorverständnis und Konsensorientierung	55
d) Topik und Rhetorik: Überredung versus Überzeugung?	61

III. Dimensionen der Unterscheidung von Problem- und Systemdenken	68
1. Die Zielrichtung des <i>viehwegschen</i> Begriffs des Systemdenkens	68
a) Zur Kritik an <i>Viehwegs</i> Begriffsbildung: <i>Verkürzungs-</i> und <i>Gleichsetzungsthese</i>	68
b) <i>Viehwegs</i> Ansatz als Angriff auf die Begriffsjurisprudenz: Zur <i>Verkürzungsthese</i>	69
c) Zur Vergeblichkeit des Eindeutigkeitsanspruchs in der Jurisprudenz	72
d) Der <i>viehwegsche</i> Begriff des Systemdenkens im Sinne der <i>Annäherungsthese</i>	75
2. Zur Begründbarkeit der Kennzeichnung der Jurisprudenz als Problemendenken	77
a) Der Vorwurf der „Systemfeindlichkeit“	77
b) Das Ineinandergreifen von Problem- und Systemdenken	79
c) Aufhebung der Differenzierung <i>Viehwegs</i> im Begriff des „offenen Systems“?	84
d) Bestätigung der <i>viehwegschen</i> Begriffsbildung im Sinne der <i>Annäherungsthese</i>	89
IV. Problembezug und Systemfunktion	94
1. Zur Angemessenheit einer Denkweise an ihren Gegenstand	94
a) Aporie-Begriff und Gegenstandsbezug des Denkens nach <i>Viehweg</i>	94
b) Konfundierung von Aporetik und Topik: Zur <i>Gleichsetzungsthese</i>	96
c) Gegenstandsbezug und „objektives System“	102
d) Gegenstandsbezug im naturwissenschaftlichen und im juristischen Denken	105
2. Die Grundaporie als einheitsstiftendes Moment im Recht	109
a) Handlungsorientierung als Systemfunktion im Bereich der Gerechtigkeitsfrage	109
b) Bindung und Beweglichkeit im dogmatischen System	112
c) Nachträgliche Revidierung seiner Ausgangskonzeption durch <i>Viehweg</i> ?	115
d) Konsequenzen für einen spezifisch juristischen Systembegriff	118
2. Teil: Von der Topik zur Rhetorischen Rechtstheorie	123
I. Entfaltung der Rechtsrhetorik in <i>Viehwegs</i> späteren Schriften	123
1. Das Verhältnis von Rechtsphilosophie, Rechtswissenschaft und Rechtsdogmatik	123
a) Dogmatisches Meinungsdenken und zetetisches Forschungsdenken	123
b) Anforderungen an ein dogmatisches Rechtssystem	123
c) Begründung und Begrenzung der Dogmatik durch Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie	126

III

2. Rechtsrhetorik als Theorie vom begründenden Reden.....	133
a) Der Rückgriff auf die Semiotik	133
b) Topik und Pragmatik	136
c) Operative Logik und kommunikative Pflichten.....	138
d) Exkurs: Faktische Verständigung oder idealer Konsens?.....	144
II. Fortführung der Rhetorischen Rechtstheorie durch neuere Autoren.....	152
1. Pragmatische Analysen der Rechtssprache und Sprachkritik.....	152
a) Entscheidungs- und Begründungszwang als rhetorische Zwänge (<i>Ballweg</i>).....	152
b) Rhetorische Semiotik als Argumentationsanalyse (<i>Schreckenberger</i>)	156
c) Rechtsrhetorik als Sprach- und Gesellschaftskritik (<i>Seibert, Rodingen</i>)	159
2. Herstellungs-Darstellungs-Differenz aus rechtsrhetorischer Perspektive (<i>Sobota</i>)	162
a) Die Kategorien von Herstellung und Darstellung	162
b) Darstellung der Herstellung und Selbstdarstellung.....	165
c) Kritik der neuen Begründungslehre	167
d) Rhetorische Figuren als Überzeugungsmittel	168
III. Zum Stand der Rhetorischen Rechtstheorie	171
1. Bilanz zur Entwicklung der Rechtsrhetorik: Verdienste, Differenzen	171
a) Zur Relevanz von „Topik und Jurisprudenz“: Bindung und Beweglichkeit als Strukturprinzip	171
b) Zum Anspruch rechtsrhetorischer Aufklärung	175
c) Die rechtsrhetorische Perspektive auf die Herstellungs-Darstellungs-Differenz.....	179
d) Analytische Rhetorikforschung und praktische Anleitung	183
2. ... und Perspektiven: Zur Stellung der Rechtsrhetorik in der heutigen Debatte	184
a) Zum Verhältnis von Rechtsrhetorik und normativer Argumentationstheorie.....	184
b) Parallelen und Differenzen zur Strukturierenden Rechtslehre.....	187
Schluß	191

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Aufl.	Auflage
Bd.	Band
Bearb.	Bearbeiter
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BVerfG(E)	Bundesverfassungsgericht (Entscheidungssammlung)
bzw.	beziehungsweise
ders.	derselbe
dies.	dieselbe
DSWR	Datenverarbeitung, Steuer, Wirtschaft, Recht
ebd.	ebenda
f.	folgende
ff.	fortfolgende
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
grds.	grundsätzlich
Halbbd.	Halbband
Hg.	Herausgeber
hrsg.	herausgegeben
IJSL	International Journal for the Semiotics of Law
insbes.	insbesondere
JbRSoz	Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie
Jh.	Jahrhundert
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
LiLi	Zeitschrift für Literaturwissenschaft und Linguistik
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
m.E.	meines Erachtens

m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
OLG	Oberlandesgericht
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
S.	Seite
s.	siehe
sog.	sogenannte/n
StGB	Strafgesetzbuch
Top.	Topik
u.a.	und andere
usw.	und so weiter
vgl.	vergleiche
VVDStRL	Verhandlungen der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer
z.B.	zum Beispiel
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Literaturverzeichnis

Aarnio, Aulis: Denkweisen der Rechtswissenschaft, Wien / New York 1979.

Alexy, Robert: Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung (1978), 2. Aufl., Frankfurt/Main 1991 (zitiert: *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation).

- Zum Begriff des Rechtsprinzips, in: Rechtstheorie Beiheft Nr. 1 (1979), S. 59 - 87.

- Die logische Analyse juristischer Entscheidungen, in: ARSP Beiheft Nr. 14 (1980), S. 181 - 212.

- Theorie der Grundrechte (1985), 2. Aufl., Frankfurt/Main 1994.

- Normenbegründung und Normanwendung, in: *ders.*, Recht, Vernunft, Diskurs, Frankfurt/Main 1995, S. 52 - 70 (zitiert: *Alexy*, Normenbegründung).

Aristoteles: Topik, in der Übersetzung und mit Anmerkungen versehen von *Eugen Rolfes* (1922), mit einer Einleitung von *Hans Günter Zekl* (1992), 3. Aufl., Hamburg 1992 (zitiert: *Aristoteles*, Top. Buch, Kap., Abs., Satz).

Aristoteles: Topik, in der Übersetzung und mit einer Einleitung von *Paul Gohlke*, Paderborn 1952.

Aristoteles: Sophistische Widerlegungen, in der Übersetzung und mit Anmerkungen versehen von *Eugen Rolfes*, 2. Aufl., Hamburg 1922 (Nachdruck 1968).

Aristoteles: Rhetorik, in der Übersetzung und mit Anmerkungen versehen von *Franz G. Sieveke*, 5. Aufl., München 1995.

Arndt, Adolf: Gesetzesrecht und Richterrecht, NJW 1963, S. 1273 - 1284.

Austin, John L.: How to do Things with Words (1962), Oxford 1975.

Albert, Hans: Transzendente Träumereien. Karl-Otto Apels Sprachspiele und sein hermeneutischer Gott, Hamburg 1975.

Ballweg, Ottmar: Rechtswissenschaft und Jurisprudenz, Basel 1970 (zitiert: *Ballweg*, Rechtswissenschaft).

- Rechtsphilosophie als Grundlagenforschung der Rechtswissenschaft und der Jurisprudenz, in: JbRSoz, Bd. II, Düsseldorf 1972, S. 44 - 49 (zitiert: *Ballweg*, Rechtsphilosophie als Grundlagenforschung).

- Ein wissenschaftliches Lehrschema für den juristischen Unterricht, in: F. Burkei/ D.-M. Polter (Hg.), Rechtsfragen im Spektrum des Öffentlichen. FS für H. Armbruster, Berlin 1976, S. 253 - 258 (zitiert: *Ballweg*, Lehrschema).

- Phronetik, Semiotik und Rhetorik, in: *ders.*/ T.-M. Seibert (Hg.), Rhetorische Rechtstheorie, FS für T. Viehweg, Freiburg / München 1982, S. 27 - 71 (zitiert: *Ballweg*, Phronetik).

- Entwurf einer analytischen Rhetorik, in: H. Schanze/ J. Kopperschmidt (Hg.), Rhetorik und Philosophie, München 1989, S. 229 - 247 (zitiert: *Ballweg*, Entwurf).

- Prolegomena einer rhetorischen Didaktik des Rechts, in: B. Ziemske/ T. Langheid/ H. Wilms/ G. Haverkate (Hg.), FS für M. Kriele, München 1997, S. 1067 - 1074 (zitiert: *Ballweg*, Prolegome-

- na).
- Rhetorische Funktionen von Meinungen, in: T. Schirren/ G. Ueding (Hg.), Topik und Rhetorik. Ein interdisziplinäres Symposium, Tübingen 2000, S. 569 - 578.
 - Bäumlin, Richard*: Staat, Recht und Geschichte. Eine Studie zum Wesen des geschichtlichen Rechts, entwickelt an den Grundproblemen von Verfassung und Verwaltung, Zürich 1961.
 - Bayer, Wolfgang*: Plausibilität und juristische Argumentation, Koblenz 1975.
 - Berger, Peter L. /Luckmann, Thomas*: Die gesellschaftliche Konstruktion der Wirklichkeit. Eine Theorie der Wissenssoziologie (1969), 5. Aufl., Frankfurt/Main 1997.
 - Betti, Emilio*: Die Problematik der Auslegung in der Rechtswissenschaft, in: P. Bockelmann/ A. Kaufmann / U. Klug (Hg.), FS für K. Engisch, Frankfurt/Main 1969, S. 205 - 223.
 - Blühdorn, Jürgen*: Kritische Bemerkungen zu Theodor Viehwegs Schrift: Topik und Jurisprudenz, in: Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis, 1970, S. 269 - 314 (zitiert: *Blühdorn*, Kritische Bemerkungen).
 - Zum „Problemdenken“ und seiner Funktion in der Rechtsfindungslehre, in: JbRSoz, Bd. II, Düsseldorf 1972, S. 447 - 465 (zitiert: *Blühdorn*, Problemdenken).
 - Böckenförde, Ernst-Wolfgang*: Rezension zu Viehweg, „Topik und Jurisprudenz“, Der Staat 1964, S. 517.
 - Bokeloh, Arno*: Der Beitrag der Topik zur Rechtsgewinnung, Göttingen 1973 (zitiert: *Bokeloh*, Beitrag der Topik).
 - Bornscheuer, Lothar*: Topik. Zur Struktur der gesellschaftlichen Einbildungskraft, Frankfurt/Main 1976 (zitiert: *Bornscheuer*, Topik).
 - Toposforschung? Gewiß! Aber im Lichte des zu Erforschenden. Zum topikgeschichtlichen Paradigmenwechsel bei Vico und Baumgarten, in: T. Schirren/ G. Ueding (Hg.), Topik und Rhetorik. Ein interdisziplinäres Symposium, Tübingen 2000, S. 275 - 306.
 - Brüggemann, Jürgen*: Die richterliche Begründungspflicht. Verfassungsrechtliche Mindestanforderungen an die Begründung gerichtlicher Entscheidungen, Berlin 1971.
 - Brusiin, Otto*: Über das juristische Denken, Kopenhagen / Helsingfors 1951.
 - Buchwald, Delf*: Der Begriff der rationalen juristischen Begründung. Zur Theorie der juristischen Vernunft, Baden-Baden 1990.
 - Busse, Dietrich*: Juristische Semantik. Grundfragen der juristischen Interpretationstheorie in sprachwissenschaftlicher Sicht, Berlin 1993 (zitiert: *Busse*, Juristische Semantik).
 - Bydlinski, Franz*: Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. Berlin/New York 1991.
 - Canaris, Claus-Wilhelm*: Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz: entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts (1969), 2. Aufl., Berlin 1983 (zitiert: *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff).
 - Carnap, Rudolf*: Testability and Meaning, New Haven 1950.
 - Cherniss, Harold Fredrik*: Aristotle's Criticism of Plato and the Academy, New York 1962.

VIII

- Christensen, Ralph*: Was heißt Gesetzesbindung? Eine rechtslinguistische Untersuchung, Berlin 1989 (zitiert: *Christensen*, Gesetzesbindung).
- *ders./ Kudlich, Hans*: Theorie richterlichen Begründens, Berlin 2001.
- Coing, Helmut*: Über einen Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung, in: ARSP 41 (1954/55), S. 436 - 444.
- Die juristischen Auslegungsmethoden und die Lehren der allgemeinen Hermeneutik (1959), neu abgedruckt in: *ders.*, Gesammelte Aufsätze zu Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Zivilrecht, 1947 - 1975, hrsg. von D. Simon, Frankfurt/Main 1982, S. 208 - 229 (zitiert: *Coing*, Auslegungsmethoden).
- Grundzüge der Rechtsphilosophie, 5. Aufl., Berlin 1993.
- Curtius, Ernst Robert*: Europäische Literatur und lateinisches Mittelalter (1948), 11. Aufl., Tübingen / Basel 1993.
- Dahrendorf, Ralf*: Die Ausbildung einer Elite, Der Monat 14 (1961/62), S. 15 - 22.
- Diederichsen, Uwe*: Topisches und systematisches Denken in der Jurisprudenz, NJW 1966, S. 697 - 705.
- Dreier, Ralf*: Was ist und wozu Allgemeine Rechtstheorie? (1975), in: *ders.*, Recht - Moral - Ideologie, Studien zur Rechtstheorie, Frankfurt/Main 1981, S. 17 - 47 (zitiert: Allgemeine Rechtstheorie).
- Zur Problematik und Situation der Verfassungsinterpretation (1976), in: *ders.*, Recht - Moral - Ideologie. Studien zur Rechtstheorie, Frankfurt/Main 1981, S. 106 - 145 (zitiert: *Dreier*, Verfassungsinterpretation).
- Recht und Moral (1980), in: *ders.*, Recht - Moral - Ideologie. Studien zur Rechtstheorie, Frankfurt/Main 1981, S. 180 - 216.
- Der Begriff des Rechts (1986), in: *ders.*, Recht - Staat - Vernunft. Studien zur Rechtstheorie 2, Frankfurt/Main 1991, S. 95 - 119
- Düring, Ingemar*: Aristoteles. Darstellung und Interpretation seines Denkens, Heidelberg 1966.
- Dworkin, Ronald*: Taking Rights Seriously, Cambridge / Massachusetts 1978.
- Ehmke, Horst*: Prinzipien der Verfassungsdiskussion, VVDStRL 20, Berlin 1963, S. 53 - 98.
- Ekelöf, Per Olof*: Topik und Jura, FS für T. Segerstedt, Uppsala 1968.
- Emge, Carl August*: Über die Unentbehrlichkeit des Situationsbegriffs für die normativen Disziplinen, Wiesbaden 1966.
- Engisch, Karl*: Logische Studien zur Gesetzesanwendung (1943), 3. Aufl., Heidelberg 1963.
- Sinn und Tragweite juristische Systematik (1957), neu abgedruckt in: *ders.*, Beiträge zur Rechtstheorie, hrsg. von P. Bockelmann/ A. Kaufmann/ U. Klug., Frankfurt/Main 1984, S. 88 - 125.
- Aufgaben einer Logik und Methodik des juristischen Denkens (1959), neu abgedruckt ebd., S. 65 - 87.
- Rezension zu Coing, „Die juristischen Auslegungsmethoden und die Lehren der allgemeinen Hermeneutik“, ZStW 1963, S. 632 - 635.

- Einführung in das juristische Denken (1956), 8. Aufl., Stuttgart / Berlin / Köln / Mainz 1983.
- Enneccerus, Ludwig/Nipperdey, Karl*: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl., Tübingen 1959.
- Esser, Josef*: Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts. Rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen- und Interpretationslehre (1956), 4. Aufl., Tübingen 1990 (zitiert: *Esser*, Grundsatz und Norm).
- Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis (1970), 2. Aufl., Frankfurt/Main 1972 (zitiert: *Esser*, Vorverständnis)
- Möglichkeit und Grenzen dogmatischen Denkens im Zivilrecht, AcP 172 (1972), S. 97 - 130.
- Feynman, Richard Phillip*: QED. The Strange Theory of Light an Matter, Princeton 1988.
- Flume, Werner*: Richter und Recht, Schlussvortrag, in: Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages, Bd. II, Teil K (K 1 - 35), München / Berlin 1967 (zitiert: *Flume*, Richter und Recht).
- von Foerster, Heinz*: Sicht und Einsicht. Versuche zu einer operationalen Erkenntnistheorie, Braunschweig / Wiesbaden 1985.
- Forsthoff, Ernst*: Zu Problematik der Verfassungsauslegung, Stuttgart 1961.
- Frommel, Monika*: Die Rezeption der Hermeneutik bei Karl Larenz und Josef Esser, Ebelsbach 1981.
- Gadamer, Hans-Georg*: Wahrheit und Methode (1960). Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik, 5. Aufl., Tübingen 1986.
- Garrn, Heino*: Rechtsproblem und Rechtssystem, Bielefeld 1973 (zitiert: *Garrn*, Rechtsproblem).
- Zur rhetorischen Begründungsfunktion juristischer Topik, in: T. Schirren / G. Ueding (Hg.), Topik und Rhetorik. Ein interdisziplinäres Symposium, Rhetorik-Forschungen Bd. 13, Tübingen 2000, S. 499 - 520.
- Gast, Wolfgang*: Juristische Rhetorik. Auslegung, Begründung, Subsumtion, 3. Aufl., Heidelberg 2002.
- Gold, Marc E.*: The Rhetoric of Constitutional Argumentation, in: University of Toronto Law Journal 35 (1985), S. 154 - 182.
- Goodrich, Peter*: Legal Discourse. Studies in Linguistics, Rhetoric and Legal Analysis, New York 1987.
- Gröschner, Rolf*: Dialogik und Juriprudenz. Die Philosophie des Dialogs als Philosophie der Rechtspraxis, Tübingen 1982 (zitiert: *Gröschner*: Dialogik).
- Günther, Klaus*: Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht, Frankfurt/Main 1988.
- Ein normativer Begriff der Kohärenz für eine Theorie der juristischen Argumentation, in: Rechtstheorie 20 (1989), S. 163 - 190.
- Habermas, Jürgen*: Die klassische Lehre von der Politik in ihrem Verhältnis zur Sozialwissenschaft, in: *ders.*, Theorie und Praxis, Neuwied / Berlin 1963, S. 13 - 51.

- Wahrheitstheorien, in: H. Fahrenbach (Hg.), *Wirklichkeit und Reflexion*, FS für W. Schulz, Pfullingen 1973, S. 211 - 265 (zitiert: *Habermas*, Wahrheitstheorien).
 - Was ist Universalpragmatik?, in: K.-O. Apel (Hg.), *Sprachpragmatik und Philosophie*, Frankfurt/Main 1976, S. 174 - 272.
 - Zwei Bemerkungen zum praktischen Diskurs, in: *ders.*, *Zur Rekonstruktion des Historischen Materialismus*, Frankfurt/Main 1976, S. 338 - 346.
 - Diskursethik - Notizen zu einem Begründungsprogramm, in: *ders.*, *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln*, Frankfurt/Main 1983, S. 53 - 125.
 - Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, 3. Aufl., Frankfurt/Main 1993.
 - Wahrheit und Rechtfertigung. Zu Richard Rortys pragmatischer Wende, in: *ders.*, *Wahrheit und Rechtfertigung. Philosophische Aufsätze*, Frankfurt/Main 1999, S. 230 - 270.
- Haft, Fritjof*: *Juristische Rhetorik*, 6. Aufl., Freiburg / München 1999 (zitiert: *Juristische Rhetorik*).
- Härten, Hasso*: Über die Begründung eines Systems, zum Beispiel des Rechts, in: *ARSP* 39 (1951), S. 477 - 481.
- Hart, Herbert L.A.*: *The Concept of Law* (1961), 2. Aufl., Oxford 1994 (zitiert: *Hart, The Concept of Law*).
- Hartmann, Nicolai*: Diesseits von Idealismus und Realismus, in: *Kant-Studien*, 29. Bd., Berlin 1924, S. 160 - 206 (zitiert: *Hartmann, Diesseits von Idealismus und Realismus*).
- Hassemer, Winfried*: *Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*, Köln / Berlin / Bonn / München 1968 (zitiert: *Hassemer, Tatbestand und Typus*).
- Juristische Argumentationstheorie und juristische Didaktik, in: *JbRSoz*, Bd. II, Düsseldorf 1972, S. 467 - 480.
 - Rechtssystem und Kodifikation: Die Bindung des Richters an das Gesetz, in: A. Kaufmann/ *ders.*/ U. Neumann, (Hg.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 7. Aufl., Heidelberg 2004, S. 251 - 269.
- Haverkate, Görg*: Offenes Argumentieren im Urteil. Über die Darstellung der richterlichen Wertung bei kontroversen Rechtsfragen, *ZRP* 1973, S. 281- 287.
- Hegenbarth, Rainer*: *Juristische Hermeneutik und linguistische Pragmatik: dargestellt am Beispiel der Lehre vom Wortlaut als Grenze der Gesetzesauslegung*, Königstein/Ts. 1982.
- Hellwig, Antje*: *Untersuchungen zur Theorie der Rhetorik bei Platon und Aristoteles*, Göttingen 1973.
- Henke, Wilhelm*: *Alte Jurisprudenz und neue Wissenschaft*, *JZ* 1987, S. 685 - 691.
- Henkel, Heinrich*: *Einführung in die Rechtsphilosophie. Grundlagen des Rechts*, München / Berlin 1964.
- Hennis, Wilhelm*: *Politik und praktische Philosophie*, Hamburg 1963.
- Herbert, Manfred*: *Zum Einfluß Wittgensteins auf die Rechtstheorie*, Baden-Baden 1995.

- Herschel, Wilhelm*: Rechtssicherheit und Rechtsklarheit, JZ 1967, S. 727 - 737.
- Hesse, Konrad*: Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg 1995.
- von Hippel, Fritz*: Zur Gesetzmäßigkeit juristischer Systembildung, Berlin 1930 (zitiert: v. *Hippel*, Zur Gesetzmäßigkeit).
- Horak, Franz*: Rationes Decidendi. Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo, Bd. I, Innsbruck 1969 (zitiert: *Horak*, Rationes Decidendi).
- Horn, Dieter*: Rechtssprache und Kommunikation. Grundlegung einer semantischen Kommunikationstheorie, Berlin 1966.
- Horn, Norbert*: Zur Bedeutung der Topiklehre Theodor Viehwegs für eine einheitliche Theorie des juristischen Denkens, NJW 1967, S. 601 - 608.
- Hutmacher, Walo*: Verkehrsunfälle vor Gericht - Empirische Befunde und theoretische Perspektiven, Zeitschrift für Rechtssoziologie 4 (1983), S. 247 - 267.
- Isay, Hermann*: Rechtsnorm und Entscheidung, Berlin 1929.
- Jackson, Bernhard S.*: Law, Fact and Narrative Coherence, Merseyside 1988.
- Kambartel, Friedrich*: Was ist und soll Philosophie?, Konstanz 1968.
- (Hg.), Praktische Philosophie und konstruktive Wissenschaftstheorie, Frankfurt/Main 1974.
- Kamlah, Wilhelm / Lorenzen, Paul*: Logische Propädeutik oder Vorschule des vernünftigen Redens, Mannheim / Wien / Zürich 1967.
- Kaufmann, Arthur*: Analogie und „Natur der Sache“. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus (1965), 2. Aufl., Heidelberg 1982.
- Durch Naturrecht und Rechtspositivismus zur juristischen Hermeneutik (1975), in: *ders.*, Beiträge zur juristischen Hermeneutik, Köln / Berlin / Bonn / München 1984, S. 79 - 88.
- Das Verfahren der Rechtsgewinnung. Eine rationale Analyse, München 1999.
- ders./ Hassemer, Winfried/ Neumann, Ulfrid* (Hg.): Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 7. Aufl., Heidelberg 2004.
- Kaupen, Wolfgang*: Die Hüter von Recht und Ordnung, Neuwied 1969.
- Kelsen, Hans*: Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit, 2. Aufl., Wien 1960 (Nachdruck 1967).
- Kesting, Hanno*: Zur sozialen Topik, in: H. Popitz/ H.P. Bahrdt/ E.A. Jüres/ *ders.* (Hg.), Das Gesellschaftsbild des Arbeiters. Soziologische Untersuchungen in der Hüttenindustrie (1957), 5. Aufl., Tübingen 1977.
- Klenner, Hermann*: Juristische Argumentation in Brüssel, Neue Justiz 1972, S. 15 - 18.
- Zur Juristentopik der Moderne, Neue Justiz 1992, S. 284 - 288.

- Klug, Ulrich*: Juristische Logik, 4. Aufl., Berlin / Heidelberg / New York 1982 (zitiert: *Klug*, Juristische Logik).
- Knorr-Cetina, Karin*: Spielarten des Konstruktivismus. Einige Notizen und Anmerkungen, Soziale Welt 1989, S. 86 - 96.
- Koch, Hans-Joachim*: Zur Rationalität richterlicher Entscheidungen. Rezension zu Esser, „Vorverständnis und Methodenwahl“, in: Rechtstheorie 4 (1973), S. 183 - 206.
- Der unbestimmte Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, in: *ders.* (Hg.), Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie, Kronberg 1976, S. 186 - 213.
- ders./ Rüßmann, Helmut*: Juristische Begründungslehre. Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft, München 1982.
- Kramer, Ernst A.*: Topik und Rechtsvergleichung, in: *RabelsZ* 33 (1969), S. 1 - 16.
- Krawietz, Werner*: Welche Methode lehrt die juristische Methodenlehre?, *JuS* 1970, S. 425 - 432.
- Juristische Entscheidung und wissenschaftliche Erkenntnis. Eine Untersuchung zum Verhältnis von dogmatischer Rechtswissenschaft und rechtswissenschaftlicher Grundlagenforschung, Wien/New York 1978.
- Zum Paradigmenwechsel im juristischen Methodenstreit, in: *Rechtstheorie Beiheft* Nr. 1 (1979), S. 113 - 152.
- ders./ Morlok, Martin* (Hg.): Vom Scheitern und der Wiederbelebung juristischer Methodik im Rechtsalltag - ein Bruch zwischen Theorie und Praxis?, *Rechtstheorie* 32 (2001), Sonderheft Juristische Methodenlehre.
- Kriele, Martin*: Theorie der Rechtsgewinnung, entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation, Berlin 1967, 2. Aufl. 1976 (zitiert: *Kriele*, Rechtsgewinnung).
- Offene und verdeckte Urteilsgründe. Zum Verhältnis von Philosophie und Jurisprudenz heute, in: *Collegium Philosophicum. FS für J. Ritter*, Basel / Stuttgart 1965, S. 99 - 117.
- Larenz, Karl*: Richterliche Rechtsfortbildung als methodisches Problem, *NJW* 1965, S. 1 - 10.
- Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin / Heidelberg / New York 1960.
- Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin / Heidelberg / New York 1991 (zitiert: *Larenz*, Methodenlehre, 6. Aufl.).
- Launhardt, Agnes*: Methodenlehre aus rechtsrhetorischer Perspektive: Abschied von der Normativität?, in: *Rechtstheorie* 32 (2001), S. 141 - 157.
- Lausberg, Heinrich*: Handbuch der literarischen Rhetorik. Eine Grundlegung der Literaturwissenschaft, 3. Aufl., Stuttgart 1990.
- Lautmann, Rüdiger*: Justiz - die stille Gewalt, Frankfurt/Main 1972 (zitiert: *Lautmann*, Justiz).
- Lorenz, Kuno*: Elemente der Sprachkritik, Frankfurt/Main 1970.
- Lorenzen, Paul/ Lorenz, Kuno*, Dialogspiele als semantische Grundlage von Logikkalkülen, Darmstadt 1978.
- Lorenzen, Paul/ Schwemmer, Oswald*: Konstruktive Logik, Ethik und Wissenschaftstheorie, Mann-

- heim / Wien / Zürich 1973.
- Lüderssen, Klaus*: Genesis und Geltung in der Jurisprudenz, Frankfurt/Main 1996.
- Luhmann, Niklas*: Legitimation durch Verfahren, Neuwied / Berlin 1969.
- Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt/Main 1993.
- Lyra, Andreas*: Die Wiederentdeckung der Rhetorik in der Jurisprudenz - Beginn einer neuen Methodenlehre?, in: ARSP Beiheft Nr. 99 (2004), S. 50 - 64.
- MacCormick, Neil*: The Artificial Reason and Judgement of Law, in: Rechtstheorie Beiheft Nr. 2 (1981), S. 105 - 120.
- Maturana, Humberto R.*: Erkennen. Die Organisation und Verkörperung von Wirklichkeit. Ausgewählte Arbeiten zur biologischen Epistemologie, 2. Aufl., Braunschweig / Wiesbaden 1985.
- Morlok, Martin / Kölbel, Ralf / Launhardt, Agnes*: Recht als soziale Praxis. Eine soziologische Perspektive in der Methodenlehre, in: Rechtstheorie 31 (2000), S. 15 - 46 (zitiert: *Morlok/Kölbel/Launhardt*, Recht als soziale Praxis).
- Morris, Charles W.*: Foundations of the Theory of Signs, in: International Encyclopedia of Unified Science, 1938, Vol. I, No. 2, S. 1 - 59.
- Grundlagen der Zeichentheorie, München 1972.
- Mudersbach, Klaus*: Eine Logik für Sprechen und Denken im Alltag, in: P. Weingartner/ G. Schurz (Hg.), Beiträge des 20. Internationalen Wittgenstein-Symposiums, Bd. 2, Wien 1997, S. 672 - 677.
- Müller, Friedrich*: Normstruktur und Normativität. Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation, Berlin 1966 (zitiert: *Müller*, Normstruktur und Normativität).
- Recht, Sprache, Gewalt. Elemente einer Verfassungstheorie I, Berlin 1975.
- *ders./ Christensen, Ralph/ Sokolowski, Michael*: Rechtstext und Textarbeit, Berlin 1997.
- *ders./ Christensen, Ralph*: Juristische Methodik, Bd. I., 8. Aufl., Berlin 2002.
- Negt, Oskar*: Soziologische Phantasie und exemplarisches Lernen. Zur Theorie der Arbeiterbildung (1968), 7 Aufl., Frankfurt/Main 1981.
- Neumann, Ulfrid*: Acht Thesen zur Kritik und Metakritik der Rechtssprache, ARSP Beiheft Nr. 9 (1977), S. 121-126.
- Rechtsontologie und juristische Argumentation. Zu den ontologischen Implikationen des juristischen Argumentierens, Heidelberg / Hamburg 1979 (zitiert: *Neumann*, Rechtsontologie).
- Juristische Argumentationslehre, Darmstadt 1986 (zitiert: *Neumann*, Argumentationslehre).
- Juristische Methodenlehre und Theorie der juristischen Argumentation, in: Rechtstheorie 32 (2001), S. 239 - 255.
- Oppermann, Bernd H.*: Die Rezeption des Nordamerikanischen Rechtsrealismus durch die Topikdiskussion, Frankfurt/Main 1985 (zitiert: *Oppermann*, Topikdiskussion).

- Oswald, Wilhelm*: Topisches und systematisches Denken in der Jurisprudenz, in: FS für W. Schönberger, Freiburg (Schweiz) 1968 (zitiert: *Oswald*, Topisches und systematisches Denken).
- Ott, Edward E.*: Juristische Dialektik – 50 dialektische Argumentationsweisen und Kunstgriffe, um bei rechtlichen Auseinandersetzungen Recht zu behalten, 2. Aufl., Basel / Frankfurt/Main 1995.
- Otte, Gerhard*: Zwanzig Jahre Topik-Diskussion: Ertrag und Aufgaben, in: Rechtstheorie 1 (1970), S. 183 - 197 (zitiert: *Otte*, Zwanzig Jahre Topik-Diskussion).
- Otto, Harro*: Methode und System in der Rechtswissenschaft, in: ARSP 55 (1969), S. 493 - 520.
- Palandt, Otto* (Bearb.: P. Bassenge, G. Brudermüller u.a.): Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 63. Aufl., München 2004.
- Pawlowski, Hans-Martin*: Methodenlehre für Juristen, 3. Aufl., Heidelberg 1999.
- Perelman, Chaim/ Olbrechts-Tyteca, Lucie*: Logique et Rhétorique, in: 140 Revue Philosophique de la France et de l'Étranger 140, Paris 1950.
- Rhétorique et philosophie, Paris 1952.
 - La nouvelle Rhétorique. Traité de l'Argumentation, Brüssel 1958, 3. Aufl. 1976.
 - Über die Gerechtigkeit, München 1967.
 - Juristische Logik als Argumentationslehre, Freiburg/München, 1979.
 - Logik und Argumentation, Königstein 1979.
 - Das Reich der Rhetorik, Rhetorik und Argumentation, München 1980.
- Pöggeler, Otto*: Dialektik und Topik, in: R. Bubner/ K. Cramer/ R. Wiehl (Hg.), Hermeneutik und Dialektik, FS für H.G. Gadamer, Bd. II, Tübingen 1970, S. 273 - 310.
- Popper, Karl Raimund*: Logik der Forschung (1934), 9. Aufl., Tübingen 1989.
- Prantl, Carl*: Geschichte der Logik im Abendlande, Bd. II, 2. Aufl., Leipzig 1927.
- Raiser, Ludwig*: Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, NJW 1964, S. 1201 - 1208.
- Ratschow, Eckart*: Rechtswissenschaft und formale Logik, Baden-Baden 1998.
- Rehbock, Klaus*: Topik und Recht. Eine Standortanalyse unter besonderer Berücksichtigung der aristotelischen Topik, München 1988 (zitiert: *Rehbock*, Topik und Recht).
- Robertshaw, Paul*: Law, Language and Rhetoric, in: Modern Law Review 50 (1987), S. 971 - 981.
- Rödig, Jürgen*: Die Denkform der Alternative in der Jurisprudenz, Berlin / Heidelberg / New York 1969.
- Theorie des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens, Berlin 1973.
- Rodingen, Hubert*: Ansätze zu einer sprachkritischen Rechtstheorie, in: ARSP 58 (1972), S. 161 - 183.
- Pragmatik der juristischen Argumentation. Was Gesetze anrichten und was rechtens ist, Freiburg / München 1977 (zitiert: *Rodingen*, Pragmatik).

- Rechtstheorie als Kritik des juristischen Sprachgebrauchs, in: ARSP Beiheft Nr. 9 (1977), S. 57 - 61.
- Juristische Argumentationstheorie. Bericht über das gleichnamige Rundgespräch vom 3. - 5. 11. 1977 in München, in: Rechtstheorie 9 (1978), S. 236 - 240.
- Von der Rationalität der Topik, in: O. Ballweg / T.-M. Seibert (Hg.), Rhetorische Rechtstheorie. FS für T. Viehweg, Freiburg / München 1982, S. 181 - 195.
- Rodingen, Hubert / Falke, Christine*: Das Rechtsverfahren: Dressur oder Diskurs?, in: DSWR 1976, S. 236 - 240.
- Röhl, Klaus F.*: Allgemeine Rechtslehre, Köln / Berlin / Bonn / München 1995.
- Rechtsgeltung und Rechtswirksamkeit, JZ 1971, S. 576 - 580.
- Rothacker, Erich*: Die Geisteswissenschaften bilden kein „System“, Studium Generale 11 (1958), S. 141 - 146.
- Rottleuthner, Hubert*: Richterliches Handeln. Zur Kritik der juristischen Dogmatik, Frankfurt/Main 1973.
- Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft, Frankfurt/Main 1973.
- Russell, Bertrand*: Denker des Abendlandes. Eine Geschichte der Philosophie, 5. Aufl., München 1997
- Rüßmann, Helmut*: Zur Abgrenzung von Rechts- und Tatfrage, in H.-J. Koch (Hg.), Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie, Kronberg 1976, S. 242 - 270.
- Salomon, Max*: Grundlegung zur Rechtsphilosophie, 2. Aufl., Berlin 1925.
- von Savigny, Eike*: Die Philosophie der normalen Sprache. Eine kritische Einführung in die „ordinary language philosophy“, Frankfurt/Main 1969.
- Scheuerle, Wilhem A.*: Finale Subsumtionen. Studien über Tricks und Schleichwege in der Rechtsanwendung, AcP 167 (1967), S. 305 - 349.
- Gräfin von Schlieffen, Katharina*: Rhetorik und rechtsrhetorische Aufklärung, in: Rechtstheorie 32 (2001), S. 175 - 196.
- Schmidt, Jürgen*: Begründung - Einige Probleme eines rechtstheoretischen Problems, in: F. Kaulbach/W. Krawietz (Hg.), Recht und Gesellschaft, FS für H. Schelsky, Berlin 1978, S. 549 - 578.
- Schmidt, Siegfried J.* (Hg.): Der Diskurs des radikalen Konstruktivismus, 2. Aufl., Frankfurt/Main 1992.
- Schmidt-Salzer, Joachim*: Zur Technik der topischen Rechtsbildung: Angenommene Lizenzgebühr und Verletzergegnung als Grundlage der Schadensberechnung, JR 1969, S. 81 - 90.
- Schmitthoff, Clive M.*: Systemdenken und Fallrecht in der Entwicklung des englischen Privatrechts, JZ 1967, S. 1 - 6.
- Schneider, Egon*: Rezension zu Viehweg, „Topik und Jurisprudenz“, MDR 1963, S. 653 - 654.
- Schneider, Peter*: Prinzipien der Verfassungsdiskussion, VVDStRL 20, Berlin 1963, S. 1 - 52.

Schreckenberger, Waldemar: Über die Pragmatik der Rechtstheorie, in: JbRSoz, Bd. II, Düsseldorf 1972, S. 561 - 575.

- Rhetorische Semiotik: Analyse von Texten des Grundgesetzes und von rhetorischen Grundstrukturen der Argumentation des Bundesverfassungsgerichts, Freiburg / München 1978 (zitiert: *Schreckenberger*: Rhetorische Semiotik).
- Über den Zugang der modernen Logik zur Rechtsdogmatik, in: O. Ballweg/ T.-M. Seibert (Hg.), Rhetorische Rechtstheorie, FS für T. Viehweg, Freiburg/München 1982, S. 155 - 179.
- Notizen über die Rhetorische Semiotik unter besonderer Berücksichtigung der Geltungsproblematik in der Rechtstheorie, in: ARSP Beiheft Nr. 44 (1991), S. 348 - 360 (zitiert: *Schreckenberger*, Notizen über die Rhetorische Semiotik).
- Rhetorik und Demokratie, in: ARSP 86 (2000), S. 367 - 399 (zitiert: *Schreckenberger*, Rhetorik und Demokratie).

Schroth, Ulrich: Theorie und Praxis subjektiver Auslegung im Strafrecht, Berlin 1983.

Schulze, Götz: Ethos, Logos, Pathos. Juristische Rhetorik in der neueren deutschen Zivilrechtsgesetzgebung, in: ARSP Beiheft Nr. 99 (2004), S. 26 - 35.

Schwerdtner, Peter: Rechtswissenschaft und kritischer Rationalismus, Rechtstheorie 2 (1971), S. 67 - 94, 224 - 244.

Seibert, Thomas-Michael: Von Sprachgegenständen zur Sprache von juristischen Gegenständen. Sprachkritische Thesen zum Verhältnis von Eigenzeichen zu juristischen Zeichen, in: ARSP 58 (1972), S. 43 - 52 (zitiert: *Seibert*, Von Sprachgegenständen).

- Argumentationsbeispiele aus dem Rechtsbereich, in: M. Schecker (Hg.), Theorie der Argumentation, Tübingen 1977, S. 313 - 353.
- Zur Fachsprache in der Juristenausbildung, Berlin 1977.
- Kritik des Larenzschen Sprachgebrauchs, in: ARSP Beiheft Nr. 9 (1977), S. 69 - 78.
- Soziales und rechtliches Argumentieren am Beispiel von Gerichtshausarbeiten, in: ARSP Beiheft Nr. 14 (1980), S. 171 - 179
- Juristische Topik, in: LiLi 10 (1980), S. 169 - 177.
- Aktenanalysen. Zur Schriftform juristischer Deutungen, Berlin 1981.
- Fall, Regel und Topos, in: O. Ballweg/ T.-M. Seibert (Hg.), Rhetorische Rechtstheorie, FS für T. Viehweg, Freiburg/München 1982, S. 321 - 335 (zitiert: *Seibert*, Fall, Regel und Topos).
- Zeichen, Prozesse. Grenzgänge zur Semiotik des Rechts, Berlin 1996.
- Grundlagen der Urteilsanalyse: Fall, Regel und Topos, in: B. Feldner / N. Forgó (Hg.), Norm und Entscheidung. Prolegomena zu einer Theorie des Falls, Wien / New York 2000, S. 127 - 152.

Sieckmann, Jan-Reinard: Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems, Baden-Baden 1990.

Simitis, Spiros: Die Bedeutung von System und Dogmatik - dargestellt an rechtsgeschäftlichen Problemen des Massenverkehrs, AcP 172 (1972), S. 131 - 154 (zitiert: *Simitis*: Die Bedeutung von

System und Dogmatik).

Simon, Dieter: Die Unabhängigkeit des Richters, Darmstadt 1975.

Simons, Herbert W. (Hg.): The Rhetorical Turn: Invention and Persuasion in the Conduct of Inquiry, Chicago / London 1990

Sobota, Katharina: Rhetorik: Form ohne Inhalt?, in: ARSP 75 (1989), S. 525 - 533.

- Sachlichkeit. Rhetorische Kunst der Juristen, Frankfurt/Main / Bern / New York / Paris 1990 (zitiert: *Sobota*, Sachlichkeit).
- Imitation und Reflexion in der Rechtsmethodik, in: E. Denninger/ M. Hinz/ P.C. Mayer-Tasch/ G. Roellecke (Hg.), Kritik und Verantwortung; FS für P. Schneider, Frankfurt/Main 1990, S. 501 - 514.
- Don't mention the Norm!, in: IJSL, Vol. IV / 10 (1991), S. 45 - 60.
- Geburt und Tod fiktiver Welten, in: M. Heuser/ W. Schmied (Hg.), Gestalt, Hannover 1991, S. 45 - 55.
- Rhetorisches Seismogramm - eine neue Methode in der Rechtswissenschaft, JZ 1992, S. 231 - 237.
- The Rhetorical Construction of Law, in: IJSL, Vol. V / 13 (1992), S. 39 - 54.
- Argumente und stilistische Überzeugungsmittel in Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. Eine Rhetorik-Analyse auf empirischer Grundlage, in: J. Dyck/ W. Jens/ G. Ueding (Hg.), Rhetorik. Ein internationales Jahrbuch, Bd. 15, Juristische Rhetorik, Tübingen 1996, S. 115 - 136 (zitiert: *Sobota*, Argumente und stilistische Überzeugungsmittel).
- Rhetorische Muster der Rechtsgewinnung am Beispiel einer Entscheidung des OVG Münster, in: T. Schirren/ G. Ueding (Hg.), Topik und Rhetorik. Ein interdisziplinäres Symposium, Tübingen 2000, S. 521 - 539.

Solmsen, Friedrich: Die Entwicklung der aristotelischen Logik und Rhetorik, Berlin 1929.

Spendel, Günter: Rezension zu Viehweg, „Topik und Jurisprudenz“, NJW 1955, S. 1351.

Stelmach, Jerzy., Die hermeneutische Auffassung der Rechtsphilosophie, Ebelsbach 1991.

Störig, Hans Joachim: Kleine Geschichte der Weltphilosophie, Frankfurt/Main 1992

Strauch, Hans-Joachim: Wie wirklich sehen wird die Wirklichkeit? Vom Nutzen des Radikalen Konstruktivismus für die juristische Theorie und Praxis, JZ 2000, S. 1020 - 1029.

Strömholm, Stig: Zur Frage nach der juristischen Argumentationstechnik, in: ARSP 58 (1972), S. 337 - 362.

Struck, Gerhard: Topische Jurisprudenz. Argument und Gemeinplatz in der juristischen Arbeit, Frankfurt/Main 1971 (zitiert: *Struck*, Topische Jurisprudenz).

- Dogmatische Diskussion über Dogmatik, JZ 1975, S. 84 - 88.

- Zur Theorie juristischer Argumentation, Berlin 1977.

Thümmel, Dirk: Rechtsrhetorik als Methodenlehre und Instrument der Vertragsgestaltung, Tübingen

1998.

Tschentscher, Axel: Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit. Rationales Entscheiden, Diskursethik und prozedurales Recht, Baden-Baden 2000.

Ueding, Gerd, Klassische Rhetorik, 2. Aufl., München 1996 (zitiert: *Ueding*, Klassische Rhetorik).

Vico, Gian Battista: Vom Wesen und Weg der geistigen Bildung, deutsch-lateinische Ausgabe, in der Übersetzung von *Walter F. Otto*, Godesberg 1947 (zitiert: *Vico*, Vom Wesen und Weg).

Viehweg, Theodor: Topik und Jurisprudenz. Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung (1953), 5. Aufl., München 1974 (zitiert: *Viehweg*, Topik).

- *Topics and Law. A Contribution to Basic Research in Law* (1953), in der Übersetzung und mit einer Einleitung von *W. Cole Durham, Jr.*, Frankfurt/Main / Berlin / Bern / New York / Paris / Wien 1993.
- *Zur Geisteswissenschaftlichkeit der Rechtsdisziplin* (1958), neu abgedruckt in: *ders.*: Rechtsphilosophie und Rhetorische Rechtstheorie. Gesammelte kleine Schriften, mit einer Einleitung hrsg. von *H. Garn*, Baden-Baden 1995, S. 23 - 34 (zitiert: *Viehweg*, *Zur Geisteswissenschaftlichkeit*).
- *Über den Zusammenhang zwischen Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtsdogmatik* (1960), neu abgedruckt ebd., S. 35 - 44 (zitiert: *Viehweg*, *Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtsdogmatik*).
- *Zwei Rechtsdogmatiken* (1960), neu abgedruckt ebd., S. 176 - 184 (zitiert: *Viehweg*, *Zwei Rechtsdogmatiken*).
- *Rechtsphilosophie als Grundlagenforschung* (1961), neu abgedruckt ebd., S. 45 - 60 (zitiert: *Viehweg*, *Rechtsphilosophie als Grundlagenforschung*).
- *Der deutsche Jurist - Über Mängel und Reform des Rechtsstudiums in der Bundesrepublik* (1962), neu abgedruckt ebd., S. 74 - 85.
- *Systemprobleme in Rechtsdogmatik und Rechtsforschung* (1968), neu abgedruckt ebd., S. 97 - 106 (zitiert: *Viehweg*, *Systemprobleme*).
- *Was heißt Rechtspositivismus?* (1968), neu abgedruckt ebd., S. 166 - 175.
- *Ideologie und Rechtsdogmatik* (1969), neu abgedruckt ebd., S. 86 - 96 (zitiert: *Viehweg*, *Ideologie und Rechtsdogmatik*).
- *Some Considerations Concerning Legal Reasoning* (1969), neu abgedruckt ebd., S. 107 - 115.
- *Über die Zukunft der Rechtsphilosophie als Grundlagenforschung* (1969), neu abgedruckt ebd., S. 116 - 124 (zitiert: *Viehweg*, *Zukunft der Rechtsphilosophie*).
- *Positivismus und Jurisprudenz* (1971), neu abgedruckt ebd., S. 159 - 165.
- *Modelle juristischer Argumentation in der Neuzeit* (1972), neu abgedruckt ebd., S. 127 - 136.
- *Notizen zu einer rhetorischen Argumentationstheorie der Rechtsdisziplin* (1972), neu abgedruckt ebd., S. 191 - 199 (zitiert: *Viehweg*, *Notizen zu einer rhetorischen Argumentationstheorie*).
- *Schritte zu einer Rhetorischen Rechtstheorie* (1977), neu abgedruckt ebd., S. 200 - 205 (zitiert: *Viehweg*, *Schritte zu einer Rhetorischen Rechtstheorie*).

- Rhetorik, Sprachpragmatik, Rechtslehre (1978), neu abgedruckt ebd., S. 206 - 209 (zitiert: *Viehweg*, Rhetorik, Sprachpragmatik).
- Zur Topik, insbesondere auf juristischem Gebiete (1981), neu abgedruckt ebd., S. 210 - 213 (zitiert: *Viehweg*, Zur Topik)
- Reine und Rhetorische Rechtslehre (1981), neu abgedruckt ebd., S. 214 - 217 (zitiert: *Viehweg*, Rhetorische Rechtslehre).
- Antirhetorische und rhetorische Kontrolle rechtlicher Argumentationen (1985), neu abgedruckt ebd., S. 218 - 222 (zitiert: *Viehweg*, Antirhetorische und rhetorische Kontrolle).

Watzlawick, Paul (Hg.): Die erfundene Wirklichkeit, 2. Aufl., München 1985.

Weinberger, Ota: Jurisprudenz zwischen Logik und Plausibilitätsargumentation, Juristische Analysen 3 (1971), S. 553 - 574.

- Topik und Plausibilitätsargumentation, in: ARSP 59 (1973), S. 17 - 35.
- Logische Analyse als Basis der juristischen Argumentation, in: W. Krawietz/ R. Alexy (Hg.), Metatheorie juristischer Argumentation, Berlin 1983, S. 159 - 232 (zitiert: *Weinberger*, Logische Analyse).

Wellmer, Albrecht: Ethik und Dialog. Elemente des moralischen Urteils bei Kant und in der Diskursethik, Frankfurt/Main 1986.

Wesenberg, Gerhard: Rezension zu *Viehweg*, „Topik und Jurisprudenz“, JZ 1955, S. 462.

Weyrauch, Walter O.: Das Gesellschaftsbild des Juristen, Neuwied / Berlin 1970.

Wieacker, Franz: Gesetzesrecht und richterliche Kunstregel. Zu Essers Buch „Grundsatz und Norm“, JZ 1957, S. 701 - 706.

- Gesetz und Richterkunst. Zum Problem der außergesetzlichen Rechtsordnung, Karlsruhe 1958 (zitiert: *Wieacker*, Gesetz und Richterkunst).
- Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung, 2. Aufl., Göttingen 1967.
- Rezension zu Canaris, „Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz“, in: Rechtstheorie 1 (1970), S. 107 - 119.
- Zur praktischen Leistung der Rechtsdogmatik, in: R. Bubner/ K. Cramer/ R. Wiehl (Hg.), Hermeneutik und Dialektik, FS für H.G. Gadamer, Bd. II, Tübingen 1970, S. 311 - 336 (zitiert: *Wieacker*, Leistung der Rechtsdogmatik).
- Zur Topikdiskussion in der zeitgenössischen deutschen Rechtswissenschaft, in: E. v. Caemmerer u.a. (Hg.), XENION, Festschrift für Zepos, Bd. I, Athen / Freiburg/Br. / Köln 1973, S. 391 - 415 (zitiert: *Wieacker*, Zur Topikdiskussion).

Wieland, Wolfgang: Die aristotelische Physik. Untersuchungen über die Grundlegung der Naturwissenschaft und die sprachlichen Bedingungen der Prinzipienforschung bei Aristoteles, Göttingen 1962 (zitiert: *Wieland*, Die aristotelische Physik).

- Aristoteles als Rhetoriker und die exoterischen Schriften, in: Hermes 86 (1958), S. 323 - 346 (zitiert:

Wieland, Aristoteles als Rhetoriker).

Wilburg, Walter: Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht, Graz 1950 (zitiert: *Wilburg*, Entwicklung eines beweglichen Systems)

Wolff, Stephan: Der rhetorische Charakter sozialer Ordnungen. Selbstverständlichkeit als soziales Problem, Berlin 1976.

ders./ Müller, Hermann: Kompetente Skepsis. Eine konversationsanalytische Untersuchung zur Glaubwürdigkeit im Strafverfahren, Opladen 1997.

Wroblewski, Jerzy: Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision, *Rechtstheorie* 5 (1974), S. 33 - 46.

Würtenberger, Thomas: Der Beitrag der Topik zur Rechtsfindung, *MDR* 1969, S. 626 - 631.

Zippelius, Reinhold: Problemjurisprudenz und Topik, *NJW* 1967, S. 2229 - 2234.

Einleitung

Im Jahre 1953 erschien die Abhandlung „Topik und Jurisprudenz“¹ von *Theodor Viehweg*. In diesem schmalen Band vertritt *Viehweg* die These², daß die Topik als eine von der Rhetorik entwickelte Techne des Problemdenkens ein konstitutives Element des juristischen Denkens bilde und die Struktur des juristischen Denkens präge. Damit hat *Viehweg* eine nachhaltige Grundlagendebatte ausgelöst und zugleich den Grundstein für die Rhetorischen Rechtstheorie der sog. „Mainzer Schule“ gelegt³.

Die „Topik-These“ war in den 50er- und 60er-Jahren Gegenstand vehementer Auseinandersetzungen, wobei im Mittelpunkt der Kontroverse die Gegenüberstellung von Problemendenken und Systemdenken bzw. von offenem und geschlossenem Rechtssystem stand⁴. Die heftigen Reaktionen dokumentieren die Brisanz des von *Viehweg* formulierten Gegenentwurfs zu dem seinerzeit vorherrschenden Selbstverständnis der Rechtswissenschaft. Bezeichnend ist die Einschätzung *Martin Krieles*, der formuliert, was offenbar viele empfunden haben: „Der Satz ‚Juristisches Denken ist topisch‘ ist die fundamentalste Herausforderung, die die juristische Methodenlehre bisher erfahren hat“⁵. Das starke Diskussionsbedürfnis wird dabei gängigerweise darauf zurückgeführt, daß die abstrakten Postulate der herkömmlichen Methodenlehre der Pragmatik des juristischen Alltags nicht mehr Rechnung tragen konnten: „Das Arsenal der Methodenlehre reichte nicht mehr aus, um die

¹ *Viehweg*, Topik und Jurisprudenz. Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung, München 1953, 2. Aufl. 1963, 3. Aufl. 1965, 4. Aufl. 1969, 5. Aufl. 1974.

² Dieser Kerngedanke geht zurück auf einen unveröffentlichten Vortrag zum Thema „Topik und Axiomatik in der Jurisprudenz“, den *Viehweg* am 21.7.1950 vor der Fakultät für Rechts- und Wirtschaftswissenschaften in Mainz gehalten hat.

³ Grundlegend für die deutsche Topik-Debatte ferner *Esser*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts (1956), 5. Aufl., Tübingen 1990. Zeitgleich und unabhängig von der Topik-Debatte erfolgte eine Wiederbelebung rhetorischer Traditionen durch die Konzeption der „Neuen Rhetorik“, vgl. *Perelman/Olbrechts-Tyteca*, Logique et Rhétorique, 140 Revue Philosophique de la France et de l'Étranger 140, Paris 1950, 1 ff.; *dies.*, Rhétorique et Philosophie, Paris 1952; *dies.*, La nouvelle Rhétorique. Traité de l'Argumentation, Brüssel 1958.

⁴ Einzelne Nachweise dazu unten S. 24, Fn. 85 - 87. Die Kontroverse wurde zunächst und vor allem im Bereich des Zivilrechts geführt, auf das sich auch *Viehweg* selbst als Zivilrechtler bezieht, daneben aber auch im Bereich des Verfassungsrechts; s. zur besonderen Bedeutung im Zivilrecht *Simitis*, Die Bedeutung von System und Dogmatik - dargestellt an rechtsgeschäftlichen Problemen des Massenverkehrs, AcP 172 (1972), 131.

⁵ *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung (1967), 2. Aufl., Berlin 1976, S. 114. Im angelsächsischen Rechtsraum lassen sich *Viehwegs* Überlegungen anders als im Bereich der kontinentalen Rechtskultur zwanglos mit gängigen Vorstellungen vereinbaren, dazu *Durham*, Vorwort zu *Viehweg*, Topics and Law, Frankfurt/Main u.a. 1993, S. xi, xx, xxiii ff.; *Thümmel*, Rechtsrhetorik als Methodenlehre und Instrument der Vertragsgestaltung, Tübingen 1998, S. 23 ff. m.w.N. Entsprechend stärker sind dort rechtsrhetorische Ansätze vertreten, s. etwa *Gold, Marc E.*: The Rhetoric of Constitutional Argumentation, in: University of Toronto Law Journal 35 (1985), S. 154 ff.; *Robertshaw, Paul*: Law, Language and Rhetoric, in: Modern Law Review 50 (1987), S. 971 ff.; *Goodrich, Peter*: Legal Discourse. Studies in Linguistics, Rhetoric and Legal Analysis, New York 1987; *Jackson, Bernhard S.*: Law, Fact and Narrative Coherence, Merseyside 1988.

Vielzahl der neuen Probleme zu bewältigen, die im Zuge der wirtschaftlichen Prosperität der Nachkriegsgesellschaft sowie im Zuge der Verrechtlichung im Wohlfahrtsstaat an das Rechtssystem herangetragen wurden⁶. Weitgehend losgelöst von der akademischen Debatte hatte die richterliche Entscheidungspraxis eine Wirklichkeit geschaffen, zu deren Erfassung die überkommenen Begriffe und Theorien nicht geeignet schienen, die zu problematisieren aber ein zunehmend stärkeres Bedürfnis entstand⁷.

Allerdings sah sich die traditionelle Methodenlehre, zurückgehend auf *Savigny* und die Hermeneutik des 19. Jahrhunderts⁸, zunehmend auch Kritik aus anderen Richtungen ausgesetzt. So formierte sich seit den späten 60er-Jahren einerseits eine als „Neue Hermeneutik“ bezeichnete Richtung unter Bezugnahme auf die philosophische Hermeneutik *Gadamer* (*Esser, Larenz, Hruschka, Kaufmann*) sowie andererseits eine sprachphilosophisch orientierte Strömung unter Bezugnahme auf *Wittgenstein* (*Hart, Eckmann, Roellecke*)⁹. In den 70er-Jahren traten sodann verstärkt Versuche in den Vordergrund, die „Logische Semantik“ unter Rückgriff auf *Carnap* für die juristische Methodik fruchtbar zu machen (*Koch, Rüßmann, Herberger, Simon, Zimmermann*); ab Ende der 70er-Jahre kamen ferner *Alexys* Theorie der rationalen juristischen Argumentation sowie andere Ansätze hinzu, die sich durch eine Rezeption der „Linguistischen Pragmatik“ kennzeichnen (*Schiffauer, Hegenbarth, Aarnio*)¹⁰.

Während das Angebot rechtstheoretischer Entwürfe und Modelle insgesamt breiter wurde, verlief sich die Topik-Diskussion in den 70er-Jahren in den verschiedenen Theorieströmungen. Als ein gewisser Schlußpunkt der um *Viehweg* geführten Diskussion wird inso-

⁶ *Oppermann*, Die Rezeption des Nordamerikanischen Rechtsrealismus durch die Deutsche Topikdiskussion, Frankfurt/Main 1985, S. 23. Zugleich stieß die „Topik-These“ auch in benachbarten Disziplinen Interesse, s. etwa *Hennis*, Politik und praktische Philosophie, Hamburg 1963, S. 89 ff.

⁷ Zur Überwindung des bereits in der Weimarer Zeit ausgetragenen Streit zwischen Positivismus und Naturrecht sowie zur Entwicklung der Methodendiskussion nach dem zweiten Weltkrieg s. etwa *Kaufmann*, Durch Naturrecht und Rechtspositivismus zur juristischen Hermeneutik, in: *ders.*, Beiträge zur juristischen Hermeneutik, Köln u.a. 1984, S. 79 ff.; *Krawietz*, Juristische Entscheidung und wissenschaftliche Erkenntnis, Wien/New York 1978, S. 155 ff., 173 ff.; *ders.*, Zum Paradigmenwechsel im juristischen Methodenstreit, Rechtslehre Beiheft 1 (1979), 113 ff. Für den Bereich gerade der Verfassungsinterpretation s. ferner *Kriele*, Rechtsgewinnung, S. 13 ff., 37 ff.; *Dreier*, Zur Problematik und Situation der Verfassungsinterpretation, in: *ders.*, Recht - Moral - Ideologie, Frankfurt/Main 1981, S. 106 ff.

⁸ Als zeitgenössischer Vertreter *Engisch*, Einführung in das juristische Denken (1956), 8. Aufl., Stuttgart u.a. 1983.

⁹ Dazu informativ *Busse*, Juristische Semantik. Grundfragen der juristischen Interpretationstheorie in sprachwissenschaftlicher Sicht, Berlin 1993, S. 52 f., 76 ff., 135 ff. m.w.N.

¹⁰ *Busse*, Juristische Semantik, S. 52 f., 104 ff. m.w.N.

weit *Gerhard Ott*s Aufsatz „20 Jahre Topik-Diskussion“ aus dem Jahre 1970 angesehen¹¹. Zwar trat in den 70er-Jahren zugleich eine Reihe neuer rechtsrhetorischer Autoren hervor (*Ballweg, Schreckenberger, Seibert, Rodingen*). Deren Schriften fanden jedoch nur wenig Aufmerksamkeit und vermochten es nicht, der Rhetorischen Rechtstheorie eine eigenständige Wahrnehmung und ein breiteres Interesse zu erhalten. Prägend für diese neueren Arbeiten war über weite Strecken eine kritisch-aufklärerische Tendenz, darauf gerichtet, den Zusammenhang zwischen Jurisprudenz und etablierten Machtstrukturen aufzudecken oder womöglich zu überwinden. Mit dem Entwurf einer Rechtstheorie, die die Berücksichtigung historischer, soziologischer und ökonomischer Faktoren als legitime Bestandteile juristischer Entscheidungen auszuweisen suchte, verband sich die Hoffnung auf eine vom alten Subsumtionsmodell nie erreichte Ehrlichkeit. Die geringe Resonanz mag daher teilweise darauf zurückzuführen sein, daß die Mehrheit der Rechtswissenschaftler den in Rede stehenden politischen Implikationen mit Ablehnung gegenüberstand. Wichtiger erscheint aber ein weiterer Aspekt. So ließ die Ausdifferenzierung von Forschungsansätzen in den Nachbardisziplinen (Philosophie, Linguistik, Psychologie, Soziologie usw.) und deren Rezeption auch die verschiedenen rechtstheoretischen Positionen zunehmend voraussetzungsreicher und unzugänglicher werden. Dies gilt auch für die Rhetorische Rechtstheorie, nämlich deren Hinwendung zur Sprachpragmatik. Gerade in den Reihen der Praktiker, bei denen „Topik und Jurisprudenz“ noch auf viel Zuspruch gestoßen war, könnte die Rechtsrhetorik damit an Plausibilität eingebüßt haben.

In den 90er-Jahren legte die Rhetorische Rechtstheorie der „Mainzer Schule“ die politisch gefärbte Blickrichtung früherer Zeiten ab. Neben *Ballweg* steht dabei nun insbesondere *Sobota* für eine Rechtsrhetorik, die durch eine Rezeption von Autoren des Konstruktivismus geprägt ist und insofern als ernüchtert gelten kann, als weder die Verbesserung der Gesellschaft noch auch nur die Entwicklung verbindlicher methodischer Anweisungen in Anspruch genommen wird. Richtungsweisend ist die Überlegung, daß vorrangig vor neuartigen methodischen Entwürfen primär eine gründliche analytische Rekonstruktion und empirische Aufhellung der Voraussetzungen juristischer Entscheidungsfindungs- und Begründungsprozesse anzustreben ist. Darin wird zugleich die beste Gewährleistung dafür gesehen, daß rechtliche Rationalitätsstandards gepflegt, aber keine überzogenen Rationalitätserwartungen geweckt werden.

¹¹ *Otte*, Zwanzig Jahre Topik-Diskussion: Ertrag und Aufgaben, *Rechtstheorie* 1 (1970), 183 ff.; vgl. *Oppermann*, *Topikdiskussion*, S. 4.

Daran, daß die Rechtsrhetorik seit dem Abklingen der Topik-Diskussion weitgehend eine Schattenexistenz fristet, hat sich allerdings nichts geändert, obwohl sich eine gewisse Ernüchterung auch innerhalb anderer Strömungen verzeichnen läßt. So konnte im Rahmen der rechtstheoretischen und methodologischen Debatte bis heute kein einheitlicher Ansatz entwickelt werden, der es vermocht hätte, die Wirksamkeit des überkommenen „Subsumtionsideals“ als Leitbild für die Praxis zu erreichen oder dieses zu verdrängen. Vielmehr läßt sich eine gewisse Hilflosigkeit konstatieren, deren Überwindung um so weniger zu erwarten ist, als die weiterhin zunehmend diffizileren Lösungsversuche von der juristischen Ausbildung und Praxis weitgehend abgekoppelt bleiben. Die Rechtsrhetorik bildet dabei keine Ausnahme. Gleichzeitig scheint sie allerdings in besonderem Maße zur Integration sowohl sprachanalytischer als auch empirischer Ansätze geeignet¹². Zudem ist zu bemerken, daß die bereits von *Viehweg* formulierte Zielsetzung, nämlich „eine zulängliche Theorie der Praxis zu entwickeln“¹³, und eine damit korrespondierende Hinwendung zur Pragmatik, wie sie von der Rhetorischen Rechtstheorie schon in den 70er-Jahren vollzogen wurde, in der aktuellen rechtstheoretischen Debatte deutliche Berührungspunkte findet.

Indes haftet der Rechtsrhetorik nach wie vor der in der Topik-Debatte erhobene Verdacht an, leichtfertig die unumstößlichen Postulate der Gesetzesbindung und rationalen Kontrollierbarkeit rechtlichen Entscheidens preiszugeben. Auch wenn weitgehend anerkannt wird, daß namentlich die Arbeit von *Viehweg* einige in der Rechtspraxis anzutreffende Phänomene in ein überraschend helles Licht rückt, bleibt das Gefühl, daß hier übertrieben, zu weit gegangen worden sei. Dies mag auch daran liegen, daß *Viehweg* auf vergleichsweise wenigen Seiten und hohem Abstraktionsniveau eine Fülle von Überlegungen sehr unterschiedlicher Autoren aufgreift, die er in einer spezifischen Mischung aus Vorsicht, Ironie und Originalität zu einem eigenen Ansatz verbindet. Tatsächlich geht es der Rechtsrhetorik aber nicht um die Negierung der angesprochenen Postulate, sondern um eine realistische Einschätzung der Steuerbarkeit rechtlicher Entscheidungsprozesse und ein reflektiertes juristisches Selbstbild. Es bleibt daher die Frage, ob der Wunsch nach Gewißheiten und der

¹² Umgekehrt wird die Rhetorik - insbes. im angloamerikanischen Raum - zunehmend auch in anderen Disziplinen rezipiert bzw. als eigenständige Disziplin gepflegt, s. nur *Simons* (Hg.), *The Rhetorical Turn: Invention and Persuasion in the Conduct of Inquiry*, Chicago/London 1990; *Durham*, Vorwort zu *Viehweg*, *Topics and Law*, S. xxxii f. m.w.N.; für die deutsche Debatte etwa *Schirren/Ueding* (Hg.), *Topik und Rhetorik. Ein interdisziplinäres Symposium*, Tübingen 2000.

¹³ *Viehweg*, *Topik*, S. 14. Vgl. dazu auch *Morlok/Kölbel/Launhardt*, *Recht als soziale Praxis. Eine soziologische Perspektive in der Methodenlehre, Rechtstheorie* 31 (2000), 15 ff.

Erhaltung eines überkommenen juristischen Selbstverständnisses nicht nach wie vor der Anerkennung eines Ansatzes im Wege stehen, der zu einem vertieften Verständnis rechtlichen Handelns deutlich beitragen könnte.

Diese Frage ist Gegenstand der vorliegenden Arbeit. Den Ausgangspunkt bildet dabei im ersten Teil die Auseinandersetzung mit *Viehwegs* Grundwerk „Topik und Jurisprudenz“. In diesem Rahmen sind die zentralen Aussagen *Viehwegs* nachzuvollziehen und herauszuarbeiten, um sodann die daran geübte Kritik auf ihre Stichhaltigkeit hin analysieren zu können. Dabei wird deutlich werden, daß die Topik-Debatte bei einer unzulänglichen und teilweise voreingenommene Betrachtung seines Werkes stehen geblieben ist.

Nachdem die Resultate dieser Debatte einer kritischen Bilanz unterzogen wurden, wird im zweiten Teil zunächst darauf eingegangen, welche Fortentwicklung der Ansatz *Viehwegs* durch *Viehweg* selbst sowie die späteren Autoren der „Mainzer Schule“ genommen hat. Interesseleitend ist dabei, welche Grundannahmen die verschiedenen Vertreter der Rhetorischen Rechtstheorie verbindet und inwieweit sie sich zu einem konsistenten Konzept zusammenfügen.

Schließlich gilt es, die so konturierte Rhetorische Rechtstheorie in der gegenwärtigen Diskussion zu verorten. Als Bezugsrahmen dienen dabei einerseits normativ ausgerichtete juristische *Argumentationstheorien* und andererseits Ansätze, die sich an der durch *Müller* begründeten *Strukturierende Rechtslehre* orientierten. Insoweit gelangt die Untersuchung zu dem Ergebnis, daß sich nicht nur die Anschlußfähigkeit der Rechtsrhetorik an andere Konzeptionen ausweisen läßt, sondern daß ihr auch nach wie vor eine eigenständige Berechtigung zukommt.

1. Teil: Intention und Rezeption von „Topik und Jurisprudenz“

I. Überblick über Grundlagen und Strömungen der Topik-Debatte

Obwohl oder gerade weil das Erscheinen von „Topik und Jurisprudenz“ inzwischen ein halbes Jahrhundert zurückliegt, kann dessen Inhalt nicht als bekannt vorausgesetzt werden. Zwar wird die „*viehwegsche* Topik“ in zahlreichen Standardwerken der Methodenlehre bzw. der Rechtstheorie nach wie vor wenigstens erwähnt¹⁴. Leider geschieht dies häufig in einer Form, die eher Befremden als Verständnis hervorzurufen geeignet ist, weil sie lediglich die „herrschende Meinung“ zu *Viehweg* zusammenfaßt. Um zu einer angemessenen Bewertung sowohl des *viehwegschen* Ansatzes als auch der bisherigen Debatte zu gelangen, empfiehlt es sich demgegenüber, den Gesichtspunkten der Klarheit und Verständlichkeit den Vorzug vor eleganter Kürze zu geben und wie folgend der kritischen Analyse zunächst einen möglichst ungefärbten Überblick über die Gedankenführung *Viehwegs* voranzustellen.

1. Die Gedankenführung in „Topik und Jurisprudenz“

a) *Aristotelische* Topik nach *Viehweg*

Viehwegs Interesse an der Topik verdankt sich, wie er hervorhebt, einem Hinweis *Vicos*, der eine alte *rhetorische* (topische) Form des Denkens von einer neuen *kritischen* Methode, die auf *Descartes* zurückgeht, unterscheidet und an gewisse Vorzüge der alten Denkweise erinnert¹⁵. Für *Viehweg* wirft dies die Frage auf, ob sich eine entsprechende Strukturveränderung des Denkens auch für die Jurisprudenz verzeichnen läßt bzw. was sie für diese bedeutet. Dies setzt eine Klärung des Topik-Begriffs voraus.

Die Topik geht nach *Viehweg* zurück auf die Disputierkunst der antiken Rhetoren und Sophisten, mit der sich *Aristoteles* in seiner Schrift „Topik“ (daher der Name) sowie später in

¹⁴ Statt vieler nur *Kaufmann/Hassemer/Neumann* (Hg.), Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 7. Aufl., Heidelberg 2004, S. 24, 87, 264; *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, 8. Aufl., Berlin 2002, Rn. 112; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin u.a. 1991, S. 145 ff.; *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. Berlin/New York 1991, S. 142 ff.

¹⁵ *Viehweg*, Topik, S. 15 ff., unter Bezug auf *Vico*, Vom Wesen und Weg der geistigen Bildung (De nostri temporis studiorum ratione, 1708), Godesberg 1947.

den „Sophistischen Widerlegungen“ auseinandergesetzt hat¹⁶. Das Anliegen von *Aristoteles*, das *Viehweg* aufgreift, geht dabei dahin, Regeln für Disputationen aufzustellen. Zu diesem Zweck charakterisiert *Aristoteles* zunächst seinen Gegenstand, die Disputation, indem er zwischen *Apodeiktik* und *Dialektik* unterscheidet: Die Apodeiktik weist er als Feld der Wahrheit den Philosophen zu. Die Dialektik¹⁷ grenzt er davon als Bereich des *bloß Wahrscheinlichen oder Meinungsmäßigen* ab. Das Interesse von *Aristoteles* richtet sich nun speziell auf den Bereich der Dialektik, und zwar unter dem Gesichtspunkt, „eine Methode zu finden, nach der wir über jedes aufgestellte Problem aus meinungsmäßigen Sätzen (εξ ενδοξων) Schlüsse bilden können und, wenn wir selbst Rede stehen sollen, in keine Widersprüche geraten“¹⁸. Dabei verlangt *Aristoteles* für dialektische Schlüsse nicht anders als für apodeiktische formale Korrektheit¹⁹. Der maßgebliche Unterschied zu apodeiktischen Schlüssen liegt in der Beschaffenheit der Prämissen: Eine Apodeixis (Demonstration) liegt vor, „wenn der Schluß aus wahren und ersten Sätzen gewonnen wird, oder aus solchen, deren Erkenntnis aus wahren und ersten Sätzen entspringt. Dagegen ist ein dialektischer Schluß ein solcher, der aus Meinungsmäßigem gezogen wird“²⁰. Gedacht ist dabei aber nicht an beliebige Auffassungen, vielmehr müssen sich die meinungsmäßigen Vordersätze nach *Aristoteles* dadurch auszeichnen, daß sie „Allen oder den Meisten oder den Weisen wahr scheinen, und auch von den Weisen wieder entweder Allen oder

¹⁶ *Viehweg*, Topik, S. 19, 29. Zur Entwicklung der Topik ausführlich *Ueding*, *Klassische Rhetorik*, 2. Aufl., München 1996, S. 11 ff. *Kriele*, *Rechtsgewinnung*, S. 133 Fn. 73, hebt unter Hinweis vor allem auf *Ernst Kapp*, Artikel „Syllogistik“, in: *Paulys Realenzyklopädie der klassischen Altertumswissenschaften*, II. Reihe, 7. Halbbd., Stuttgart 1931, Sp. 1055, hervor, daß *Aristoteles* nicht nur dem Begriff, sondern auch der Sache nach Schöpfer der Topik sei. Ebenso *Rehbock*, *Topik und Recht*, München 1988, S. 32.

¹⁷ Zu beachten ist die unterschiedliche Terminologie: Im folgenden wird Dialektik nur im dargelegten *aristotelischen* verstanden, nicht im *platonischen* Sinne philosophisch strenger Wahrheitssuche - dazu *Blühdorn*, *Kritische Bemerkungen zu Theodor Viehwegs Schrift: Topik und Jurisprudenz*, Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis, 1970, 269 ff. (281 ff.) - oder im modernen *hegelianischen* Sinne gebraucht.

¹⁸ *Aristoteles*, Top. I. 1. 1. Entsprechend der auch von *Viehweg* zugrunde gelegten Übersetzung wird grds. nach der Topik-Übersetzung von *Rolfes* zitiert. Zu beachten ist jedoch, daß *Viehweg*, Topik, S. 21, den *aristotelischen* Ausdruck „endoxa“ mit „meinungsmäßige Sätze“, und nicht wie *Rolfes* mit „wahrscheinliche Sätze“ übersetzt. Abweichend wiederum *Gohlke*, Einleitung zu *Aristoteles*, Topik, Paderborn 1952, S. 20 ff., der von „anerkannten Sätzen“ spricht, dem folgend auch *Bokeloh*, *Der Beitrag der Topik zur Rechtsgewinnung*, Göttingen 1973, S. 21; *Kriele*, *Rechtsgewinnung*, S. 135, votiert für eine Umschreibung als „generally accepted opinions“. Vorliegend wird insoweit der Formulierung *Viehwegs* gefolgt. Vgl. auch *Struck*, *Topische Jurisprudenz. Argument und Gemeinplatz in der juristischen Arbeit*, Frankfurt/Main 1971, S. 38; *Wieacker*, *Zur praktischen Leistung der Rechtsdogmatik*, in: *Bubner (Hg.), Hermeneutik und Dialektik*, FS Gadamers, Bd. II, Tübingen 1970, S. 328 Fn. 46.

¹⁹ Nach *Viehweg* überträgt *Aristoteles* seine logikwissenschaftlichen Überlegungen auf die Bedingungen der Disputation, vgl. *Viehweg*, Topik, S. 20, unter Berufung auf *Carl Prantl*, *Geschichte der Logik im Abendlande*, Bd. I, 1855, S. 341 f. *Kriele*, *Theorie der Rechtsgewinnung*, S. 133 Fn. 74, weist demgegenüber unter Berufung auf *Christian A. Brandis*, *Über die Reihenfolge der Bücher des aristotelischen Organons*, 1833, darauf hin, daß die Topik in der Reihenfolge des Organon zwar den beiden Analytiken folge, aber jedenfalls in ihren Hauptteilen (Bücher II - VII) gleichwohl früher entstanden sei als diese.

²⁰ Vgl. *Aristoteles*, Top. I. 1. 2. 3.

den Meisten oder den Bekanntesten und Angesehensten²¹. Ausgehend davon charakterisiert *Viehweg* dialektische Schlüsse als solche, „welche angesehene, wahrscheinende Meinungen, die auf Annahme rechnen dürfen (endoxa), zur Prämisse haben“²².

Den Prämissen kommt damit die entscheidende Bedeutung für die Qualität einer jeweiligen Disputation zu. In der Auswahl geeigneter Prämissen, aus denen es eine plausible Lösung zu entwickeln gilt, liegt die zentrale Schwierigkeit. *Aristoteles* versucht daher, diesen Vorgang zu strukturieren. *Viehweg* faßt diese Strukturierung wie folgt zusammen: „Er (*Aristoteles*) findet, daß jede Disputation aus Sätzen erwächst, bei denen es um Probleme geht, und jeder Satz und jedes Problem betrifft entweder ein *Akzidenz* oder die *Gattung* oder das *Proprium* oder die *Definition*. Daher sind die Schlüsse nach diesen genera einzuteilen (Top. I. 4. 2; vgl. hierzu die Definitionen in Top. I. 5. 2.; 5. 4.; 5. 5.; 5. 6)²³. (...) Die Frage, wie nun die genannten vier genera sich zu den berühmten zehn Kategorien (Quidität, Quantität, Qualität, Relation, Wo, Wann, Liegen, Haben, Wirken, Leiden) verhalten, wird in Top. I. 9 beantwortet. ‚Zu einer von diesen zehn Kategorien müssen das Akzidenz, die Gattung, das Proprium und die Definition immer gehören‘ (Top. I. 9. 1. 3.). (...) Als Begründungsweisen stehen natürlich auch in der Dialektik Induktion und Syllogismus zur Verfügung (Top. I. 12). Um aber nun passende Schlüsse finden zu helfen, gibt es vier sehr wichtige Werkzeuge: (a) Das Auffinden und Ergreifen der Prämissen; (b) die Unterscheidung einer vorliegenden Vieldeutigkeit des Sprachausdruckes und Unterscheidung der verschiedenen Kategorienbestimmtheiten; (c) das Auffinden der Gattungs- und Artunterschiede; (d) das Auffinden der Ähnlichkeiten bei verschiedenen Gattungen (Top. I. 13 - 18)“²⁴.

Erst anschließend an diese philosophische Einordnung im ersten Buch der „Topik“ gelangt *Aristoteles* zu den sogenannten *Topoi*, die er in den folgenden Büchern nach Maßgabe der genannten vier genera einteilt und abhandelt: Demnach ergeben sich je nach dem, welche genera mit einem jeweiligen Problem angesprochen sind, bestimmte Gesichtspunkte, bei

²¹ *Aristoteles*, Top. I. 1. 5. 3.

²² *Viehweg*, Topik, S. 22.

²³ Ein *Akzidenz* wohnt dem Subjekt bei, aber läßt sich nicht mit ihm vertauschen (z.B. dieser Mensch ist blind), die *Gattung* wohnt nicht nur dem Subjekt bei, sondern gehört zur Bestimmung seines Wesens (z.B. der Mensch ist ein sinnliches Wesen), das *Proprium* wohnt nicht nur dem Subjekt bei, sondern wird mit ihm auch vertauscht (z.B. der Mensch lacht, was lacht ist Mensch), die *Definition* wohnt nicht nur dem Subjekt bei, sondern steht als Wesensbestimmung und wird mit ihm vertauscht (z.B. jeder Mensch ist ein vernünftiges Sinneswesen, jedes vernünftige Sinneswesen ist ein Mensch), vgl. *Rolfes*, Anmerkung zu *Aristoteles*, Top. IV. I. 1. 1., S. 210.

²⁴ *Viehweg*, Topik, S. 22. f.

denen die Gedankenführung und die Gewinnung einschlägiger Prämissen ansetzen kann²⁵. Eine ausdrückliche Erklärung zum Begriff der Topoi gibt *Aristoteles* in der „Topik“ im übrigen nicht. Doch findet sich eine solche in der *aristotelischen* „Rhetorik“: „Wir reden von topoi mit Beziehung auf die dialektischen und rhetorischen Schlüsse. Die Topoi sind es, die sich gleichmäßig auf rechtliche, physikalische, politische und viele andere der Art nach verschiedene Gegenstände beziehen, wie es z.B. von dem Topos aus dem Mehr oder Minder gilt: aus ihm kann man, ebensogut wie über Gegenstände des Rechts, über andere, die der Physik oder jeder beliebigen Wissenschaft angehören, einen Syllogismus oder ein Enthymema gewinnen, obwohl diese Disziplinen der Art nach voneinander verschieden sind. Dagegen sind eigentümliche Prinzipien alle die, die zur Zahl der in eine einzelne Art und Gattung einschlagenden Sätze gehören, wie es z.B. in der Physik Sätze gibt, die keinen Schluß und kein Enthymema in ethischen, und umgekehrt in der Ethik Sätze, die keines von beiden in physikalischen Fragen gestatten“²⁶.

Viehweg seinerseits kennzeichnet davon ausgehend die Topoi als „vielseitig verwendbare, überall annehmbare Gesichtspunkte, die im Für und Wider des Meinungsmäßigen gebraucht werden und zum Wahren hinführen können“²⁷. Indes erinnert *Viehweg* zugleich an die Ausrichtung der Topik auf den antiken Disputationsbetrieb und eine entsprechende Warnung seitens *Aristoteles*: „Man darf aber nicht mit jedem disputieren und sich nicht mit dem ersten besten einlassen; denn je nachdem der Gegner ist, kann aus den Disputationen nichts Rechtes werden (Top. VIII. 14. 11. 1.)“²⁸.

Wenngleich die Begründung der Topik auf *Aristoteles* zurückgeht, war - wie *Viehweg* hervorhebt - für ihre geschichtliche Wirkung allerdings die ca. 300 Jahre später verfaßte „Topik“ *Ciceros* von größerer Bedeutung, die, einem Juristen gewidmet, auf die philosophische Herleitung verzichtet und vielmehr „eine Art Rezeptbuch“ darstellt²⁹. Einleitend stellt

²⁵ Einen Überblick über die einzelnen Topoi nebst Erläuterungen gibt *Rehbock*, Topik und Recht, S. 41 ff. Dazu gehören etwa die „Berücksichtigung ähnlicher Gesichtspunkte“, die „Berücksichtigung der Dinge, die in gleichem Verhältnis stehen“, das „Aufsuchen des Gegenteils“, der Topos vom „Mehr oder Minder“ sowie „der Idee des Dinges“ und der „Prüfung, ob die angegebenen Bestandteile nicht einem anderen Begriff zuzuordnen sind“. Erläuternd dazu auch *Kriele*, Rechtsgewinnung, S. 139, 141.

²⁶ Hier zitiert nach *Viehweg*, Topik, S. 23 f.

²⁷ *Viehweg*, Topik, S. 24. Die Übersetzung und das Verständnis des Topoi-Begriffs ist uneinheitlich. Nach *Sieveke*, Anmerkungen 21 zu *Aristoteles*, Rhetorik, S. 236, sind Topoi „im dialektischen und rhetorischen Sinne allgemeine Gesichtspunkte, von denen aus eine Sache betrachtet werden kann“. *Solmsen*, Die Entwicklung der aristotelischen Logik und Rhetorik, Berlin 1929, S. 61, bezeichnet die Topoi als das „Formprinzip“ der Prämissenbildung. Vgl. dazu auch *Bokeloh*, Beitrag der Topik, S. 22.

²⁸ *Viehweg*, Topik, S. 25.

²⁹ Vgl. *Viehweg*, Topik, 25 f.

Cicero fest: „Jede gründliche Theorie des Vortrags hat zwei Teile: der erste handelt von der *Erfindung*, der andere von der *Urteilsbildung*“³⁰. Mit der Topik wendet sich *Cicero* dem ersten Teil zu und erklärt, man müsse zur Untersuchung eines Stoffes dessen Topoi kennen, „denn so sind von *Aristoteles* die (ich möchte sagen) Plätze genannt worden, aus denen die Stoffe zur Nachweisung hergeholt werden“³¹. Sodann entfaltet *Cicero* einen umfassenden Topoikatalog für die praktische Anwendung³², an dem sich zahlreiche spätere Topoikataloge orientieren, und dem die Topik ihren festen Platz in der Rhetorik und im antiken Bildungsgang verdankt.

b) Topik als Techne des Problemdenkens

Als wichtigsten Punkt bei der Betrachtung der Topik erachtet *Viehweg* nun „die Feststellung, daß es sich hier um diejenige denkerische Techne handelt, die sich am *Problem* orientiert. *Aristoteles* hat das mehrfach hervorgehoben. (...) Denn ‚das, worum sich die Schlüsse drehen, sind die Probleme‘ (Arist. Top. 1. 4. 2. 2)“³³. Erst das sachhaltige Problem löst den die Topik kennzeichnenden Erwägungsprozeß aus; die Topik muß daher nach *Viehweg* dort von besonderer Bedeutung sein, wo es um Problemkreise geht, die ihren *Problemcharakter nie gänzlich verlieren*, und die er - unter Anspielung auf das Aporienbuch der *aristotelischen* „Metaphysik“ - als *Aporien* bezeichnet: „Der Terminus Aporie soll ja gerade die aufgedrungene und unausweichliche Frage kennzeichnen, die ‚Weglosigkeit‘, die nicht zu beseitigende Problemsituation“³⁴. *Viehweg* faßt die Topik deshalb als *Techne des Problemdenkens* auf.

Dieser Gedanken wird von *Viehweg* im weiteren ausführlich entfaltet. Dazu nennt er ein *Problem* eine jede Frage, die anscheinend mehr als eine Antwort zuläßt, wobei er „notwendigerweise ein vorläufiges Verständnis voraus(setzt), nach dem irgendetwas überhaupt als ernstzunehmende Frage erscheint“³⁵. Die Suche nach einer Antwort wird sich *Viehweg*

³⁰ *Cicero*, Top. 2. 1., zitiert nach *Viehweg*, Topik, S. 26.

³¹ *Cicero*, Top. 2. 6; s.a. die Definition der Topoi als „sedes, e quibus argumenta promuntur“, Top. 2. 7., zitiert nach *Viehweg*, Topik, S. 27.

³² Vgl. dazu *Viehweg*, Topik, S. 27 f.: Die eine Topoi-Gruppe ergibt sich aus der Sache, die andere von außen (Autoritätsargumente). Die Topoi der ersten Gruppe zielen wiederum entweder auf das Ganze (also das *Ganze*, seine *Teile* und seine *Bezeichnung*) oder auf Relationen (also auf *Gattung*, *Art*, *Ähnlichkeit*, *Verschiedenheit*, *Entgegengesetztes*, *begleitende Umstände*, *Ursachen*, *Wirkungen*, *Vergleichung* oder aber auf Wortverwandtschaft).

³³ *Viehweg*, Topik, S. 31

³⁴ *Viehweg*, Topik, S. 31.

³⁵ *Viehweg*, Topik, S. 32.

zufolge dann so vollziehen, daß das Problem durch entsprechende Umformulierungen in einen mehr oder wenigen expliziten Ableitungszusammenhang gebracht wird, aus dem sich die Lösung erschließt: „Nennt man einen Ableitungszusammenhang ein System, könnte man in noch kürzerer Sprechweise sagen, daß das Problem zum Zwecke der Lösung in ein System eingeordnet wird“³⁶. Ausgehend davon läßt sich ein *Problemdenken* von einem *Systemdenken* wie folgt unterscheiden: Legt man den Akzent der Betrachtung auf das System, und stünde nur ein bekanntes System A zur Verfügung, so gäbe es nur eine bestimmte Zahl korrespondierender Probleme A', die sich in das System einordnen lassen. Alle anderen Probleme wären als unlösbar oder als Scheinprobleme auszuscheiden. „Mit anderen Worten: Der Einsatz beim System bewirkt eine Problemauslese“. Legt man dagegen den Akzent auf das Problem, dann würde dieses - falls das einzig bekannte System A es zum Scheinproblem erklärte - andere Systeme für seine Lösung *fordern*. Entsprechendes gälte bei mehreren Systemen A, B, C. usw.: „Helfen sie nicht, werden andere und wieder andere gefordert, wobei stets der Problemcharakter behauptet bleibt“. Dies bewirkt eine Systemauslese und führt gewöhnlich zu einer Pluralität von Systemen, ohne deren Verträglichkeit aus einem umfassenden System zu beweisen.

Möglich ist das aber nur, weil das eingangs vorausgesetzte vorläufige Verständnis die bisherigen Systeme übersteigt. „Das Problem stammt also aus einem immer schon vorhandenen Verständniszusammenhang, von dem man zunächst nicht weiß, ob er ein logisches System, also ein Ableitungszusammenhang, oder etwas anderes ist, und ob er überhaupt überblickbar gemacht werden kann“³⁷. Insoweit bestehen nach *Viehweg* zwischen Problem und System zugleich gewisse *Verflechtungen*. Im Hinblick auf diese Verflechtungen zitiert *Viehweg* sodann eine Passage von *Hartmann*, der seinerseits zwischen „systematischer“ und „aporetischer Denkweise“ differenziert und deren Verhältnis zueinander zu bestimmen sucht: „Systematische Denkweise geht vom Ganzen aus. Die Konzeption ist hier das Erste und bleibt das Beherrschende. Nach dem Standpunkt wird hier nicht gesucht, er wird zu allererst eingenommen. Und von ihm aus werden die Probleme ausgelesen. Problemgehalte, die sich mit dem Standpunkt nicht vertragen, werden abgewiesen. Sie gelten als falsch gestellte Fragen. Vorentschieden ist hier nicht etwa über die Lösung der Probleme selbst, wohl aber über die Grenzen, in denen sich die Lösung bewegen darf.“ (...) „Aporetische Denkweise verfährt in allem umgekehrt“. (...) „Sie (die aporetische Denkweise) zweifelt

³⁶ *Viehweg*, Topik, S. 33.

³⁷ *Viehweg*, Topik, S. 34.

nicht daran, daß es das System gibt, und daß es vielleicht in ihrem eigenen Denken latent das Bestimmende ist. Darum ist sie seiner gewiß, auch wenn sie es nicht erfaßt“³⁸.

Vor diesem Hintergrund kehrt *Viehweg* zu seiner zentralen Überlegung zurück, nämlich daß die Topik dem so skizzierten problemorientierten Denken dient. Dies könne - wie ständig im Alltagsleben, wenn man auf Probleme stößt - in der Weise geschehen, daß intuitiv und mehr oder weniger zufällig Gesichtspunkte versuchsweise aufgegriffen werden, bis sich Prämissen und Folgerungen ergeben, die etwas einleuchtend erschließen. *Viehweg* nennt eine solche Vorgehensweise *Topik erster Stufe*, weil die leitenden Gesichtspunkte, die dabei die Orientierung lenken, unreflektiert bleiben. Mehr Stütze biete aber ein bewußter Rückgriff auf bewährte Repertoire von Gesichtspunkten, also Topoikataloge. Ein daran orientiertes Vorgehen nennt *Viehweg Topik zweiter Stufe*³⁹. Diese Topoikataloge müssen nach *Viehweg* nicht - wie der von *Aristoteles* - allgemein anwendbar, sondern können auch für ein *bestimmtes Fach approbiert* sein. Die Funktion der Topoi sei in jedem Fall immer die gleiche: Sie fungieren als „Orientierungsmöglichkeiten und Leitfäden des Gedanken“ der Problemerkörterung und verhelfen im „Wechsel der Situationen und Einzelfälle“ zu immer neuen Hinweisen bei der Lösungssuche⁴⁰. Von entscheidender Bedeutung ist nun nach *Viehweg*, daß diese Funktion verlorengelange, wenn man versucht, die Topoi deduktiv-systematisch zu erfassen. Die Bildung von Grundbegriffen und Kernsätzen zum Zwecke von Kettendefinitionen und Kettendeduktionen löse ihre Orientierung am Problem schrittweise auf, so daß bei fortschreitender Systematisierung die dann möglichen Folgerungen „immer situationsfremder und trotz ihrer Korrektheit immer unpassender erscheinen“, mit der Konsequenz, daß im Ergebnis „zwischen dem von uns entworfenen System und der Welt der Probleme, die durch all dies an Problematik nichts verloren hat, ein spürbarer Riß klafft“. Jedenfalls müsse sich dieses Resultat überall dort zeigen, „wo die Problematik, die man zu bewältigen wünscht, sich nicht einmal in einem gewissen Umfange restlos beseitigen läßt, sondern überall in immer neuer Gestalt auftaucht“⁴¹.

Erklärt man eine solche Problematik nicht zum Scheinproblem, bedarf es gemäß *Viehweg* also einer immer neuen Prämissensuche und damit der Topik als *ars inveniendi*. Bildet sich

³⁸ *Hartmann*, Diesseits von Idealismus und Realismus, in: Kant-Studien, 29. Bd., Berlin 1924, S. 163 f., zitiert bei *Viehweg*, Topik, S. 34.

³⁹ Vgl. *Viehweg*, Topik, S. 35.

⁴⁰ *Viehweg*, Topik, S. 38.

⁴¹ *Viehweg*, Topik, S. 39. Die Struktur des Denkens in diesen Bereichen sieht *Viehweg* bei *Vico* treffend beschrieben, der auf das Fehlen langer Kettenschlüsse (sorites), aber eine Fülle von Syllogismen hinweise.

im Bereich einer solchen Problematik ein Katalog zulässiger Topoi, sei das Ziel und die Folge zwar ebenfalls eine gewisse logische Bindung für die weitere Gedankenführung. Diese Bindung reicht aber, wie *Viehweg* betont, nicht sehr weit. Die Topoi bieten zwar einerseits einen wünschenswerten Halt, aber die Herrschaft des Problems erfordert weiterhin Beweglichkeit und Erweiterungsfähigkeit: „Jedes Problemdenken ist bindungsscheu. Aber es kann ebensowenig gänzlich auf Bindungen verzichten. (...) Denn es ist niemandem möglich, einen sachhaltigen Beweis zu führen, wenn es ihm nicht gelingt, sich und seinen Gesprächspartner wenigstens für einen abgesteckten Bereich in einem gemeinsamen Verständnis zu halten. (...) Topoi und Topoikataloge haben daher weitgehend die Bedeutung, erst einmal ein bestimmtes Verständnis festzulegen und aufzubauen.“ Sie stecken zugleich die Grenzen ab, die man nicht überschreiten darf, „falls man das Beweisverständnis nicht verlieren will“.⁴² Um die Erfordernisse von *Bindung* und *Beweglichkeit* zu versöhnen, verfügt die Topik nach *Viehweg* nun über ein besonderes Hilfsmittel, nämlich das der *Interpretation*. Diese erlaube es, „neue Verständnismöglichkeiten zu erschließen, ohne die alten zu verletzen“, indem sie „den alten Festlegungen eine neue Wendung“ gibt. Deshalb sieht *Viehweg* in der Interpretation selbst „ein Stück Topik“⁴³.

Schließlich konstatiert *Viehweg*, daß in dem von ihm geschilderten topischen Verfahren die grundlegenden Prämissen „ersichtlich (...) durch die Annahme des Gesprächspartners legitimiert werden. (...) Die Diskussion bleibt offenbar die einzige Kontrollinstanz, und die Problemerkörterung hält sich im Bereiche dessen, was *Aristoteles* das *Dialektische* nennt. Was in der Disputation durch Annahme ausgewiesen ist, ist als Prämisse zugelassen“⁴⁴. Diese Feststellung müsse allerdings vor dem Hintergrund gesehen werden, daß jede Disputation auf einem Fundus bewährten Alltagswissen aufbaute; insoweit sei der von *Aristoteles* angenommene Bezug auf das Wissen „Besten und Angesehensten“ ganz richtig: „Man bezieht sich mit der Nennung eines Namens auf einen anerkannten menschlichen Wissens- und Erfahrungskomplex, der nicht nur vages Vermeinen enthält, sondern ein Wissen im anspruchsvolleren Sinne verbürgen soll. (...) Auch im Rahmen des Meinungsmäßigen werden wirkliche Einsichten angestrebt, nicht etwa bloßes, beliebiges Meinen. (...) Es handelt sich um ein sehr bezeichnendes, mittelbares Erkenntnisverfahren, bei dem es allerdings sehr darauf ankommt, mit wem man es betreibt“. Eine eindeutige logische Nachprüfbarkeit ihrer Sätze erlaubt die Topik also nicht, denn dazu bedürfte es eines deduktiven Systems,

⁴² *Viehweg*, Topik, S. 41 f.

⁴³ *Viehweg*, Topik, S. 42.

⁴⁴ *Viehweg*, Topik, S. 42 f.

in dem diese als Kernsätze oder als Ableitungen enthalten sind. Aber: „Immerhin sind sie diskutierbar, und auf dem Gebiete der Topik besteht daher jedes Interesse, wenigstens diese Diskutierbarkeit so klar und einfach wie möglich zu gestalten“⁴⁵.

c) Topik und Entwicklung des Rechts

Nachdem *Viehweg* die Topik als Techne des Problemdenkens vorgestellt hat, kann er sich seinem eigentlichen Anliegen zuwenden, nämlich dem Nachweis, daß der Topik gerade auch im Hinblick auf die Jurisprudenz besondere Bedeutung zukomme. Dabei geht er zunächst historisch vor und legt dar, daß die seit der römischen Antike entwickelte Jurisprudenz in ihrer Struktur weitgehend der der Topik entspreche⁴⁶. Zugleich sucht er umgekehrt seine vorherigen Ausführungen zur Funktionsweise der Topik am Beispiel der Jurisprudenz zu illustrieren.

Als ein typisches Beispiel für den römischen Rechtsstil behandelt *Viehweg* einen längeren Textausschnitt zum Problem der Ersitzung aus den Digesten des *Julian* (148 n.Chr. Konsul)⁴⁷. Er findet abstrakte Sentenzen, die durch Beispiele belegt werden, den übergangslosen Wechsel zur Mitteilung konkreter Fälle, ferner leitsatzmäßig formulierte Entscheidungen zu unterschiedlichen Gesichtspunkten mit kurzen Begründungen, Fallerweiterungen und Erwägungen zu unterschiedlichen Lösungsansätzen. Gesichtspunkte, die sich in anderen Zusammenhängen bewährt haben (guter Glaube, Unterbrechung), werden dabei aufgegriffen. Lange Kettenschlüsse fehlen, verbunden werden die einzelnen Abschnitte gemäß *Viehweg* allein durch ihren Bezug zum Problem, der Ersitzung. Daß sich die Ausführungen in einen größeren Zusammenhang fügen, werde nicht nachgewiesen, sondern unreflektiert vorausgesetzt. Den sich hierin manifestierenden Gegensatz zu einem begrifflichen Rechtssystem verdeutlicht *Viehweg* unter Hinweis auf ein Lehrbuch der Pandektistik, wo derselbe Gegenstand anhand übergeordneter Begriffe schrittweise definiert und konstituiert werde (Besitz, Besitz in gutem Glauben, rechtmäßiger Erwerbsgrund, Dauer des Besitzes usw.)⁴⁸. *Viehweg* selbst weist darauf hin, daß die von ihm aufgezeigte Charakteristik des zitierten Textausschnitts ein allgemein bekanntes Phänomen anspricht, nämlich den Gegensatz von

⁴⁵ *Viehweg*, Topik, S. 45.

⁴⁶ Dies hat zu der Fehldeutung von „Topik und Jurisprudenz“ im Sinne einer rechtsgeschichtlichen Abhandlung geführt. Dementgegen weist *Viehweg* bereits im Untertitel darauf hin, daß es ihm um rechtswissenschaftliche Grundlagenforschung geht, nämlich um den Charakter der juristischen Denkweise.

⁴⁷ *Corpus iuris civilis*, Ediderunt Fratres Kriegelii, 16. Aufl. (D 41, 3, 33), zitiert bei *Viehweg*, Topik, S. 46 ff.

⁴⁸ *L. Arndts*, Lehrbuch der Pandecten, 1852, §§ 158 ff.

Kasuistik⁴⁹ und Systematik oder auch von Theorie und Praxis. Ihm kommt es an dieser Stelle allerdings nicht darauf an, eine Untersuchung diese Begriffe und Unterscheidungen vorzunehmen, sondern allein darauf, daß jeder Kasuistik „ein Problemdenken zugrunde liegt, welches sich dadurch auszeichnet, daß es eine bestimmte Techne erfordert, deren Bestandteile (Begriffe und Sätze) eine nicht zu übersehende Besonderheit aufweisen müssen, und daß es zumindest fraglich ist, ob man überhaupt die hier einschlägigen Sachverhalte nach Belieben kasuistisch oder auch systematisch bearbeiten kann“⁵⁰. Denn es wäre denkbar, „daß man sich aus streng sachlichen Gründen genötigt sieht, am Problemdenken mit seinen notwendigen Folgen und unbestreitbaren Unvollkommenheiten festzuhalten, um zu nachzusehen, was sich aus ihm in dieser oder jener Form am besten machen läßt“⁵¹.

Jedenfalls läßt sich nach *Viehweg* zunächst festhalten, daß „der römische Jurist“ vom Problem her nach Argumenten sucht und dabei unreflektiert einen Zusammenhang voraussetzt, den er nicht demonstrieren will, sondern innerhalb dessen er sich bewegt. Das aber kennzeichne die Grundhaltung der Topik⁵². Seine Rekonstruktion der juristischen Geistigkeit sieht *Viehweg* dadurch gestützt, daß die Grundhaltung, die er in den erwähnten Texten von *Julian* und *Ulpian* findet, dem Rechtsstil fast aller römischen Juristen entspreche⁵³, und daß diese in ihrer Blütezeit logische Reduktionen tatsächlich sogar bewußt vermieden hätten⁵⁴. Dies hält *Viehweg* für um so bemerkenswerter, als zur gleichen Zeit die systematische Denkweise in anderen Gebieten bereits eine hohe Entwicklung gefunden habe. Insofern dürfe auch die durch *Cicero* am juristischen Stil geübte Kritik⁵⁵ nicht mißverstanden werde: *Cicero* habe nicht, wie teilweise fälschlich angenommen, ein stärker systemorientiertes Denken verlangt, sondern kritisiert, daß viele Juristen die topische Arbeitsweise nicht hinreichend sicher beherrschten⁵⁶.

⁴⁹ Zur Begriff der Kasuistik verweist *Viehweg* auf *H. Lipps*, Beispiel, Exempel, Fall und das Verhältnis des Rechtsfalles zum Gesetz, 1931.

⁵⁰ *Viehweg*, Topik, S.49 f.

⁵¹ *Viehweg*, Topik, 50.

⁵² *Viehweg*, Topik, S. 50; dabei bezieht er sich neben seiner Betrachtung von *Julian* auch auf entsprechende Befunde, zu denen *F. Schulz*, Prinzipien des römischen Rechts, 1934, S. 39 ff., hinsichtlich eines Textes von *Ulpian* (ermordet 228 n.Chr.) gelangt ist. Skeptisch insoweit allerdings *Wiacker*, Zur Topikdiskussion, S. 393 m.w.N.: Die römischen Juristen hätten der Topik einen „wahrscheinlich beschränkten“ Raum gewährt. Vgl. auch *Coing*, Über einen Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung, ARSP 41 (1954/55), 436 ff. (440 Fn. 3), der die Einordnung der römischen Juristen als Problemdenker für präzisierungsbedürftig hält.

⁵³ Als Ausnahmen verweist *Viehweg*, Topik, S. 50, auf *Quintus Mucius* und *Gaius*, deren systematische Bemühungen jedoch primär didaktisch motiviert gewesen seien.

⁵⁴ *Viehweg*, Topik, S. 53, wiederum unter Berufung auf *F. Schulz*, Prinzipien des römischen Rechts, S. 27 ff.; und unter Hinweis auf den Satz von *Javolenus* (D 50, 17, 202): *Omnis definitio in iure civili periculosa est*.

⁵⁵ Vgl. hierzu die Nachweise bei *Viehweg*, S. 51.

⁵⁶ Tatsächlich empfehle *Cicero* den Juristen das dialektische Denken im *aristotelischen* Sinne, wie er es in seiner eigenen Darstellung der Topik lehrt, vgl. *Viehweg*, Topik, S. 51 f.

Für das Mittelalter lege der juristische Ausbildungsgang, der eine rhetorische Schulung voraussetzte, eine nicht nur strukturelle, sondern auch genetische Verbindung zwischen Jurisprudenz und Topik als rhetorischer Disziplin nahe⁵⁷. Die topische Prägung des *mos italicus* steht für *Viehweg* jedenfalls außer Frage: Die Topik sei insoweit unentbehrlich, um im Rahmen von Interpretation oder Exegese erstens die Widersprüche innerhalb des überkommenen Schrifttums auflösen und zweitens einen angemessenen Situationsbezug zu den alten Texten herstellen zu können⁵⁸. Die Bedeutung der zweiten Funktion sei offensichtlich und auch der heutigen Jurisprudenz geläufig; sie gewährleiste die Anpassungsfähigkeit, ohne die eine kontinuierliche Weiterentwicklung rechtlicher Figuren im Wandel der gesellschaftlichen Verhältnisse nicht möglich ist. Hinsichtlich der ersten Funktion demonstriert *Viehweg* anhand der Kommentare des *Bartolus*⁵⁹ den überwiegend prämissensuchenden und erörternden Stil, der sich im Gebrauch scholastischer Schemata entfalte⁶⁰. Nach *Viehweg* haben die anzutreffenden Distinktionen meist inventiven Charakter und führen damit zu einer nur sprachlichen, nicht aber logischen Ordnung, obwohl - etwa bei der Einteilung und Numerierung von Problemen eines zu kommentierenden Textes - eine deduktive Theoriebildung nahegelegen hätte⁶¹. Die These, wonach gerade in solchen Distinktionen die Grundlegung für eine Systematisierung des Rechtsstoffes zu erblicken sei, hält *Viehweg* insofern für problematisch⁶².

Nach *Viehweg* kann demgemäß in der Bilanz festgehalten werden, daß die Jurisprudenz von je her als topisches Verfahren betrieben wurde, d.h. nicht im Sinne einer exakten Methode, sondern als „Stil“⁶³.

⁵⁷ *Viehweg*, Topik, S. 62 ff. S. 59 ff. Ob zwischen römischer Jurisprudenz und Rhetorik (Topik) außer den dargelegten strukturellen Parallelen auch genetische Verbindungen bestehen, läßt *Viehweg* hinsichtlich des insofern unzureichenden historischen Forschungsstandes offen, vgl. ebd., S. 59 ff. Er verweist insoweit allerdings auf *J.Stroux*, Römische Rechtswissenschaft und Rhetorik, 1949, der eine gemeinsame historische Entwicklung von Rhetorik und Recht anhand der rhetorischen Statuslehre darzulegen suche. Dabei gelange er zu dem Ergebnis, daß entgegen verbreiteter Auffassung die Stoa auf die juristische Methode keinen nennenswerten Einfluß gehabt habe.

⁵⁸ *Viehweg*, Topik, S. 67.

⁵⁹ *Viehweg* analysiert eine Ausgabe der *Bartoli commentaria in primam digesti novi partem* von 1555 unter Berücksichtigung der Bemerkungen eines späteren Bearbeiters, vgl. *ders.*, Topik, S. 71 ff.

⁶⁰ Klassische Variante des *Thomas von Aquin*: (1) *utrum ...* (Problemfixierung), (2) *videtur quod ...* (naheliegende Gesichtspunkte), (3) *sed contra ...* (widersprechende Gesichtspunkte), (4) *respondeo dicendum...* (Lösung), (5) nochmals Einwände in freierer Form; dazu *Viehweg*, Topik, S. 70.

⁶¹ *Viehweg*, Topik, S. 72.

⁶² *Viehweg*, Topik, S. 65 f., 68 f., womit er sich ausdrücklich von *P.Koschaker*, Europa und das römische Recht, 1947, S. 87, 90, distanziert.

⁶³ Vgl. dahingehend auch *Henke*, Alte Jurisprudenz und neue Wissenschaft, JZ 1987, 685 (691): „So ist die Jurisprudenz zwar nicht ihrer äußeren Gestalt nach, aber in ihrem Kern und Wesen immer gleich geblieben“.

d) Recht und Axiomatik: Zum Verhältnis von System- und Gerechtigkeitsbezug

Mit seiner kurzen historischen Studie will *Viehweg* nicht lediglich ein Durchgangsstadium der Jurisprudenz beschreiben, sondern vielmehr deren Struktur schlechthin charakterisieren. Er versteht seinen Ansatz als Beitrag nicht zur rechtsgeschichtlichen, sondern zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung, dessen Kernthese sich dahingehend formulieren läßt, daß die Jurisprudenz sich in ihrer Entwicklung weder in einer Weise verändert hat noch je wird verändern lassen, die die spezifische Leistungsfähigkeit der Topik darin entbehrlich machen könnte. Dieses Ergebnis sucht *Viehweg* analytisch zu bestätigen, indem er seine vorab erläuterte Konzeption der Topik mit der Struktur der Jurisprudenz vergleicht.

Dazu nimmt er noch einmal auf das von ihm geschilderte wechselspielerische Verhältnis zwischen inventivem Problemdenken und logisch zwingendem Systemdenken Bezug. Eine Ausschaltung der Topik aus der Jurisprudenz wäre danach nur durch eine deduktive Systematisierung des Rechtsstoffes zu erreichen, also durch eine durchgängige Ordnung der rechtlichen Aussagen und Begriffe nach ihrer logischen Abhängigkeit. Hierfür wären die Anforderungen zu beachten, die nach axiomatischer Methode an eine Systematisierung zu stellen sind⁶⁴. Zunächst müßten Sätze bestimmt werden, die - ggf. nach entsprechender logischer Umformung - als Axiome verwendbar sind, d.h. Sätze, die selbst nicht aus dem System begründet werden können, auf die sich aber alle anderen Sätze des fraglichen Bereichs zurückführen lassen. Zu fordern ist insoweit Vollständigkeit, Verträglichkeit und Unabhängigkeit der Axiome. In entsprechender Weise wären die Begriffe zu ordnen, indem Grundbegriffe bestimmt und alle weiteren Begriffe in Kettendefinitionen aus diesen abgeleitet werden⁶⁵. Weiter verlangt eine exakte Ableitbarkeit von Aussagen aus einem solchen System, daß man die Ungenauigkeiten der natürlichen Sprache durch eine strikte Formalisierung beseitigt. Die Relationen, die zwischen den Begriffen eines Systems bestehen, sind hierzu - unter Außerachtlassung der genuinen Wortbedeutung - mit Hilfe eines Kalküls eindeutig und hinreichend festzulegen⁶⁶. Eine solche Formalisierung ginge aller-

⁶⁴ *Viehweg*, Topik, S. 82 ff., unter Berufung auf *D.Hilbert*, Grundlagen der Geometrie, 4. Aufl. 1913; *D.Hilbert/W.Ackermann*, Grundzüge der theoretischen Logik, 3. Aufl. 1949.

⁶⁵ Vgl. *Härten*, Über die Begründung eines Systems, zum Beispiel des Rechts, ARSP 39 (1951), 477 ff.

⁶⁶ Kalkül meint hier eine Kombinatorik, mit der - ausgehend von einer Ausgangsstellung (Ausgangsformel) - nach festgesetzten und möglichst einfachen Operationsvorschriften weitere Stellungen (Formeln) ermittelt werden können. Den Axiomen (Ausgangsrelationen) entsprechen dabei die Ausgangsformeln, den Begriffen die Variablen in diesen Formeln, und dem Ziehen von Schlüssen entsprechen die kombinatorischen Operationsvorschriften. Die Darstellung erfolgt durch symbolische Zeichen; vgl. *Viehweg*, Topik, S. 85.

dings, wie *Viehweg* hervorhebt, mit der Beseitigung der Sachhaltigkeit des jeweiligen Systems einher, so daß dem Kalkül die Herkunft aus einem bestimmten Fachgebiet am Ende nicht mehr anzusehen wäre. Um den Kalkül für einen (sachhaltigen) Anwendungsbereich nutzbar zu machen, müßte man ihn also anschließend mit einer Deutungsvorschrift versehen. Diese wiederum wäre logisch willkürlich⁶⁷. Der Topik wäre im Rahmen eines solchen Verfahrens also nur noch bei der Auswahl der sachhaltigen Axiome und Grundbegriffe bzw. der Deutungsvorschrift Bedeutung zuzumessen. Nach dessen Abschluß aber bliebe für sie kein Raum mehr.

Bezogen auf die Ausgangsfrage nach der Struktur der Jurisprudenz stellt *Viehweg* insofern fest, daß der gesamte Bereich des positiven Rechts den geschilderten Anforderungen entsprechen müßte, um eine durchgängige logische Rechtsbegründung zu erreichen. Demgegenüber bilde das tatsächlich anzutreffende Rechtsgefüge jedoch ganz offenbar *kein System im logischen Sinne*, sondern bestenfalls eine Mehrheit kleiner Systeme, deren Reichweite und Verträglichkeit nicht feststehen⁶⁸. Warum das so ist, läßt sich nach *Viehweg* anhand einiger spezifische Eigenschaften des Rechts erklären, die er als „Einbruchsstellen der Topik“ kennzeichnet. Insofern verweist er zunächst auf die *Zeitlichkeit* des Rechts, die eine fortwährende Veränderung und Anpassung bewirkt und erfordert⁶⁹. Für diese Anpassung bliebe das Instrument der Interpretation selbst dann unverzichtbar, wenn im übrigen die konstatierte Systempluralität und die daraus resultierende Möglichkeit von Kollisionen beseitigt werden könnten. Denn die interpretative Verarbeitung sich ändernder Rahmenbedingungen unter gleichzeitiger Wahrung der Konkordanz mit dem bisherigen Rechtsverständnis verweise auf die Topik. Entsprechend verhält es sich nach *Viehweg* mit der sogenannten *Rechtsanwendung* als einer zweiten Einbruchsstelle der Topik. Die Konfrontation eines Systems - das immer nur die Lösung einer bestimmten Menge von Fällen enthält - mit neuartigen Konstellationen fordert dessen jeweilige Anpassung und Konkretisierung

⁶⁷ Insofern leuchtet ein, daß Kalküle gewöhnlich ohne diesen Umweg, also von vornherein unabhängig von Sachbezügen, entworfen werden. Die Frage, ob sich ein Kalkül in Verbindung mit einer Deutungsvorschrift für dieses oder jenes Sachgebiet als brauchbar erweisen kann, ist dabei zweitrangig.

⁶⁸ Inzwischen ist lange unbestritten, daß sich Vollständigkeit und Widerspruchsfreiheit der Axiome im Recht nicht herstellen läßt. Dazu bereits *Engisch*, Sinn und Tragweite juristische Systematik (1957), in: *ders.*, Beiträge zur Rechtstheorie, Frankfurt/Main 1984, S. 88 ff.; *ders.*, Aufgaben einer Logik und Methodik des juristischen Denkens (1959), ebd., S. 65 ff.; auch *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, Berlin 1969 (2. Aufl. 1983), S. 25 ff., 58 ff. der ausführt, daß selbst dann, wenn sich Normwidersprüche durch die Annahme von „Kollisionslücken“ vermeiden ließen, Wertungs- und Prinzipienwidersprüche bestehen blieben. Die Unmöglichkeit des Vollständigkeitspostulats ergebe sich daraus, daß die zur Vermeidung von Lücken erforderliche antizipierende Bewertung *aller* denkbaren Rechtskonstellationen unmöglich sei. Vgl. aber zur Unterstellung der Existenz eines weitgehend einheitlichen Rechtssystems im juristischen Denken *Brusiin*, Über das juristische Denken, Kopenhagen/Helsingfors 1951, S. 100 ff.

⁶⁹ *Viehweg*, Topik, S. 87 ff.

durch Interpretation. Ferner kommt nach *Viehweg* hinzu, daß im Bereich des Rechts auf den Gebrauch der *natürlichen Sprache* kaum verzichtet werden kann. Sie aber verschaffe der Topik Eingang, indem sie eine Fülle immer neuer Vorstellungs- und Verständigungshorizonte in sich aufnimmt und transportiert. Eine vierte Einruchsstelle der Topik bildet laut *Viehweg* schließlich die Konstitution des *Sachverhaltes*, die als solche zwar zunächst außerhalb des Rechtssystems liege, aber unausweichlich auf dieses zurückwirke. Bei der wechselseitigen Annäherung von Norm und Sachverhalt, also der sprachlich-interpretativen Überbrückung der Kluft zwischen abstrakter Norm und konkretem Lebenssachverhalt, sei die Topik unentbehrlich⁷⁰.

Die Schwierigkeiten, die diese Einruchsstellen der Topik sowie der tatsächlich anzutreffende Zustand des Rechts einer durchgängigen deduktiven Systematisierung entgegensetzen, stellen für sich genommen natürlich keinen hinreichenden Grund dar, eine solche nicht wenigstens anzustreben. Immerhin wären einige Schritte in diese Richtung denkbar, die *Viehweg* zufolge so aussehen müßten: „Eine strenge Axiomatisierung des gesamten Rechts verknüpft mit einem strikten Interpretationsverbot innerhalb des Systems, was am vollständigsten durch Kalkülierung zu erreichen wäre; strenge und zwar lediglich am Rechtssystem (oder Rechtskalkül) orientierte Interpretationsvorschriften für den Sachverhalt; unbehinderte Zulässigkeit von Non-liquet-Entscheidungen; fortgesetztes Eingreifen eines systematisch (oder kalkulatorisch) exakt arbeitenden Gesetzgebers, um neu auftauchende, zunächst unlösbare Fälle schließlich lösbar zu machen, ohne die logische Perfektion des Systems (oder Kalküls) zu stören“⁷¹.

Unabhängig von den offenkundigen praktischen Problemen, die ein solches Unterfangen mit sich bringen würde, wäre es nach *Viehweg* in jedem Fall zum Scheitern verurteilt. Zwar ließe sich unter den beschriebenen Voraussetzungen eine jeweilige Entscheidung annähernd eindeutig und zweifelsfrei begründen. Gleichwohl könnte diese Entscheidung aber nur solange auf *Akzeptanz* rechnen, wie die zugrundeliegenden Axiome und Theoreme, die ja ihrerseits logisch willkürlich bleiben, für *gerecht und angemessen* gehalten wer-

⁷⁰ Diese Überbrückung erfolgt nicht durch bloße Entfaltung der Rechtsnorm und anschließende Deduktion. Vielmehr verbinden sich deduktive und induktive Elemente, indem Norm und Sachverhalt einander wechselseitig angenähert und konkretisiert werden. Das meint die mittlerweile sprichwörtlich gewordene Formel vom „Hin- und Herwandern des Blicks“, s. *Engisch*, Logische Studien zur Gesetzesanwendung (1943), 3. Aufl., Heidelberg 1963, S. 15.

⁷¹ *Viehweg*, Topik, S. 92. Zur elektronischen Automatisierung in Teilbereichen des Rechts *Klug*, Juristische Logik, 4. Aufl., Berlin u.a. 1982, S. 174 ff.

den. Da diese Axiome und Theoreme - ggf. auch unbefriedigende - Ergebnis determinieren, müßten sie deshalb in der Lage sein, zugleich „auf das Gerechtigkeitsproblem (zu) antworten“⁷².

Damit lenkt *Viehweg* den Blick wieder auf die Unterscheidung von Apodeiktik und Dialektik, bei der die Darstellung der Topik ihren Ausgang genommen hat: Eine durchgängige Systematisierung kann demzufolge nur dort sinnvoll angestrebt werden, wo sich zugleich gesicherte und sachhaltige Basissätze bestimmen lassen, mithin in dem Bereich, der eingangs als apodeiktisch gekennzeichnet wurde⁷³. Eine Problematik dagegen, die sich nicht einmal annähernd restlos beseitigen läßt, verweist in den Bereich der Dialektik. Eben eine solche Problematik bildet nach *Viehweg* nun allerdings die Grundlage, die „Grundaporie“, der Jurisprudenz: „Bei ihr handelt es sich nun einfach um die Frage, was denn hier und jetzt jeweils gerecht sei. Sie ist, wie man die Dinge auch wenden mag, in der Jurisprudenz nicht ausschaltbar. (...) Als Frage beherrscht und trägt sie die ganze Disziplin“⁷⁴. Während sich also manche Disziplinen als systematisierbar erweisen, weil sich dort gesicherte und sachhaltige Basissätze gewinnen lassen, ist im Bereich anderer Disziplinen, deren Grundproblem permanent bleibt, nur Problemerkörterung möglich: „In dieser Lage befindet sich offenbar die Jurisprudenz“⁷⁵.

Damit liegt für *Viehweg* die innere Ursache für die Schwierigkeiten, auf die ernsthafte Systematisierungsversuche in der Jurisprudenz unweigerlich stoßen, auf der Hand. Ausgehend davon wird nach *Viehweg* auch offenkundig, warum eine Sichtweise, die sich am wissenschaftlichen Ideal deduktiv-systematischer Exaktheit orientiert und damit dessen Maßstäbe herbeiruft, für die Jurisprudenz „fast nur als Sichtbehinderung“ wirken muß, die den Blick auf deren eigentliche Struktur versperrt⁷⁶. Die fortlaufenden Bemühungen um systematische Ordnung und Folgerichtigkeit, die seit der Neuzeit in der Jurisprudenz anzutreffen sind, können demnach nicht darüber hinwegtäuschen, daß systematisches Denken allein zur Bewältigung der Gerechtigkeitsfrage nicht ausreicht. *Viehweg* hebt insoweit zugleich hervor, daß es zu einer Entwertung juristischer Entscheidungen führen würde, wenn man deren logischen Gehalt zum alleinigen Maßstab ihrer Bewertung erheben wollte. „Man bemerkt, daß zwar die Logik wie überall natürlich auch auf unserem Ge-

⁷² *Viehweg*, Topik, S. 92.

⁷³ *Viehweg*, Topik, S. 97.

⁷⁴ *Viehweg*, Topik, S. 96.

⁷⁵ *Viehweg*, Topik, S. 97.

⁷⁶ *Viehweg*, Topik, S. 91.

biete ganz unentbehrlich ist, überdies reichliche Erwähnung findet, aber im entscheidenden Augenblick immer wieder den zweiten Platz angewiesen erhält. Den ersten hat dann die *ars inveniendi*, so wie *Cicero* meinte, wenn er sagte, die Topik ginge der Logik voran⁷⁷.

e) Zur Bedeutung der Grundaporie für Rechtswissenschaft und Jurisprudenz

In der Konsequenz setzt *Viehweg* einer Rechtswissenschaft, die den vorgefundenen Stil der Jurisprudenz zu negieren und einer exakten Methode anzunähern sucht, das Konzept einer Rechtswissenschaft entgegen, die die problemorientierte juristische Denkweise selbst zu ihrem Gegenstand macht. Eine solche Rechtswissenschaft „versucht nicht, die juristische Techne in ihrem Wesen zu verändern. Sie versteht diese infolgedessen als eine Erscheinungsform jenes unablässigen Suchens nach dem jeweilig Gerechten, aus dem das positive Recht erst entspringt, und das sich anhand des positiven Rechts fortsetzt. Dieses Suchen mit all seinen menschlichen Eigenarten ist ihr großer Forschungsgegenstand. (...) Da sie in ihren Untersuchungen über die Systematisierungsversuche hinaus- und zurückgreifen muß, wird sie auch wieder die Topik in den Blick bekommen. Geht man hingegen von der Vorstellung eines angeblich implizit vorhandenen deduktiven Rechtssystems aus, ist das schwer möglich“⁷⁸.

Grundzüge einer so verstandenen Rechtswissenschaft sucht *Viehweg* wenigstens für den Bereich der Zivilistik selbst zu skizzieren. Stellt nämlich die Topik die Techne des Problem Denkens dar, und bildet die Jurisprudenz eine Techne, die der aporetischen Frage nach Gerechtigkeit dient, dann muß - so *Viehwegs* Überlegung - die Jurisprudenz eine Struktur aufweisen, die in den wesentlichen Punkten der Topik entspricht. An der Topik müsse sich demnach ablesen lassen, welche Struktur der Jurisprudenz zukommt. Dahingehend stellt *Viehweg* drei strukturelle Erfordernisse auf⁷⁹:

- (1) Die Gesamtstruktur der Jurisprudenz kann nur vom Problem her bestimmt werden.
- (2) Die Bestandteile der Jurisprudenz, ihre Begriffe und Sätze, müssen in spezifischer Weise an das Problem gebunden bleiben und können daher nur vom Problem her verstanden werden.
- (3) Die Begriffe und Sätze der Jurisprudenz können deshalb auch nur in eine Implikation

⁷⁷ *Viehweg*, Topik, S. 91.

⁷⁸ Vgl. *Viehweg*, Topik, S. 93 f., vgl. auch schon S. 14, 81.

⁷⁹ *Viehweg*, Topik, S. 97.

gebracht werden, die an das Problem gebunden bleibt. Eine andersartige ist zu meiden.

Die erste Forderung nimmt die These von der aporetischen Grundstruktur der Jurisprudenz auf⁸⁰. Sie basiert auf der Annahme, daß Grundlage der Jurisprudenz die Gerechtigkeitsfrage bilde, und daß jedwede Rechtsordnung zumindest den Anspruch erheben müsse, gerecht zu sein. Entsprechend lasse sich die Gesetzgebung etwa im Bereich des Zivilrechts als Antwort auf die Frage nach einer gerechten Ordnung eines bestimmten Ausschnitts der gesellschaftlichen Wirklichkeit begreifen. Die dort anzutreffenden Bedürfnissen und Bedingungen bildeten dann einzelne Problemkreise, um die herum sich Antwortversuche gruppieren⁸¹. Die Abgrenzung der Problemkreise wie die Gestalt der einzelnen Antworten werde dabei bedingt durch die Vorentscheidungen, mit denen grundsätzlich zur Gerechtigkeitsfrage Stellung genommen wird, etwa der Entscheidung für Privatautonomie. Die Bestandteile des positiven Rechts seien demnach als Bestandteile des Rechtssuchens zu verstehen, die von der Grundaporie her - der Gerechtigkeitsfrage - gegliedert und zusammengehalten werden⁸². Diese aber bleibe historische Aufgabe. Im Wandel der gesellschaftlichen Wirklichkeiten entfalten Rechtsregeln ihre Wirksamkeit, indem man sie jeweils befragen und darin Antwort finden könne. Versuche man aber, sie losgelöst von der Ausgangsfrage zu fixieren, erhalte man lediglich ein praxisfernes Konstrukt. Als bleibendes, einheitsstiftendes und strukturierendes Moment der Jurisprudenz kommt nach *Viehweg* daher nur die Gerechtigkeitsfrage in Betracht.

Diese bestimme auch den Gebrauch der juristischen Sätze und Begriffe, deren Rückbindung an das Problem *Viehweg* in seiner zweiten These fordert. Führen Deduktionen und Definitionen zu unannehmbaren Ergebnissen, würden in spezifischer Weise zusätzliche Prämissen herangezogen, die es erlauben - etwa unter den Gesichtspunkten des „Vertrauensschutzes“ oder der „Unzumutbarkeit“ - das Problem einer als gerecht erachteten Lösung zuzuführen. Gerade diese Fähigkeit, im Rahmen eines bestimmten Rechtsverständnisses zu richtigen Wertungen zu gelangen, kennzeichne die juristische Professionalität und mache die Ausrichtung auf die Grundaporie plastisch.

Entsprechendes gilt schließlich für *Viehwegs* dritten Punkt, wonach die juristischen Begrif-

⁸⁰ *Viehweg*, Topik, S. 98 ff., knüpft hier an die Konzeption von *v.Hippel*, Zur Gesetzmäßigkeit juristischer Systembildung, Berlin 1930, an.

⁸¹ *Viehweg*, Topik, S. 98.

⁸² *Viehweg*, Topik, S. 100.

fe und Sätze nur in eine Implikation gebracht werden können, die an das Problem gebunden bleibt⁸³. Denn es sei nicht möglich, die Anwendung und Reichweite einzelner Rechtsätze nach Maßgabe allgemeiner Grundsätze trennscharf zu bestimmen. Diese enthielten regelmäßig einander entgegenlaufende Ausformungen des Gerechtigkeitsgedanken, welche sich einer verbindlichen Rangfolge entziehen. Zur Strukturierung eines Problemgebiets eigne sich folglich weniger die Suche nach möglichst umfassenden Grundsätzen, die absolute Geltung beanspruchen, als vielmehr die Eingrenzung maßgeblicher Gesichtspunkte, die im beweglichen Zusammenspiel einzeln oder kombiniert die Lösung im Einzelfall ergeben.

Als Aufgabe der Rechtswissenschaft ergibt sich nach *Viehweg* also, die ursprüngliche und angemessene Struktur der Jurisprudenz anzuerkennen, diese näher zu untersuchen und für die Fortentwicklung der Dogmatik fruchtbar zu machen, etwa durch die Differenzierung der anzutreffenden rechtlichen Topoikataloge. „Das würde eine Fortentwicklung der Jurisprudenz in derjenigen Gestalt bedeuten, die sie von Haus aus schon immer besaß“⁸⁴.

⁸³ Dazu *Viehweg*, *Topik*, S. 105 ff. Als Bestätigung dessen für den Bereich der Zivilistik sieht *Viehweg* auch die Überlegungen von *Wilburg*, *Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht*, Graz 1950.

⁸⁴ *Viehweg*, *Topik*, S. 110.

2. Vorgaben und Verlauf der bisherigen Topik-Diskussion

a) Topik als Anerkennung der Rechtspraxis oder Auflösung der Jurisprudenz

Viehwegs Überlegungen haben innerhalb der Topik-Debatte teils lebhaft Aufnahme⁸⁵ gefunden, teils differenzierende Stellungnahmen⁸⁶, aber auch entschiedene Ablehnung und Kritik⁸⁷. Vergrößernd lassen sich insoweit drei schwerpunktmäßig umstrittene Themenbereiche unterscheiden. Zunächst und vor allem handelt es sich um die Frage, ob das juristische Denken *Viehweg* folgend tatsächlich als „topisch“ zu charakterisieren oder eben doch als „systematisch“ zu kennzeichnen sei. Grundlegend für den zweiten Themenbereich ist die Frage, ob eine „topische Jurisprudenz“ überhaupt mit dem Gesetzesbindungspostulat und dem Prinzip der Gewaltenteilung vereinbar wäre. Vor allem gegen Ende der Debatte wird damit schließlich die weitere Frage verknüpft, ob und inwieweit die Topik geeignet sei, einen gesellschaftlichen Konsens zu fördern, der wiederum eine Legitimation

⁸⁵ In notwendig unvollständiger Auswahl: *Arndt*, Gesetzesrecht und Richterrecht, NJW 1963, 1273 (1277); *Bäumlin*, Staat, Recht und Geschichte, Zürich 1961, S. 26 ff.; *Coing*, ARSP 41 (1954/55), 436 ff.; *ders.*, Die juristischen Auslegungsmethoden und die Lehren der allgemeinen Hermeneutik (1959), in: *ders.*, Gesammelte Aufsätze zu Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Zivilrecht, Frankfurt/Main 1983, S. 208 ff. (insbes. 227); *Ehmke*, Prinzipien der Verfassungsdiskussion, VVDStRL 20, Berlin 1963, S. 53 ff.; *Ekelöf*, Topik und Jura, FS Segerstedt, Uppsala 1968, S. 207; *Esser*, Grundsatz und Norm, S. 44 ff., 218 ff.; *Henkel*, Einführung in die Rechtsphilosophie. Grundlagen des Rechts, München/Berlin 1964, S. 418 ff.; *N.Horn*, Zur Bedeutung der Topiklehre Theodor Viehwegs für eine einheitliche Theorie des juristischen Denkens, NJW 1967, 601 ff.; *Oswald*, Topisches und systematisches Denken in der Jurisprudenz, FS Schönenberger, Freiburg (Schweiz) 1968, S. 3 ff.; *Schmidt-Salzer*, Zur Technik der topischen Rechtsbildung: Angenommene Lizenzgebühr und Verletzergewinn als Grundlage der Schadensberechnung, JR 1969, 81 ff.; *E.Schneider*, Rezension Viehweg, MDR 1963, 653; *P.Schneider*, Prinzipien der Verfassungsdiskussion, VVDStRL 20, Berlin 1963, S. 34 ff.; *Spendel*, Rezension Viehweg, NJW 1955, 1351; *Struck*, Topische Jurisprudenz; *Würtenberger*, Der Beitrag der Topik zur Rechtsfindung, MDR 1969, 626 ff. Nach 1970 ferner *Bokeloh*, Beitrag der Topik; *Rehbock*, Topik und Recht; *Pawlowski*, Methodenlehre für Juristen, 3. Aufl., Heidelberg 1999, Rn. 143 ff., 225 f.

⁸⁶ *Blühorn*, Zum „Problemdenken“ und seiner Funktion in der Rechtsfindungslehre, JbRSoz, Bd. II, 1972, S. 447 ff.; *Hassemer*, Juristische Argumentationstheorie und juristische Didaktik, ebd., S. 467 ff.; *Kramer*, Topik und Rechtsvergleichung, RabelsZ 33 (1969), 1 ff.; *Kriele*, Rechtsgewinnung; S. 114 ff.; *Otte*, Zwanzig Jahre Topik-Diskussion; *Raiser*, Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, NJW 1964, 1201; *Zippelius*, Problemjurisprudenz und Topik, NJW 1967, 2229 ff.; noch zustimmend *Wieacker*, Gesetzesrecht und richterliche Kunstregel. Rezension Esser, JZ 1957, 701; *ders.*, Gesetz und Richterkunst. Zum Problem der außergesetzlichen Rechtsordnung, Karlsruhe 1958; *ders.*, Rezension Canaris, Rechtstheorie 1 (1970), 107 ff.; zurückhaltender aber *ders.*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl., Göttingen 1967, S. 596 f.; *ders.*, Leistung der Rechtsdogmatik, S. 326; kritisch dann *ders.*, Zur Topikdiskussion.

⁸⁷ *Blühorn*, Kritische Bemerkungen; *Böckenförde*, Rezension Viehweg, Der Staat 3 (1964), 517; *Canaris*, Systemdenken, S. 135 ff.; *Diederichsen*, Topisches und systematisches Denken in der Jurisprudenz, NJW 1966, 697 ff.; *Engisch*, Rezension Coing, ZStW 1963, 632 ff. (634); *Flume*, Richter und Recht, in: Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages, Bd. II, Teil K (29 ff.), München/Berlin 1967; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin u.a. 1960, S. 133 ff.; *ders.*, Richterliche Rechtsfortbildung als methodisches Problem, NJW 1965, 1; *Müller*, Normstruktur und Normativität, Berlin 1966, S. 47 ff.; *Nipperdey*, in: Ennecerus/Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl., Tübingen 1959, § 23 II, S. 124 f.; *Pöggeler*, Dialektik und Topik, in: Bubner (Hg.), Hermeneutik und Dialektik, FS Gadamer, Bd. II, Tübingen 1970, S. 273 ff. (294 f.); *Wesenberg*, Rezension Viehweg, JZ 1955, 462. Nach 1970 etwa *Oppermann*, Topikdiskussion; *Klenner*, Zur Juristentopik der Moderne, Neue Justiz 7 (1992), 284 ff.; *Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, Köln u.a. 1994, S. 445 f.

„topisch“ gewonnener rechtlicher Entscheidungen herbeiführen könnte. Damit eröffnet sich ein Problemfeld von beträchtlicher Weite.

Hinsichtlich der erstgenannten Frage bereitet zunächst die Klärung des Topik-Begriffs erhebliche Schwierigkeiten. Kritisiert wird etwa, daß *Viehweg* von einem unzutreffenden Verständnis der antiken Topik ausgehe, die tatsächlich mit den Problemen der juristischen Methodik wenig oder gar nichts zu tun habe und entsprechend auch zu deren Lösung nichts beitragen könne⁸⁸. Zudem findet der Begriff der Topik auch unter juristischen Autoren keine einheitliche Verwendung⁸⁹. Angesichts des Umstands, daß es sich bei der Topik um unstreitig um ein ungenaues Verfahren handelt, erscheint das Fehlen einer genauen Definition dabei wenig überraschend. Gleichzeitig hat die Debatte aber auch etliche Unklarheiten im Hinblick auf Begriff und Anspruch des juristischen Systems offenbart⁹⁰. Diese Unklarheiten hängen mit dem zweiten genannten Themenbereich zusammen. So führen diejenigen Autoren, die die Systemgebundenheit der Jurisprudenz betonen, gegenüber *Viehweg* vor allem ins Felde, daß ein topisches Verfahren der Rechtsgewinnung den Verbindlichkeitsanspruch des geltenden positiven Rechts verletze. Damit verbunden wird die Befürchtung einer Billigkeitsrechtssprechung, die zugunsten der Einzelfallgerechtigkeit die Rechtssicherheit vernachlässige, oder sogar eines Einzuges richterlicher Willkür⁹¹. Solchen Einwänden halten die Befürworter des Ansatzes *Viehwegs* vielfach entgegen, daß die Lückenhaftigkeit des positiven Rechts für einen Rückgriff auf die Topik Raum lasse oder einen solchen sogar gebiete. Ferner wird in diesem Zusammenhang regelmäßig auf das Phänomen der richterlichen Rechtsfortbildung verwiesen⁹². Bei den Aspekten der Lückenfüllung und der richterlichen Rechtsfortbildung handelt es sich freilich um altbekannte

⁸⁸ Dazu etwa *Blühdorn*, Kritische Bemerkungen, S. 278 ff.; ferner *Horak*, Rationes Decidendi. Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo, Bd. I, Innsbruck 1969, S. 48 ff.

⁸⁹ *Kriele*, Rechtsgewinnung, S. 117 f., stellt Formulierungen von *Viehweg*, *P.Schneider*, *Coing* und *Esser* zusammen und kommentiert: „Der Begriff der Topik hat geschichtlich zu viele Wandlungen erlebt und in zu verschiedenen polemischen Auseinandersetzungen als Kampfbegriff dienen müssen, als daß ein präziser und einheitlicher Sinn erwartet werden könnte“.

⁹⁰ Bezeichnend für die Bemühungen um eine eigene Standortbestimmung der Gegner *Viehwegs* vor allem *Canaris*, Systemdenken.

⁹¹ *Canaris*, Systemdenken, S. 142 ff.; *Diederichsen*, NJW 1966, 702; *Flume*, Richter und Recht, S. 34; *Müller*, Normstruktur und Normativität, S. 59: „Die Norm wird (...) für die Topik zum Topos unter anderen“.

⁹² *Esser*, Grundsatz und Norm, passim; *Würtenberger*, MDR 1969, 628 f. S. auch *Wieacker*, Zur Topikdiskussion in der zeitgenössischen deutschen Rechtswissenschaft, in: XENION, FS Zepos, Bd. I, Athen u.a. 1973, S. 396 f.: „Mit dem Altern der kontinentalen Kodifikationen, der Veränderung der sozialen und ökonomischen Daten; mit dem Wertewandel der Gesellschaft und der Entwicklung vom bürgerlichen Rechtsstaat zum Sozialstaat hat sich der Bereich der außergesetzlichen Rechtsanwendung, des Richterrechts und damit das Bedürfnis nach einer Theorie der außergesetzlichen Rechtsgewinnung ständig ausgeweitet“.

Probleme⁹³, die auch von den Vertretern des „Systemgedankens“ nicht von der Hand gewiesen werden. Es sind damit zugleich die großen Fragen nach Begriff, Geltung und Erkenntnis des Rechts angesprochen, auf die auch der dritte oben genannte Gesichtspunkt hinführt, also die Frage nach der Notwendigkeit bzw. Möglichkeit einer außergesetzlichen Entscheidungslegitimation, namentlich im Hinblick auf einen herbeizuführenden Konsens.

Insgesamt berühren *Viehwegs* Überlegungen damit nicht nur schwierige Fragen, sondern auch wunde Punkte⁹⁴. Vor diesem Hintergrund vermag es nicht zu erstaunen, daß die Topik-Debatte auch durch Mißverständnisse, Polemik und nicht zuletzt eine gewisse Plakativität⁹⁵ geprägt wird: Einerseits wird beansprucht, daß nur ein „topisches“ Rechtsverständnis eine ungeschminkte Perspektive auf die Arbeitsweise der Rechtspraxis ermögliche, diese von dem Rechtfertigungsdruck angesichts unerfüllbarer normativer Vorgaben der überkommenen Methodenlehre entlaste und einhergehend damit einen Weg zu sachgerechteren Entscheidungen ebne. Auf der anderen Seite wird gergewöhnt, die Topik diene der Praxis zur Rechtfertigung unsauberer Arbeitens und führe zur Preisgabe rechtsstaatlicher Errungenschaften, weshalb nur ein „systematisches“ Rechtsverständnis den Anspruch einer rational kontrollierbaren Methodik erfülle.

b) Zur Forderung eines spezifisch juristischen Systembegriffs

Gängigerweise werden entsprechende Polarisierungstendenzen allerdings vor allem einer ersten Rezeptionsphase der Topik in den 50er und frühen 60er-Jahren zugeschrieben. Davon unterschieden wird eine zweite Rezeptionsphase in den späten 60er- und frühen 70er-Jahren, die zugleich das Ende der Topik-Debatte einleitete. Namentlich im Hinblick auf den Kristallisationspunkt der Auseinandersetzungen um *Viehweg*, nämlich die Gegenüberstellung von „topischem“ und „systematischem“ Denken oder auch von „Problem“ und „System“, wird diese zweite Rezeptionsphase dahingehend gekennzeichnet, daß sie sich

⁹³ Dazu etwa *Larenz*, Richterliche Rechtsfortbildung als methodisches Problem, NJW 1965, 1 ff.; *ders.*, Methodenlehre, 6. Aufl., S. 366 ff.

⁹⁴ Zutreffend insoweit *Durham*, Vorwort zu *Viehweg*, Topics and Law, S. xx, hervor, indem er feststellt: „To appreciate the level of controversy *Viehweg*'s book generated, it is important to understand, that it constituted a challenge not only to the systematizing impulses of the civilian tradition, but at a deeper level, to the ontological beliefs and scientism that German legal philosophy had inherited from the 19th Century. (...) The German legal tradition, perhaps more than any other legal culture, has attached deep significance and legitimating power to the systematic structure of law. Particularly in the aftermath of the Nazi debacle, this scientism was closely linked to concerns about legitimacy and the rule of law. (...) Within this context, an approach that questioned and suggested limits to the role of systematization in law was extremely threatening”.

⁹⁵ S. auch *Simitis*, Die Bedeutung von System und Dogmatik, S. 131.

durch eine Versachlichung und differenziertere Argumentation auszeichne⁹⁶. Insofern wird vor allem darauf hingewiesen, daß man in der zweiten Phase aufgehört habe, „Topik“ und „Systematik“ als strikte Gegensätze zu betrachten, und zu der Einsicht gelangt sei, daß zwischen beiden Denkweisen Verbindungen bestehen und sie sich wechselseitig ergänzen können. Die „Topik-These“ *Viehwegs* weist demnach einen grundsätzlich richtigen Kern auf, doch sei *Viehwegs* Entgegensetzung der verschiedenen Denkweisen zu radikal oder zumindest mißverständlich. Ein ausschließlich topisches, den systematischen Anteil mißachtendes Verständnis der Jurisprudenz werde der Disziplin jedenfalls nicht gerecht.

In der Tat ist es zutreffend, daß zunehmend mehr Autoren eine dahingehende Auffassung geäußert und die Neigung der Diskussion zu antithetischen Positionen kritisiert haben⁹⁷. Hervorzuheben ist insoweit insbesondere *Krieles* ausführliche Auseinandersetzung mit *Viehweg*, die zur Forderung nach einem *spezifisch juristischen Systembegriff* führt⁹⁸. Seine grundsätzliche Wertschätzung *Viehwegs* verbindet *Kriele* mit einer ausführlichen Kritik des von ihm als zu eng und einseitig betrachteten „deduktiven“ Systembegriffs *Viehwegs*, dem er sodann ein eigenes Konzept des „offenen Systems“ entgegensetzt. Die damit zunächst nur vorläufig skizzierte Deutung des *viehwegschen* Systembegriffs durch *Kriele* soll hier als „*Verkürzungsthese*“ bezeichnet werden. *Kriele* kritisiert aber in begrifflicher Hinsicht nicht nur die angebliche Verengung des Systemverständnisses bei *Viehweg*, sondern auch dessen Charakterisierung des „topischen“ Denkens als „problemorientiertes“ Denken. Insbesondere wendet sich *Kriele* insoweit gegen die Bezugnahme *Viehwegs* auf *Hartmann*, welcher das „Problemdenken“ dem Bereich aporetischer Fragen zuordnet. *Krieles* daran anknüpfender Vorwurf einer unzutreffenden Identifizierung von (*aristotelischer*) Topik und (*hartmannscher*) Aporetik wird vorliegend als „*Gleichsetzungsthese*“ bezeichnet. Die dahingehende Deutung der *viehwegschen* Unterscheidung zwischen „topischem Denken“ bzw. „Problemdenken“ einerseits und „Systemdenken“ andererseits im Sinne von *Verkürzungs-* und *Gleichsetzungsthese* durch *Kriele* kann als weit über die eigentliche Topik-Diskussion hinausgehend meinungsbildend und repräsentativ angesehen werden⁹⁹.

⁹⁶ Vgl. *Oppermann*, Topikdiskussion, S. 19, 21 f.; *Rehbock*, Topik und Recht, S. 12 f.

⁹⁷ S. nur *Raiser*, NJW 1964, 1203; *Diederichsen*, NJW 1966, 700 ff., 705; *Kramer*, RabelsZ 1969, 3; *Zippelius*, NJW 1967, 2233; *Wieacker*, Leistung der Rechtsdogmatik, S. 323 ff, 334; *Canaris*, Systemdenken, S. 151 ff.

⁹⁸ *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, S. 114 ff. Eine entsprechende Forderung erhebt *Canaris*, Systemdenken, insbes. S. 155 ff., ferner auch schon *Diederichsen*, NJW 1966, 699.

⁹⁹ In Orientierung an *Kriele* - bei manch anderen Unterschieden - insoweit etwa *Canaris*, Systemdenken, S. 136 ff.; *Bokeloh*, Beitrag der Topik, S. 6 f.; fast wortgleich *Rehbock*, Topik und Recht, S. 18 f.

Von den Feststellungen zum Inhalt und Verlauf der Topikdebatte ist allerdings die Frage zu trennen, worum es *Viehweg* selbst in „Topik und Jurisprudenz“ eigentlich geht. Denn wie im Verlauf dieser Untersuchung noch ausführlich darzulegen sein wird, stellen sich *Verkürzungsthese* wie *Gleichsetzungsthese* ebenso als Ausdruck wie Ursache von Fehlinterpretationen dar. Sie haben eher zur Verdunkelung als zur Erhellung der Überlegungen *Viehwegs* beitragen.

c) Das unbefriedigende Ende der Debatte

Soweit also die Aufhebung der von *Viehweg* getroffenen Unterscheidung zwischen topisch verfahrenem Problemdenken und Systemdenken im Begriff des „offenen Systems“ - in der Ausprägung, die er bei *Kriele* oder etwa bei *Canaris* gefunden hat - als Ergebnis der Debatte und Erledigung des *viehwegschen* Ansatzes betrachtet wird, vermag das nicht zu befriedigen. Dies schon deshalb nicht, weil *Viehweg* beide Denkweisen tatsächlich nie in eine strikte Entgegensetzung gebracht hat¹⁰⁰. Eine Aufklärung der Mißverständnisse, die hinsichtlich dieser Unterscheidung aufgetreten sind und sich teilweise bis heute fortgesetzt haben, bildet die Voraussetzung für eine angemessene Beurteilung sowohl der aktuellen Relevanz der Thesen *Viehwegs* als auch der gegen ihn erhobenen Vorwürfe. Es ist daher notwendig, den Diskussionsstand der bisherigen Literatur und den Verlauf der Topik-Debatte - jedenfalls teilweise - neu zu hinterfragen. Vor allem eine unpräzise und uneinheitliche Terminologie haben der bisherigen Auseinandersetzung eine wenig konstruktive Richtung gegeben. Inhaltliche und terminologische Kritik sind dadurch ineinander geflossen und daher auch im folgenden nur einer gemeinsamen Behandlung zugänglich. Als Ursache für die anzutreffende Begriffsverwirrung darf allerdings zweifellos auch der Umstand angesehen werden, daß *Viehweg* seinerseits auf eine explizite Definition der von ihm verwendeten Termini verzichtet, obwohl diese in anderen Kontexten in sehr unterschiedlicher Weise gebraucht werden und *Viehweg* bei ihrer Verwendung auf Konzeptionen sehr unterschiedlicher Autoren Bezug nimmt. Wie zu zeigen sein wird, ermöglicht eine unvoreingenommene Lektüre von „Topik und Jurisprudenz“ dennoch eine konsistente Deutung.

Entscheidend dafür ist allerdings, daß man sich auf den eigenständigen Ansatz *Viehwegs*

¹⁰⁰ Worauf rechtsrhetorisch ausgerichtete Autoren mehrfach (weitgehend vergeblich) hingewiesen haben, s. *N.Horn*, NJW 1967, 605; *Ballweg*, Phronetik, Semiotik und Rhetorik, in: *ders./Seibert* (Hg.), Rhetorische Rechtstheorie, FS *Viehweg*, Freiburg/München 1982, 27 ff. (45), spricht von einem „Lektüremißverständnis“.

einläßt und nicht darauf besteht, die Begriffe des Systemdenkens und des Problemdenkens primär daran zu bemessen, inwieweit sie der ursprünglichen Sichtweise von *Aristoteles*, *Vico* oder *Hartmann* entsprechen. Denn *Viehweg* geht es ersichtlich nicht um eine ideengeschichtliche Untersuchung, sondern darum, bestimmte Überlegungen, die diese Autoren aus jeweils unterschiedlicher Blickrichtung und mit unterschiedlichen Intentionen angestellt haben, als Anregung aufzunehmen und diese unter dem Gesichtspunkt der ihn interessierenden Frage nach der charakteristischen Struktur gerade der juristischen Denkweise fruchtbar zu machen. Entscheidend für die Beurteilung *Viehwegs* ist mithin nicht die Frage nach einer richtigen oder falschen Exegese, sondern ob der von *Viehweg* vorgelegte Ansatz geeignet ist, zu einem angemessenen Verständnis des juristischen Denkens beizutragen.

Dazu ist im weiteren wie folgt zu verfahren. Zunächst ist *Viehwegs* Verständnis der *aristotelischen* Topik sowie deren Analyse zu verdeutlichen und auf die Einwände einzugehen, die einer Übertragbarkeit der Topik auf den Bereich der Jurisprudenz vor allem im Hinblick auf die Geltungsproblematik grundsätzlich entgegengehalten werden (II). Daß dabei keine umfassende, sondern nur eine auf die Topik-Debatte bezogene Klärung angestrebt wird, versteht sich von selbst. Anschließend ist *Viehwegs* zentrale Unterscheidung zwischen Problem- und Systemdenken zu analysieren und einhergehend damit die *Verkürzungsthese* und die mit dieser zusammenhängende Kritik zu entkräften (III). Ausgehend von den so gewonnenen Ergebnissen ist darzulegen, daß die Einordnung der Jurisprudenz als Problemdenken geeignet ist, auch und gerade die Struktur des juristischen Denkens transparent zu machen und zu erklären. Dabei wird sichtbar werden, daß die *Gleichsetzungsthese* den dafür maßgeblichen Zusammenhang zwischen der Struktur einer Denkweise und dem ihr zugrunde liegenden Problembereich überspielt. Schließlich ist zu zeigen, wie sich bei Berücksichtigung dieses Zusammenhangs auch die Frage nach einem spezifisch juristischen Systembegriff auf Grundlage des *viehwegschen* Ansatzes beantworten läßt (IV). Vor diesem Hintergrund ist dann im 2. Teil der Arbeit auf die Fortentwicklung der Rhetorischen Rechtstheorie durch und nach *Viehweg* einzugehen.

II. *Viehwegs* Verständnis der Topik

1. Dimensionen der Topik als Erfindungskunst

Die Frage, wie der Begriff der Topik historisch zu bestimmen ist und welche Entwicklung er genommen hat, findet bei *Viehweg* keine erschöpfende Behandlung. Eine vertiefende Auseinandersetzung mit philosophiegeschichtlichen oder philologischen Details kann und braucht auch hier nicht zu erfolgen. Unerlässlich ist es im vorliegenden Zusammenhang aber, die Grundlinien des *viehwegschen* Topik-Verständnisses zu verdeutlichen, um im Hinblick darauf die Kritik sowohl an *Viehwegs* Interpretation des *aristotelischen* Ansatzes als auch an deren Anwendung auf den Bereich der Jurisprudenz beurteilen und strukturieren zu können.

a) *Aristotelische* Topik als Theorie des Meinungswissens

Dazu ist zunächst noch einmal die *aristotelische* „Topik“ in den Blick zu nehmen, die den Hauptanknüpfungspunkt für die *viehwegsche* Topik-Analyse bildet¹⁰¹. Im ersten Buch der „Topik“ gibt *Aristoteles* eine allgemeine Einordnung der Topik, in den weiteren Büchern geht es um eine möglichst umfassende und zugleich anwendungsgerecht aufbereitete Abhandlung der einzelnen Topoi (Bücher II - VII) sowie um Anweisungen zur richtigen Diskussionstechnik (insbes. Buch VIII). Dabei mißt *Aristoteles* der Topik als Verfahren, nach dem sich „über jedes aufgestellte Problem aus meinungsmäßigen Sätzen Schlüsse bilden“ lassen, für drei Bereiche praktische Bedeutung zu, nämlich „für die Übung, für den Gedankenaustausch und für die philosophischen Wissenschaften“¹⁰². Im Hinblick auf die Übung liegt das *Aristoteles* zufolge auf der Hand, denn „wenn wir im Besitz einer festen Methode sind, so werden wir einen vorgelegten Gegenstand leichter in Angriff nehmen können“. Für den Gedankenaustausch sieht er den Nutzen darin, daß „wir, wenn wir mit ihr (der Topik) vertraut sind, im Verkehr mit anderen die Meinungen der Menge aufzählen und alles, was uns von der Gegenseite nicht recht gesagt scheint, nicht auf fremde Ansichten, sondern auf eigene gestützt, widerlegen können“¹⁰³. Schließlich sei die Topik auch im Bereich der „philosophischen Wissenschaften“ nützlich, denn „wenn wir imstande sind, nach

¹⁰¹ Auf die „Sophistischen Widerlegungen“ als Fortsetzung der „Topik“ und die *aristotelische* „Rhetorik“ geht *Viehweg* nicht näher ein.

¹⁰² *Aristoteles*, Top. I. 2. 2.

¹⁰³ *Aristoteles*, Top. I. 2. 3. und 4.

beiden Seiten Bedenken zu erheben, werden wir leichter erkennen, was hier und dort falsch ist. Sie kann uns aber auch bei der Erkenntnis dessen nützlich sein, was bei den Prinzipien der Einzelwissenschaften das Erste ist. Hierüber läßt sich auf Grund der besonderen Prinzipien einer gegebenen Wissenschaft unmöglich etwas ausmachen, weil die Prinzipien das erste von allem sind; man muß hier vielmehr mit Hilfe der meinungsmäßigen Sätze über den jeweiligen Gegenstand der Sache beikommen. Das ist aber die eigentümliche oder doch ihr besonders zukommende Leistung der Dialektik. Sie ist eine Kunst der Erfindung, und darum beherrscht sie den Weg zu den Prinzipien aller Wissenschaften“¹⁰⁴.

Das schwerpunktmäßige Interesse *Viehwegs* an der „Topik“ richtet sich auf die beiden letztgenannten Aspekte im Sinne einer „Theorie der Dialektik“¹⁰⁵ oder des Meinungswissens, wie *Aristoteles* sie vor allem im ersten Buch umreißt. Auf den Übungsgesichtspunkt in seiner Ausrichtung auf den als „philosophische Gymnastik“¹⁰⁶ betriebenen antiken Disputationsbetrieb geht *Viehweg* dagegen nur am Rande ein¹⁰⁷. Dieser ist auch hier nicht vertiefend zu betrachten, denn es ist grundsätzlich unbestritten, daß die Topik einer davon losgelösten Betrachtung zugänglich ist¹⁰⁸. Die Übungsgespräche außer Betracht lassend, faßt *Viehweg* die Topik daher als allgemein anwendbares Verfahren auf, das dazu verhilft, im Bereich des Meinungsmäßigen widerspruchsfrei und wohlbegründet zu argumentieren, und das „wirkliche Einsichten“ anstrebt, „nicht etwa bloßes, beliebiges Meinen“. Die To-

¹⁰⁴ *Aristoteles*, Top. I. 2. 6.

¹⁰⁵ Vgl. *Viehweg*, Topik, S. 29.

¹⁰⁶ So eine Formulierung von *E.Kapp*, zitiert nach *Kriele*, Rechtsgewinnung, S. 138.

¹⁰⁷ Philosophische Übungsgespräche waren offenbar seit der Zeit Platons üblich, vgl. dazu nur *Kriele*, Rechtsgewinnung, S. 136 f. und *Bokeloh*, Beitrag der Topik, S. 19 ff., jeweils m.w.N. Sie waren konzipiert als Spiel zwischen zwei Studenten, von denen der eine als Defendent einen philosophischen Satz behaupten muß, während der andere als Opponent jenen durch gezielte Fragen zu Zugeständnissen zu zwingen sucht, die die behauptete These widerlegen. Die Antworten dürfen dabei nur in einem „ja“ oder „nein“ bestehen und nicht wieder zurückgenommen werden, um die Schulung gedanklicher und begrifflicher Klarheit zu erreichen. Daß *Aristoteles* insoweit aber Nachhilfebedarf gesehen haben mag, wird plastisch, wenn man die Karikatur der Praxis durch den Komödianten *Epikrates* liest: „A: Wie steht's mit Platon, Speusippos, Menedemos? Was ist jetzt ihr Geschäft? Welch' Problemen, Welch' Themen gilt ihre Untersuchung? – B: Ich sah die Schar der Burschen ... am Übungsplatz der Akademie, hörte Reden, unsagbar, sinnlos: Definitionen über Natur. Das Wesen der Tiere teilten sie ein, Arten der Bäume, der Gemüse Gattungen. Sie prüften auch den Kürbis, welcher Gattung er wohl sei ... Zuerst da standen alle schweigend, beugten sich nieder, meditierten ... Auf einmal ... sagte einer: Ein rundes Gemüse, der andere: Kraut, der dritte: Ein Baum. Dies hörend ließ ein Arzt sizil'schen Landes furend sich vernehmen: Die seien ja verrückt! – A: Da wurden sie wohl mächtig böse und schrien: Das ist Beleidigung! Denn nicht geziemt sich's, solcherart im Hörsaal sich zu äußern! – B: Den Bürschchen macht' das gar nichts aus, und Platon, der dabeistand, sagte ganz sanft und ohne Zorn: Versucht's nochmal von Anfang an zu definieren. Was ist ein Kürbis? ...“; zitiert nach *Zekl*, Einleitung zu *Aristoteles*, Topik, Hamburg 1992, S. VI. Vgl. im übrigen zum Verhältnis der aristotelischen Topik zum Gedankengut der spätplatonischen Akademie *Cherniss*, Aristotle's Criticism of Plato and the Academy, New York 1962, insbes. Kap. 1.

¹⁰⁸ Vgl. *Kriele*, Rechtsgewinnung, S. 139; *Rehbock*, Topik und Recht, S. 36 f.; *Bokeloh*, Beitrag der Topik, S. 23 f.

poi dienen dabei als „vielseitig verwendbare, überall annehmbare Gesichtspunkte, die im Für und Wider des Meinungsmäßigen gebraucht werden und zum Wahren hinführen können“¹⁰⁹.

Diese Rede von „wirklichen Einsichten“ und dem Weg hin zum „Wahren“ darf freilich nicht wörtlich genommen werden. Soweit bei manchen Kritikern der Eindruck entstanden ist, *Viehweg* überziehe den erkenntnistheoretischen Gehalt der Topik, handelt es sich um ein Mißverständnis, das der Klarstellung bedarf. *Viehweg* ist sich natürlich völlig darüber im Klaren, daß die Topik keine „Wahrheiten“, keine absoluten Gewißheiten vermittelt¹¹⁰. Der Bereich des Meinungsmäßigen, der Dialektik, ist ja - wie *Viehweg* fortlaufend betont - gerade dadurch gekennzeichnet, daß keine gesicherten richtig-/falsch-Beurteilungen möglich sind. „Wahr“ werden meinungsmäßige Sätze insbesondere auch nicht deshalb, weil sie „Allen oder den meisten oder den Weisen wahr scheinen, und auch von den Weisen wieder entweder Allen oder den meisten oder den Bekanntesten und Angesehensten“. Den „wirklichen Einsichten“, die die Topik als *inventives* und *dialogisch* konzipiertes Verfahren anstrebt, kommt *Viehweg* zufolge vielmehr eine bescheidenere Form der Dignität zu, nämlich die der Angemessenheit und der Akzeptabilität: Die *inventive* Komponente der Topik als Erfindungskunst verlangt, die für eine jeweilige Problemstellung möglicherweise einschlägigen Gesichtspunkte möglichst vollständig zu erfassen, um *passende* Prämissen zu finden; die *dialogische* Komponente¹¹¹ verlangt, bei dieser Prämissenwahl an gemeinsame Erfahrungshorizonte und herrschende Wertvorstellungen anzuknüpfen, um Zustimmungsfähigkeit der Adressaten zu erreichen. Das topische Verfahren bietet damit eine Orientierungshilfe, die der Gründlichkeit, Schlüssigkeit und Plausibilität von Problemlösungen dient, dabei aber immer eine Argumentation nach beiden Seiten zuläßt. Eindeutige und zwingen-

¹⁰⁹ *Viehweg*, Topik, S. 24.

¹¹⁰ Entsprechend weist *Viehweg* auch darauf hin, daß es unschädlich sei, wenn die *aristotelische* Einteilung der Schlüsse gemäß der Genera nur ungefähr erfolgen und sein Topikatalog keine Vollständigkeit beanspruchen kann, s. *Viehweg*, Topik, S. 22 f., sowie *Aristoteles*, Top. I. 6. 3. 3, VII. 5. 14. Im übrigen ist für *Viehweg* gerade deshalb, weil er die Topik *nicht* als Verfahren zur Wahrheitsfindung in einem anspruchsvolleren Sinne auffaßt, eine vertiefende Auseinandersetzung mit der *aristotelischen* Herleitung der Topoi aus den Genera und Kategorien entbehrlich, obwohl diese einem unbefangenen juristischen Leser nicht ohne weiteres einleuchten muß und der Status der *aristotelischen* Kategorien zudem auch innerhalb der philosophischen Debatte umstritten ist.

¹¹¹ Die Ausblendung der Übungsgespräche als Anwendungsgebiet der Topik relativiert also nicht etwa die konstitutive Bedeutung der dialogischen Dimension der Topik: Dialektisches Schließen ist „immer an einen Anderen, an einen Mitmenschen, gerichtet, und daher von dessen Bestimmung zu den Prämissen abhängig“, *Prantl*, Geschichte der Logik im Abendlande, Bd. II, 2. Aufl., Leipzig 1927, S. 98. Zur Bedeutung der dialogischen Dimension in der Jurisprudenz insgesamt *Gröschner*, Dialogik und Jurisprudenz, Tübingen 1982.

de Ergebnisse oder Beweise liefert es nicht¹¹². Die Rationalität der Topik liegt danach in ihrer Effizienz, nicht in der Letztbegründung ihrer Resultate¹¹³. In diesem Sinne handelt es sich „um ein sehr bezeichnendes, mittelbares Erkenntnisverfahren, bei dem es allerdings sehr darauf ankommt, mit wem man es betreibt“¹¹⁴. Wenn *Viehweg* gleichwohl von „wirklichen Einsichten“ spricht, dann um die Ernsthaftigkeit des Anliegens deutlich zu machen, das er mit der Topik verbindet. Für ihn gilt es, die Topik nicht wegen ihres *vorwissenschaftlichen* Charakters als *unwissenschaftlich* beiseite zu legen, sondern als pragmatischen Ansatz zu würdigen, konkrete Problemstellungen im Bereich des Ungewissen *so plausibel wie eben möglich* zu bewältigen.

b) Zum Problembereich der Dialektik

Das so umrissene Topik-Verständnis *Viehwegs* unterscheidet sich im Ausgangspunkt nicht grundlegend von dem anderer Autoren¹¹⁵. Kritik hat aber *Viehwegs* weitergehende Deutung der Topik als Techne des Problemdenkens hervorgerufen. Insoweit wendet allen voran *Blühdorn* ein, daß *Viehweg* den Ansatz von *Aristoteles* unzutreffend für sich in Anspruch nehme¹¹⁶. *Blühdorn* wirft *Viehweg* zunächst vor, er lese in die *aristotelische* Unterscheidung von Apodeiktik und Dialektik eine Abwertung der Dialektik hinein, indem er sie als „Gebiet des bloß Meinungsmäßigen“ kennzeichne¹¹⁷. Eine solche Abwertung - so stellt *Blühdorn* nach eingehender Auseinandersetzung mit *Aristoteles* fest - liege diesem aber fern, vielmehr weise *Aristoteles* der „Dialektik bestimmte ernstzunehmende Aufgaben“

¹¹² Vgl. auch *Ueding*, *Klassische Rhetorik*, S. 82: „Wir wissen, daß die Begründung unseres Urteils objektiv unzureichend und auch subjektiv oft genug ungewiß ist, können aber durch das Vertrautwerden mit dem Material, durch topisch orientierte Erfahrung und durch Verwertung derjenigen Ergebnisse anderer Wissenschaften, die sie den partiellen Gesetzmäßigkeiten in unserem Gegenstandsbereich widmen, einen Grad von subjektiver Gewißheit erreichen, die wir mit Argumenten glaubwürdig nach außen vertreten und als konsensfähig behaupten können“.

¹¹³ Dazu *Bornscheuer*, *Topik*, S. 36 f., mit Verweis auf *Wieland*, *Die aristotelische Physik*, Göttingen 1962, S. 230: „Die Dialektik findet ihre spezifischen Anfangsgründe (...) nicht wie die philosophia prima in wenigen absoluten Wahrheiten oder in einem obersten Einheitsprinzip, sondern auf dem weiten Feld der allgemeinen Bildung und Meinung (doxa, endoxa), dessen gesellschaftlicher Wahrheitswert einer axiomatischen Letztbegründung nicht bedarf, weil die Dialektik ‚weder dem Phantom einer absoluten Gewißheit nachjagt, noch an die Möglichkeit eines absoluten Zweifels glaubt‘“.

¹¹⁴ *Viehweg*, *Topik*, S. 43.

¹¹⁵ Verwiesen sei hier nur auf die Zusammenstellung der Begriffsbestimmungen von *Viehweg*, *P.Schneider*, *Coing* und *Esser* bei *Kriele*, *Rechtsgewinnung*, S. 117 f., sowie auf den Vergleich der Topik-Begriffe von *Viehweg*, *Esser* und *Kriele* bei *Rehbock*, *Topik und Recht*, S. 17 ff., 25 ff. Eine genauere Differenzierung des Topos-Begriffs erfolgt bei *Bornscheuer*, *Topik*, S. 91 ff., insbes. 105, der vier Strukturmomente unterscheidet, nämlich „die kollektiv-habituelle Vorprägung (Habitualität), die polyvalente Interpretierbarkeit (Potentialität), die problemabhängige, situativ wirksame Argumentationskraft (Intentionalität) sowie die sich gruppenspezifisch konkretisierende Merkform (Symbolizität)“.

¹¹⁶ *Blühdorn*, *Kritische Bemerkungen*, insbes. S. 278 ff.; im Anschluß an *Blühdorn* auch *Otte*, *Zwanzig Jahre Topik-Diskussion*, S. 184, Fn. 7.

¹¹⁷ *Blühdorn*, *Kritische Bemerkungen*, S. 278 f., bezugnehmend auf *Viehweg*, *Topik*, S. 20.

zu¹¹⁸. Mit dieser Feststellung rennt *Blühdorn* bei *Viehweg* ersichtlich offene Türen ein. Tatsächlich liegt es *Viehweg* völlig fern, die Dialektik abzuwerten. Ganz im Gegenteil zielt *Viehwegs* Schrift doch gerade darauf, die spezifische Leistungsfähigkeit eines meinungsmäßigen Denkens in bewußter Abgrenzung zum „Feld der Wahrheit“ anzuerkennen. Warum *Blühdorn* diese Grundintention *Viehwegs* verfehlt, ist nicht nachvollziehbar, selbst wenn man die ironische Note in Rechnung stellt, die mitunter in *Viehwegs* Formulierungen anklingt.

Beachtung verdienen die Ausführungen *Blühdorns* allerdings im Hinblick auf *Viehwegs* These, bei der Topik handele es sich um „diejenige denkerische Techne (...), die sich am Problem orientiert“¹¹⁹. *Viehwegs* Wendung des Problembegriffs hin zur Aporie im Sinne von „Weglosigkeit“ oder „nicht zu beseitigende(r) Problemsituation“, so die Kritik, entspreche weder dem *aristotelischen* Problemverständnis in der „Topik“ noch dem Aporienbuch der *aristotelischen* „Metaphysik“. Unter diesem Aspekt gilt es nunmehr das Problemverständnis von *Aristoteles* und *Viehweg* vergleichend zu betrachten.

Nach *Aristoteles* verhilft die Topik dazu, in Disputationen „über jedes aufgestellte Problem aus meinungsmäßigen Sätzen Schlüsse“ zu bilden, ohne in Widersprüche zu geraten. Die Disputationen „erwachsen aus Sätzen, und das, worum sich die Schlüsse drehen, sind die Probleme“¹²⁰. Gemeint sind dialektische Sätze und Probleme: „Es ist aber ein dialektischer Satz eine Frage, die entweder allen oder den meisten oder den Weisen und von den Weisen entweder allen oder den meisten oder den Angesehensten glaubwürdig erscheint“¹²¹. Mit den Sätzen wird also in Frageform auf Endoxa Bezug genommen, um damit Zugeständnisse und so eine gemeinsame Diskussionsgrundlage zu gewinnen. Von solchen Sätzen unterscheiden sich dialektische Probleme dadurch, daß sie als Doppelfrage formuliert werden: „Ist das so und so (oder nicht)?“. Der Grund dafür ist, daß es bei den Problemen um etwas geht, „über das die Menge und die Weisen entweder keine bestimmte Meinung haben, oder jene entgegengesetzt denkt wie diese, oder diese wie jene, oder beide unter sich selbst“¹²².

¹¹⁸ *Blühdorn*, Kritische Bemerkungen, S. 289.

¹¹⁹ *Blühdorn*, Kritische Bemerkungen, insbes. S. 296, 299, bezugnehmend auf *Viehweg*, Topik, S. 31; kritisch zu *Blühdorn* auch *Bornscheuer*, Topik, S. 120 f.

¹²⁰ *Aristoteles*, Top. I. 4. 2. 2.

¹²¹ *Aristoteles*, Top. I. 10. 2. 1.

¹²² *Aristoteles*, Top. I. 11. 1. 1. Auch dürfen die Probleme nicht schlicht „indiskutabel“ sein: Dies ist nur der Fall, „wo es zur Lösung obwaltender Zweifel der Vernunft bedarf, nicht der Züchtigung oder der gesunden Sinne. Die etwa zweifeln, ob man die Götter ehren oder die Eltern lieben soll, oder nicht, bedürfen der Züchtigung, und die zweifeln, ob der Schnee weiß ist, oder nicht, bedürfen der gesunden Sinne“, *Aristoteles*, Top. I. 11. 6.

Anders als ein Satz kann ein Problem deshalb nicht schlicht nach Maßgabe der allgemeinen Auffassung mit „ja“ oder „nein“ beantwortet werden, vielmehr ist die Sache ernsthaft fraglich und bedarf daher einer abwägenden Untersuchung unter Zuhilfenahme der Sätze. Unbeachtlich ist für das Vorliegen eines dialektischen Problems dagegen die zugrunde liegende Thematik, es kann sich auf „ethische, physikalische oder logische Gegenstände“ beziehen¹²³.

Bis hierher ergibt sich demnach noch kein Widerspruch zu *Aristoteles*, wenn *Viehweg* seinerseits ein Problem zunächst eine jede Frage nennt, „die anscheinend mehr als eine Antwort zuläßt“, und dabei „notwendigerweise ein vorläufiges Verständnis voraus(setzt), nach dem irgendetwas überhaupt als ernstzunehmende Frage erscheint“¹²⁴. Wie aber ist es mit *Aristoteles* zu vereinbaren, wenn *Viehweg* gerade für „nicht zu beseitigende Problemsituation(en)“ auf die Topik verweist, die zwar nur „fragmentarische Einsichten“ erlaube, aber immerhin verhindere, daß man „rettungslos stecken“ bleibt¹²⁵?

Wie erwähnt besteht *Aristoteles* zufolge zwischen dialektischen und apodeiktischen Problemen thematisch grundsätzlich kein Unterschied, verschiedenartig ist vielmehr der Lösungsmaßstab, nämlich der der Meinung einerseits und der der Wahrheit andererseits¹²⁶. Insoweit betont *Blühdorn*, daß die Dialektik versuchend (*peirastisch*) und fragend (*erote-tisch*) verfare, da ihr Ausgangspunkt das Zugeständnis des Gegners sei, während die Apodeiktik ein erkennendes und beweisendes Verfahren bilde, dessen Ausgangspunkt in wahren und ersten Sätze liege, bei denen nicht nach dem „warum“ gefragt werden darf¹²⁷. Dies verweist zugleich auf die Grenzen der beweisenden Wissenschaft und auf den Nutzen der Dialektik: Nach *Aristoteles* kann nicht bewiesen werden, was bei den Prinzipien der Einzelwissenschaften das Erste ist¹²⁸. Diese Feststellung, so ergänzt *Blühdorn*, „wird unterstrichen durch die Bemerkung in den *Analytica priora* A 27 43a 32f, daß das sinnlich Einzelne von keinem anderen ausgesagt werden kann. Von dem sinnlich Einzelnen läßt sich nichts anderes als Prädikat beweisen (cf. *Metaph.* Z 15 1039b 27-29), es sei denn in dialek-

¹²³ *Aristoteles*, Top. I. 14. 5. 1.

¹²⁴ *Viehweg*, Topik, S. 32.

¹²⁵ Vgl. *Viehweg*, Topik, S. 31, 34.

¹²⁶ „Um über solche (...) Probleme ein philosophisches Urteil zu gewinnen, muß man sie freilich nach dem Maßstabe der Wahrheit behandeln, um sich aber lediglich eine Meinung über sie zu bilden, ist das dialektische Verfahren am Platz“, *Aristoteles*, Top. I. 14. 6. 1.

¹²⁷ *Blühdorn*, Kritische Bemerkungen, vgl. S. 283 f., 288 m.w.N. für *Aristoteles*.

¹²⁸ *Aristoteles*, Top. I. 2. 6.

tischer Weise (κατα δοξαν; cf. Metaph. Z 15 1039b 34-1040a 1)¹²⁹. *Blühdorn* kommt zu dem Ergebnis: „Bezüglich der allgemeinsten Voraussetzungen, so können wir jetzt sagen, sowie bezüglich der konkretesten Aussagen gründet die Wissenschaft letztlich auf Annahmen, deren Geltungscharakter nur κατα δοξαν (entlang den Meinungen, d. Verf.) aufgewiesen werden kann, die zwar dialektisch überprüft, aber nicht bewiesen werden können“¹³⁰.

Ersichtlich ist es nun die hier herausgestellte Ergänzungsfunktion der Dialektik, die *Viehweg* zu der Überlegung führt, daß die Topik in solchen Bereichen eine exponierte Rolle spielen muß, in denen die Bestimmung wahrer und erster Sätze auf besondere Schwierigkeiten stößt. Dort bleibt nur der Rekurs auf allgemeine Anschauungen und Meinungen - die aber sind fragil und deshalb immer wieder problematisch¹³¹. *Viehwegs* Betrachtung der Topik gilt speziell solchen Bereichen, und zwar im Hinblick auf konkrete, lebenspraktische Entscheidungserfordernisse¹³². Dort lassen sich nach *Viehweg* sachgerechte Lösungen nur diskursiv erörtern, nicht aber „beweisen“. Wollte man dagegen in diesen Bereichen nach Art der Apodeiktik vorgehen, die es - wie auch *Blühdorn* konstatiert - ermöglicht, „mit Hilfe der logisch-deduktiven Methode ein System von Ableitungen aus ersten Sätzen zu entfalten“¹³³, und die Lösungen daraus erschließen, dann würde die eigentliche Fraglichkeit der zugrunde gelegten Annahmen negiert: Der Problembezug ginge verloren.

Dieser Sichtweise *Viehwegs* liegt nun zugegebenerweise ein Wissenschaftsverständnis zugrunde, das „wahre und erste Sätze“ anders auffaßt als *Aristoteles*, und aus dem die ihm noch fremde Unterscheidung mathematisch-naturwissenschaftlicher und geistes- bzw. gesellschaftswissenschaftlicher Disziplinen resultiert. Insoweit ist es zutreffend, daß *Viehweg* den Problembegriff und die Bedeutung der Topik abweichend von *Aristoteles* akzentuiert. Diese veränderte Perspektive macht die Bezugnahme auf die *aristotelische* Topik jedoch

¹²⁹ *Blühdorn*, Kritische Bemerkungen, S. 288.

¹³⁰ *Blühdorn*, Kritische Bemerkungen, S. 289.

¹³¹ Vgl. insoweit *Bornscheuer*, Topik, S. 49: „Zwar ist dem endoxa-Begriff der erkenntnistheoretische Aspekt des ‚Wahrscheinlichen‘ nicht anzusprechen, doch scheint es ebenso notwendig, auf seinen soziokulturellen Bedeutungsgehalt aufmerksam zu machen (...). Im Blick auf ihren Gewißheitsgrad indizieren die für die topisch-dialektische Argumentation grundlegenden endoxa aus *aristotelischer* Sicht keinen ‚mystischen‘ Realgrund einer allmenschlichen Logos-Natur oder ewigen Wahrheit, sondern allein die ‚gesellschaftliche Wahrheit‘ nach Maßgabe der jeweils historisch-konkreten Bildungs- und Herrschaftselite“.

¹³² *Ueding*, Klassische Rhetorik, S. 82: „Ein Bereich, über den man nur zu subjektiven Ansichten, zu Wahrscheinlichkeiten also gelangen kann, niemals zu subjektiven und objektiven Gewißheit, daß diese Ereignisse oder jene Entschlüsse für alle und jede Zeit so und nicht anders gesehen werden müssen. Diesen Begebenheiten und Situationen gegenüber verhalten wir uns als Meinende und Entscheidende“.

¹³³ Vgl. *Blühdorn*, Kritische Bemerkungen, S. 304.

keineswegs un schlüssig und begründet deshalb keinen Einwand gegen *Viehweg*. Etwas anderes ergibt sich entgegen *Blühdorn* auch nicht insofern, als im Aporienbuch der „Metaphysik“ von „Weglosigkeiten“ keine Rede sei und *Aristoteles* die dort behandelten Fragen ihrer Auflösung willen stelle, nicht aber, um sie als „konstante Problembestände“ aufzuweisen¹³⁴. Denn auch *Viehweg* geht es um die Gewinnung - wenigstens temporärer - Antworten, d.h. darum, trotz der „nicht zu beseitigende Problemsituation“ eben nicht „rettungslos stecken“ zu bleiben. Entscheidend ist hier für *Viehweg* die Frage, auf welche Weise diese Antworten zu gewinnen sind, nämlich im Wege der Dialektik, weil sich der Maßstab der Apodeiktik als unangemessen erweist¹³⁵.

c) Topik als Zusammenspiel von Bindung und Beweglichkeit

Wie die bisherigen Feststellungen zeigen, betrachtet *Viehweg* die aristotelische „Topik“ primär vor dem Hintergrund ganz grundsätzlicher Erwägungen und im Hinblick auf *allgemeine strukturelle Anforderungen meinungsmäßiger Argumentation*. Die anwendungsorientierte Fortentwicklung der Topik, wie sie in der aristotelischen „Rhetorik“ sowie auch bei *Cicero* und späteren Autoren im Vordergrund steht, hat deshalb für *Viehweg* eher exemplarischen Wert: „Während es bei *Aristoteles* in erster Linie, wenn auch keineswegs allein, um Theoriebildung geht, geht es bei *Cicero* um die Anwendung eines fertiggestellten Topoikatalogs. Jenen beschäftigen im wesentlichen Gründe, diesen Resultate“.¹³⁶ *Cicero* und seine Nachfolger bemühten sich, Topoikataloge als möglichst praktikable Hilfsmittel auszugestalten, wobei, - so kommentiert *Viehweg* - „man kann es hier wörtlich nehmen, eine Trivialisierung eintrat“¹³⁷. Die so entstandenen, mehr oder minder verschiedenartigen Topoikataloge kommen für *Viehweg* „nicht im einzelnen in Betracht“, vielmehr geht es

¹³⁴ *Blühdorn*, Kritische Bemerkungen, S. 300, unter Berufung auf *Wieland*, *Aristoteles als Rhetoriker und die exoterischen Schriften*, *Hermes* 86 (1958), S. 323 f.

¹³⁵ Der Gedanke, daß unterschiedliche Problembereiche verschiedene Maßstäbe erfordern, ist gerade auch *Aristoteles* nicht fremd, vgl. *ders.*, *Nikomachische Ethik*, A 1 1094b: „der Exaktheitsanspruch darf nämlich nicht bei allen Wissenschaften in gleicher Weise erhoben werden“; es sei „genau so ungereimt, vom Mathematiker Wahrscheinlichkeiten entgegenzunehmen wie vom Rhetor den knotwendige Beweise zu fordern“. Entsprechend hält es *N.Horn*, *NJW* 1967, 603, auch für bezeichnend, daß die Beispiele der aristotelischen Topik zum größten Teil der Ethik entnommen sind und *Aristoteles* hier also „offenbar an Wissensgebiete denkt, die sich mit dem menschlichen Handeln selbst befassen, an die praktische Philosophie im weitesten Sinn: Ethik, Ökonomie, und ‚Politik‘, d.h. Jurisprudenz und politische Wissenschaft“. Vgl. ferner *Wieland*, *Die aristotelische Physik*, S. 223, der vertritt, daß das gesamte philosophische Werk des *Aristoteles* durch die topische Denkweise geprägt sei; ebenso *Bornscheuer*, *Topik*, S. 53: „Die in der Topik entfaltete ‚Techne des Problem Denkens‘ und nicht das strenge syllogistische Deduktionsverfahren der *Analytiken* stellt die eigentliche Denkform des aristotelischen Philosophierens dar“.

¹³⁶ *Viehweg*, *Topik*, S. 29.

¹³⁷ *Viehweg*, *Topik*, S. 35.

auch *Viehweg* eher um „Theoriebildung“ und „Gründe“.

In diesem Sinne unterscheidet *Viehweg* in seiner Analyse der Topik eine *Topik erster Stufe* von einer *Topik zweiter Stufe*¹³⁸. Erstere meint eine intuitive Form, unter versuchsweisem Rückgriff auf allgemeine Gesichtspunkte Prämissen und Folgerungen zu gewinnen, mit denen sich Lösungen für alltägliche Problemstellungen erschließen lassen. Letztere bezeichnet eine reflektierte und rationalisierte Anwendung dieses Verfahrens unter Rückgriff auf Topoikataloge¹³⁹. Hinsichtlich der Topoikataloge unterscheidet *Viehweg* weiter zwischen *allgemeinen, überall anwendbaren* Topoisammlungen und solchen, die *für ein bestimmtes Fach approbiert*, also auf einen bestimmten Problembereich zugeschnitten sind¹⁴⁰. Wichtig ist dabei für *Viehweg*, daß sich Allgemein- und Fachtopoi in ihrer Funktion nicht unterscheiden, nämlich als „Orientierungsmöglichkeiten und Leitfäden des Gedankens“ der Problemerkörterung zu dienen. In jedem Fall bilden die Topoi nur ein Angebot möglicher Gesichtspunkte. Welche davon sich tatsächlich als fruchtbar und einschlägig erweisen, entscheidet sich jeweils erst am konkreten Problem¹⁴¹. Diese Flexibilität macht ihre Leistungsfähigkeit aus, indem sie es erlauben, variierenden Problemlagen die lösungsrelevanten Prämissen gleichsam auf den Leib zu schreiben. Ihre Hinordnung auf das Problem, die den Topoi „immer wesentlich bleibt“, hat nach *Viehweg* aber eine wichtige Konsequenz: „Lange Folgerungen vertragen sich nicht mit ihrer Funktion, das logische Gewicht der von ihnen aufgebauten Begriffs- oder Satzgefüge bleibt deshalb stets gering“¹⁴².

Deshalb würde der Versuch, einen innerhalb eines Spezialgebiets etablierten Topoikatalog durch die Bestimmung von Grundbegriffen und Kernsätzen deduktiv-systematisch zu ordnen und die darin enthaltenen Gesichtspunkte in ein klar definiertes Verhältnis zu setzen, dessen eigentliche Intention aufheben. Denn die Festlegungen, die Topoi und Topoikataloge

¹³⁸ *Viehweg*, Topik, S. 35.

¹³⁹ Vgl. zu dieser Unterscheidung auch *Aristototeles*, *Sophistische Widerlegungen*, 172a (S. 27): „Alle wollen über die, die etwas zu verstehen vorgeben, ein Urteil gewinnen, und dazu hilft ihnen das Allgemeine, das sie immerhin kennen, mögen sie auch das Eigentümliche der Sache noch so wenig berühren. So ist denn das Widerlegen jedermanns Sache und hat jeder ohne Kunst teil an dem, was mit Kunst die Dialektik ist und den, der mit syllogistischer Kunst prüft und versucht, zum Dialektiker macht“.

¹⁴⁰ *Viehweg*, Topik, S. 36 f.

¹⁴¹ Vgl. *Bornscheuer*, Topik, S. 43: „Jeder Topos eröffnet verschiedene, sogar entgegengesetzte Argumentationsmöglichkeiten (in utramque partem-Prinzip) (...). Das Auffinden des jeweils nützlichsten Topos und die Reihenfolge der Topoi-Anwendungen sind nicht rationalisierbar oder auch nur optimierbar (...). Die Brauchbarkeit eines Topos richtet sich nach zwei entgegengesetzten Kriterien, einerseits seiner Allgemeinheit, andererseits nach seiner Nähe zu der jeweils konkreten Problemsituation; die Vermittlung zwischen der zunächst unbestimmten Allgemeinheit und der spezifischen Brauchbarkeit im einzelnen bedarf der eingehenden interpretatorisch-disputatorischen Bemühung“.

¹⁴² *Viehweg*, Topik, S. 38.

ge bewirken, sind nicht primär logischer Art, sondern darauf gerichtet, einen gemeinsamen Verständigungshorizont aufzubauen. In diesem Rahmen bilden einmal erfolgte Fixierungen Anhaltspunkte, die *möglichst gewahrt* werden, im jeweiligen Zusammenhang aber neuen *Interpretationen* zugänglich bleiben¹⁴³. Das dadurch bewirkte Zusammenspiel von *Bindung und Beweglichkeit* macht für *Viehweg* die Struktur topischen Denkens aus.

Die dahingehende *viehwegsche* Analyse der Topik hat ebenso wie die Kennzeichnung als Problemdenken verschiedenerlei Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit mit dem *aristotelischen* Ansatz ausgelöst. Zugestanden wird *Viehweg* zwar zunächst, daß die Heranziehung oder Nichtheranziehung einzelner Topoi sich nicht aufgrund logischer Gesetzmäßigkeiten ergebe, sondern „von Fall zu Fall aus ihrer Zweckmäßigkeit und Praktikabilität für das jeweilige Anliegen“; so richte sich etwa die Frage, ob man die Analogie oder das argumentum e contrario zu wählen habe, nach der Erwägung sachlicher, nicht formaler Gesichtspunkte¹⁴⁴. Entsprechend sei auch die Bedeutung von Topoi-Katalogen um so größer, „je weniger sich die Argumente durch logische Zwangsläufigkeiten ergeben, je mehr sie einem ‚einfallen‘ müssen, je mehr also die Kunst gerade darin besteht, im entscheidenden Augenblick ‚darauf zu kommen‘“¹⁴⁵.

Problematisiert wird allerdings *Viehwegs* fließender Übergang von der Allgemeintopik zur Fachtopik. Insoweit wird zunächst zutreffend darauf hingewiesen, daß *Aristoteles* die Topik gerade als fachübergreifendes Verfahren konzipiert und die von ihm behandelten Topoi ganz überwiegend *formaler Art* sind, also auf jedem Sachgebiet anwendbar, während *Viehweg* ohne weiteres auch von fachlich approbierten, d.h. auch *materialen Topoi* ausgeht¹⁴⁶. Hierzu ist anzumerken, daß sich ein allgemeiner Wandel des Topikverständnisses vollzogen hat, wonach „Topos“ nicht mehr allein eine Klasse oder Kategorie bezeichnet, in die ein Argument gehört, sondern zugleich das (sachhaltige) Argument selbst¹⁴⁷. Nicht

¹⁴³ Vgl. *Viehweg*, Topik, S. 41 f.

¹⁴⁴ *Kriele*, Rechtsgewinnung, S. 142. Gegen den Versuch, die Topik als eine „logische Argumentationstechnik“ zu rekonstruieren, eingehend *Bornscheuer*, Topik, S. 109 ff., im Hinblick auf *W.A. de Pater*, Les Topiques d'Aristote et la Dialectique Platonicienne, Fribourg 1965.

¹⁴⁵ *Kriele*, Rechtsgewinnung, S. 143; *Rehbock*, Topik und Recht, S. 69, 71, hebt hervor, daß Topoi „Orientierungshilfen“ bieten, aber die zu treffenden Entscheidungen und Wertungen nicht vorwegnehmen können.

¹⁴⁶ Dazu auch *Seibert*, Juristische Topik, LiLi 10 (1980), S. 169 ff. (175).

¹⁴⁷ Vgl. *Kriele*, Rechtsgewinnung, S. 142 f., 146, unter Bezug auf *E. Mertner*, Topos und Commonplace, in: *Strena Anglica*, FS Ritter, Halle 1956, S. 178 ff., demzufolge dieser Wandel im 18. Jahrhundert einsetzte und mit einer Degradierung des Topos-Begriffs im Sinne von Gemeinplatz oder Klischee einherging. In der neueren Literaturwissenschaft wurde auch *Curtius*, Europäische Literatur und lateinisches Mittelalter (1948), 11. Aufl., Tübingen/Basel 1993, eine Gleichsetzung von „Topos“ und Argument vorgeworfen, dessen Verständnis sich in seiner Disziplin aber durchgesetzt hat, vgl. *Rehbock*, Topik und Recht, S. 7; s. auch *Lausberg*, Handbuch der literarischen Rhetorik, 3. Aufl., Stuttgart 1990.

ganz unbegründet wird diesbezüglich zwar moniert, daß mit einer unterschiedslosen Einbeziehung materialer Gesichtspunkte jegliche Kontur des Topos-Begriffs zu verschwinden drohe¹⁴⁸. Entscheidend für den Ansatz *Viehwegs* ist aber die Überlegung, daß die Anwendung formaler Topoi in einem umgrenzten Problembereich dazu führt, daß sich bestimmte materielle Aspekte herauskristallisieren, die immer wieder auftauchen, bis sie - gleichsam in Verkürzung der gedanklichen Prozesse - ihrerseits als Topoi fungieren, also als vielseitig verwendbare Anhaltspunkte, die der Problemerkörterung dienen, ohne aber das Ergebnis vorzugeben¹⁴⁹. Formale Topoi unterscheiden sich demnach in ihrem Abstraktionsgrad von materiellen Topoi, nicht aber in ihrer Funktion. Es scheint daher gerechtfertigt, auch inhaltliche Gesichtspunkte als Topoi zu begreifen. Ein entsprechend erweitertes Topos-Verständnis hat sich im juristischen Sprachgebrauch auch durchgesetzt¹⁵⁰.

Der Sammlung und Nachweisung solcher in der juristischen Praxis gebräuchlicher inhaltlicher Topoi gilt allerdings nicht *Viehwegs* eigentliches Interesse. Ihm kommt es vielmehr auf Struktur und Funktion topischen Denkens in der Jurisprudenz an¹⁵¹. Genau an diesem Punkt setzt die aus literaturwissenschaftlicher Perspektive formulierte Kritik *Bornscheuers* ein. Dieser wendet gegen die Annahme eines topisch strukturierten Denkens innerhalb der Jurisprudenz als Fachdisziplin ein, daß der erfinderische Geist der *aristotelischen* Topik mit der „durch zwei Jahrtausende stetig fortentwickelten juristischen Methodologie (mit einer Sondertopik)“¹⁵² nicht identifiziert werden könne. *Viehweg* müsse sich hierin von *Aristoteles* sagen lassen: „Je mehr man nämlich die Dialektik oder Rhetorik als Wissenschaft zu betreiben sucht und nicht als bloße Fähigkeiten, wird man unvermerkt ihr Wesen aus den Augen verlieren, indem man sich anschiekt, in Wissenszweige über bestimmte gegebene Gegenstände überzuwechseln und nicht mehr bei der bloßen Verständigung über den ‚Sinn von Aussagen‘ (logoi) stehen zu bleiben“¹⁵³.

¹⁴⁸ Vgl. *Larenz*, Methodenlehre, 6. Aufl., S. 153 f.; *Horak*, Rationes Decidendi, S. 54 ff.

¹⁴⁹ Vgl. *Bornscheuer*, Topik, S. 53, der feststellt, „daß der aristotelische Topos-Begriff (...) weder ein rein formallogischer noch ein ontologischer Begriff ist, sondern ein komplexer Funktionsbegriff, der sowohl formale wie auch thematische Ableitungszusammenhänge eröffnet und zudem die Problemlage jeweils aus ihrem pragmatischen Situationsbezug heraus beleuchtet“. Siehe außerdem *ders.*, Topik, S. 62, wo er auf *Cicero* verweist, der feststellt, daß bei gründlichem Studium eigener und gegnerischer Falldarstellungen „die Argumentationsgesichtspunkte (loci) von selbst und haufenweise zum Vorschein“ kommen und „dann teils einzeln, teils miteinander kombiniert zu festen Argumenten“ führen (*Cicero*, De inventione, 2, 45 f.).

¹⁵⁰ *Bokeloh*, Beitrag der Topik, S. 30.; vgl. auch *Coing*, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 5. Aufl., Berlin 1993, S. 101.

¹⁵¹ Vgl. die klarstellenden Bemerkungen *Viehwegs* im Vorwort zur 4. Auflage von „Topik und Jurisprudenz“ von 1969 sowie dem in der 5. Auflage 1953 angefügten Anhang zur Fortentwicklung der Topik, wo er zwischen *formaler* und *inhaltlicher* Topik differenziert.

¹⁵² *Bornscheuer*, Topik, S. 117 ff.

¹⁵³ Zitiert bei *Bornscheuer*, Topik, S. 117 (*Aristoteles*, Rhetorik, I, 4 1359b).

Soweit *Bornscheuer* damit darauf zielt, daß die *aristotelische* Topik als *vorwissenschaftliches* Verfahren der Problemerkörterung konzipiert ist und „schulmäßig tradierte detaillistische Topoikataloge“, die in ihrer inventorischen Bedeutsamkeit hinter einer Allgemeintopik zurückbleiben, einer solchen zu ihrer Ergänzung deshalb weiterhin bedürfen¹⁵⁴, ist *Viehweg* nichts Substantielles entgegengesetzt. Denn der Umstand, „daß die Topik an den umgangssprachlichen und vorwissenschaftlichen Argumentationsbereich (doxa) gebunden bleiben muß“¹⁵⁵, steht deren Wirksamkeit im Bereich der Jurisprudenz nach *Viehweg* nicht entgegen. Umgekehrt resultiert nach *Viehweg* die Bedeutsamkeit topischen Denkens innerhalb der Jurisprudenz eben daraus, daß es eine solche Rückbindung leistet. Entsprechend hebt *Viehweg* auch hervor, daß die Topik zwar Gegenstand rechtswissenschaftlicher Reflexion sein sollte, sich aber nicht selbst zu einer wissenschaftlichen Methode erheben läßt.

Darüber hinaus meint *Bornscheuer* aber offenbar, daß der erfinderische Geist der Topik mit der „durch zwei Jahrtausende stetig fortentwickelten juristischen Methodologie“ - also der juristischen Systematik - grundsätzlich nicht vereinbar sei. Eine Deutung des juristischen Denkens als Topik verkenne die eigentliche Besonderheit des *aristotelischen* Ansatzes, „nämlich die dem Topos selbst innewohnende ambivalente Unruhe zwischen Methodenanspruch und Methodenverzicht, wenn man so will: zwischen ganzheitlicher ‚System‘- und okkasioneller ‚Problem‘-Relevanz“¹⁵⁶. Diese Kennzeichnung der Topik macht nun allerdings sichtbar, daß *Bornscheuers* Kritik tatsächlich nicht *Viehwegs* Topik-Verständnis betrifft, sondern *Viehwegs* Verständnis der Jurisprudenz. Denn wenn *Bornscheuer* hier die dem Topos innewohnende „Unruhe zwischen Methodenanspruch und Methodenverzicht“ hervorhebt, dann scheint er sich durchaus im Einklang mit *Viehweg* zu befinden, der von Bindung und Beweglichkeit spricht und betont, die Bedeutung der Topoi liege darin, „erst einmal ein bestimmtes Verständnis festzulegen und aufzubauen“, zugleich aber auch „neue Verständnismöglichkeiten zu erschließen“¹⁵⁷. Indem *Bornscheuer* ohne weiteres annimmt, eine solche „Unruhe“ stehe im Widerspruch zur juristischen Methodologie, setzt er voraus, was es nach *Viehweg* gerade zu hinterfragen gilt, nämlich den „systematischen“ Charakter des juristischen Denkens.

¹⁵⁴ Vgl. *Bornscheuer*, Topik, S. 62 ff., 118 f.

¹⁵⁵ Vgl. *Bornscheuer*, Topik, S. 122.

¹⁵⁶ *Bornscheuer*, Topik, S. 119.

¹⁵⁷ *Viehweg*, Topik, S. 41 f.; vgl. auch S. 77: „Wie wir sahen, hat die Topik große Verdienste um die Jurisprudenz. Aber wir sahen überdies, daß es auch sie ist, die die Jurisprudenz nicht zur Methode werden läßt, wen man Methode nur ein Verfahren nennt, das logisch streng nachprüfbar ist (...). (Sie) ist hiernach keine Methode, sondern ein Stil. Dieser ist wie jeder andere Stil sehr viel mehr als gestaltlose Willkür, jedoch weniger als strenge Nachprüfbarkeit“.

d) *Vicos* Topik-Verständnis und die Unterscheidung alter und neuer Studienart

Es bleibt darauf hinzuweisen, daß *Viehwegs* Deutung der Topik als Techne des Problem-denkens, das sich in der Art, in der es sich seine Prämissen beschafft und an diesen festhält, von einem deduktiv-systematischen Denken unterscheiden läßt, maßgeblich durch Überlegungen *Vicos* angestoßen wurde. *Viehweg* weist darauf in der Einleitung und im ersten Abschnitt von „Topik und Jurisprudenz“ ausdrücklich hin. Während sich nun zahlreiche Kritiker *Viehwegs* damit auseinandersetzen, ob *Viehwegs* Bezugnahme auf die Unterscheidung *Hartmanns* zwischen aporetischer und systematischer Denkweise mit einem topischen Ansatz vereinbar sei¹⁵⁸, bleibt der Rückgriff auf *Vico* meist außer Betracht¹⁵⁹. Dies ist bedauerlich, da sich mit dem Hinweis auf *Vico* die maßgebliche Weichenstellung für die Gedankenführung *Viehwegs* und seine Betrachtung der Topik verbindet.

Vico geht es in seiner von *Viehweg* vorrangig herangezogenen Schrift „De nostri tempore studiorum ratione“ um die „Versöhnung der modernen und antiken Studienart“¹⁶⁰. Als solche unterscheidet *Vico* zwei wissenschaftliche Methoden (*scientiarum instrumenta*), nämlich eine *rhetorische* (topische) und eine neue, die er als *kritische* charakterisiert. Die eine bildet antikes Erbgut, die andere meint den sog. *Cartesianismus*¹⁶¹. Die neue Methode kennzeichnet, daß sie bei einem *primum verum* ansetzt und daraus möglichst lange Ketten-schlüsse entwickelt. Die alte Studienart dagegen nimmt ihren Ausgangspunkt beim *sensus communis*, wechselt im weiteren nach Maßgabe der Topik die Gesichtspunkte und entwickelt eine Fülle von Syllogismen. *Vicos* Beurteilung beider Studienarten faßt *Viehweg* wie folgt sehr drastisch zusammen: „Die Vorteile der neuen Studienart liegen nach *Vico* in der Schärfe und Genauigkeit des Gedankens (falls das *primum verum* ein *verum* ist); die Nachteile scheinen aber zu überwiegen, nämlich Verlust an kluger Einsicht, Verkümmern der Phantasie und des Gedächtnisses, Dürftigkeit der Sprache, Unreife des Urteils, kurz: Depravierung des Menschlichen. Das alles aber verhindert nach *Vico* die alte rhetorische Methode und insbesondere ihr *Kernstück* die *rhetorische Topik*. Sie vermittelt humane Klugheit, schult Phantasie und Gedächtnis und lehrt, einen Sachverhalt von sehr verschie-

¹⁵⁸ Dazu noch unten S. 96 ff.

¹⁵⁹ Zu *Vico* aber *Kriele*, Rechtsgewinnung, S. 125 ff.

¹⁶⁰ *Vico*, Vom Wesen und Weg geistiger Bildung, deutsch-lateinische Ausgabe, Godesberg 1947. Zu *Vicos* Unterscheidung auch *Habermas*, Die klassische Lehre von der Politik in ihrem Verhältnis zur Sozialwissenschaft, in: *ders.*, Theorie und Praxis, Neuwied/Berlin 1963, S. 15 ff., 44 f.

¹⁶¹ Dazu *Viehweg*, Topik, S. 16.

denen Seiten zu betrachten. (...) Man muß, meint *Vico*, die alte topische Denkart der neuen vorschalten, denn diese kommt in Wirklichkeit ohne jene gar nicht durch (diss. III, Abs. 2 u. 3)¹⁶². Die letztlich aber angestrebte Versöhnung beider Methoden findet *Vico* darin, sie unterschiedlichen Bereichen zuzuordnen: „Wer nicht zum Physiker oder Mechaniker, sondern zum Dienst an der Allgemeinheit ausgebildet wird, sei es für das Gericht, oder den Senat oder die Kirche, der soll sich bei den Studien der neueren Methode weder als Knabe noch für längere Zeit aufhalten (...), die Topik soll er pflegen, (...) so daß er jeweils das Ansprechendere und Wahrscheinlichere trifft, damit nicht, alles in allem, die Modernen gelehrter sind als die Alten, diese aber weiser als wir“¹⁶³.

Von Interesse ist dieser Bezug auf *Vico* vorliegend zunächst deshalb, weil er noch einmal daran erinnert, daß es zu kurz greift, zum Zwecke einer Beurteilung der *viehwegschen* Überlegungen zur Topik den ursprünglichen *aristotelischen* Ansatz zum allein entscheidenden Maßstab zu machen. Denn *Vico* und ihm folgend *Viehweg* betrachten die Topik aus einer Perspektive, die sich erst im Kontrast zur „kritischen“ Methode eröffnet¹⁶⁴. Darin, daß diese vergleichende Betrachtung bei *Vico* entgegen dem Geist seiner Zeit zu einer günstigen Beurteilung der Topik führt, liegt dessen Originalität. Seit *Bacon* und *Descartes* - der in der Topik nicht mehr sah als eine Kunst, die selbst Knaben innerhalb weniger Tage lernen könnten, um über jede Sache zu schwätzen, die aber hochmütig mache und die Vernunft verderbe¹⁶⁵ - war die Topik lange Zeit allgemein verpönt. Dies illustrieren auch die viel zitierten Einschätzungen von *Kant*, der die Topik als Methode sieht, um „mit einem Schein von Gründlichkeit zu vernünfteln und wortreich zu schwätzen“¹⁶⁶, sowie auch *Hegel*, der sie allein „für die Bildung von Rednern und das Schwätzen sehr zweckmäßig“¹⁶⁷ findet. Entgegen dem die Philosophie des 17. Jahrhunderts prägenden mathematischen Erkenntnisideal und dem Bestreben, auch in anderen Bereichen im Wege unantastbarer Beweisführung Gesamtsysteme zu schaffen¹⁶⁸, die auf wenigen sicheren Grundbegriffen ruhen, fragt *Vico* also nach den Vorzügen einer topischen Struktur im Verhältnis zum logi-

¹⁶² *Viehweg*, Topik, S. 17.

¹⁶³ *Vico*, Vom Wesen und Weg, S. 75.

¹⁶⁴ Vgl. dazu *Bornscheuer*, Toposforschung? Gewiß! Aber im Lichte des zu Erforschenden. Zum topikgeschichtlichen Paradigmenwechsel bei *Vico* und Baumgarten, in: Schirren/Ueding (Hg.), Topik und Rhetorik. Ein interdisziplinäres Symposium, Tübingen 2000, S. 275 ff.

¹⁶⁵ Vgl. Oeuvres de *Descartes*, Paris 1897 - 1909, Bd. VIII, Teil 2, S. 50 f., zitiert nach *Kriele*, Rechtsgewinnung, S. 115 Fn. 11.

¹⁶⁶ *Kant*, Kritik der reinen Vernunft, S. 268 f., zitiert nach *Kriele*, Rechtsgewinnung, S. 116 Fn. 12.

¹⁶⁷ *Hegel*, Werke (Hg. Glockner), Bd. 18, S. 409, zitiert nach *Kriele*, Rechtsgewinnung, S. 116 Fn. 13.

¹⁶⁸ Dazu *Störig*, Kleine Geschichte der Weltphilosophie, Frankfurt/Main 1992, S. 313. Zum Versuch des jungen *Leibniz*, den mathematischen Zeitgeist des 17. Jahrhunderts mit dem tradierten Denkstil der Jurisprudenz in Einklang zu bringen, s. *Viehweg*, Topik, S. 77 ff.

schen System. Er verbindet damit allgemeine Überlegungen zum menschlichen Verständnis der Welt und die Verständigung über diese, an die später nicht nur verschiedene philosophische Richtungen des 19. Jahrhunderts, sondern im 20. Jahrhundert auch konstruktivistische Konzeptionen¹⁶⁹ anknüpfen. Auf die Philosophie *Vicos* und ihre Auswirkungen ist vorliegend zwar nicht näher einzugehen¹⁷⁰, denn *Viehweg* bezieht von diesem nur sein Thema, um sodann, wie er sagt, den historischen *Vico* zu verlassen.

Jedoch liegt die Vermutung nahe, daß *Viehwegs* Interesse an *Vico* durchaus Parallelen aufweist zu dem des Konstruktivismus, das hier schlagwortartig als Verhältnis von Erkenntnis, Sprache und Einbildungskraft umrissen sei. Dies gilt es in Betracht zu ziehen, wenn *Viehweg* anmerkt, nach *Vico* könne man sich ohne die Topik in Wirklichkeit gar nicht orientieren, und dazu feststellt: „Sieht man sich in seinem Sinne um, wird man finden, daß die Topik sehr viel häufiger anzutreffen ist, als man zunächst vermuten möchte. Sie scheint der menschlichen Natur und Situation nicht gänzlich unangemessen zu sein, und es erscheint zumindest geboten, sie nicht ganz außer acht zu lassen, wenn man versucht, sich über menschliches Denken, wo auch immer, Rechenschaft abzulegen“¹⁷¹. *Viehweg* geht mit seinem Verständnis der Topik also deutlich über die Vorstellung von einer zielgerichteten und mehr oder minder reflektierten Technik zur plausiblen Lösung gegebener (Sach-)Fragen hinaus. Vielmehr rekonstruiert er die Struktur topischen Denkens vor dem Hintergrund einer allgemeinen Struktur menschlichen Denkens, die wiederum er offenbar wesentlich bestimmt sieht durch die der menschlichen Erkenntnisfähigkeit gezogenen Grenzen einerseits und andererseits dem Bedürfnis nach einer umfassenden, sinnvollen Weltdeutung¹⁷². Das topische Verfahren als Erfindungskunst, ausgerichtet am Wahrscheinlichen und allgemein Anerkannten, scheint prädestiniert dafür, entsprechende gemeinsame Deutungen zu entwickeln und anzupassen. Es verweist auf die im menschlichen Denken scheinbar tief verwurzelte Tendenz, Widersprüche, Zweifel und Unsicherheiten vorstellungsmäßig zu verarbeiten, auszugleichen oder zu überspielen.

¹⁶⁹ Grundlegend etwa v. *Foerster*, *Sicht und Einsicht*, Braunschweig/Wiesbaden 1985; *Maturana*, *Erkennen*, 2. Aufl., Braunschweig/Wiesbaden 1985; *Watzlawick* (Hg.), *Die erfundene Wirklichkeit*, 2. Aufl., München 1985; *Schmidt* (Hg.), *Der Diskurs des radikalen Konstruktivismus*, 2. Aufl., Frankfurt/Main 1992; Überblick bei *Knorr-Cetina*, *Spielarten des Konstruktivismus*, *Soziale Welt* 1989, S. 87 ff.

¹⁷⁰ Eine Kurzeinführung gibt *Russell*, *Denker des Abendlandes. Eine Geschichte der Philosophie*, 5. Aufl., München 1997, S. 281 ff., der kritisiert, daß *Vico* die Bedeutung der Mathematik für die Forschung unterschätzt habe.

¹⁷¹ *Viehweg*, *Topik*, S. 41.

¹⁷² *Ueding*, *Klassische Rhetorik*, S. 83: „Die topoi dienen somit der Erschließung der Wirklichkeit und verhelfen den Individuen zu ihrer sozialen und kulturellen Orientierung“.

Vor diesem Hintergrund läßt sich die *aristotelische* Allgemeintopik als ein bereits stark reflektiertes und formalisiertes Verfahren auffassen, das mit einer viel weiter zu fassenden Form allgemeiner Verständigungs- und Orientierungsprozesse korrespondiert, die gerade in bestimmten Bereichen eine Funktion erfüllen, die das Systemdenken nicht übernehmen kann. Nimmt man aber eine solche Form einer intuitiven Alltagstopik an, liegt es nahe, in verschiedensten Lebensbereichen die Herausbildung einschlägiger Topoi zu vermuten, auch ohne daß diese notwendig als solche gekennzeichnet oder katalogisiert würden. So verweist *Viehweg* auf das Vorliegen einer Topik in der Musik und Malerei. Im literarischen Problemkreis, so stellt *Viehweg* im Anschluß an *Curtius* fest, bedeuten „die Topoi immer wiederkehrende leitende Gesichtspunkte, feststehende Themen, schließlich allgemein verwendbare Klischees. Sie geben nicht nur ein bestimmtes Kunst- und Lebensverständnis wieder, sondern helfen es auch aufbauen“¹⁷³. In eine ähnliche Richtung weist in der Soziologie auch das Verständnis von *Kesting*, der das Konzept einer „sozialen Topik“ für den Bereich der gesellschaftlichen Bewußtseinsbildung entworfen hat¹⁷⁴.

Wenngleich *Viehweg* sich über dahingehende Implikationen und Hintergründe seines Topik-Verständnisses nicht weitergehend äußert, so wird doch deutlich, daß es *Viehweg* bei der Struktur topischen Denkens um mehr geht als um eine etwaige schulmäßige Anwendung des überkommenen topischen Verfahrens in der Jurisprudenz, nämlich um die Strukturen einer „rhetorische(n) Geistigkeit“¹⁷⁵ und ihrer Bedeutung für das juristische Denken. Man kann diese Ausrichtung hinterfragen, aber man kann sie nicht ignorieren, wenn man sich mit dem Ansatz *Viehwegs* auseinandersetzen will. Dies aber ist etwa *Otte* vorzuwerfen, wenn er *Viehweg* entgegenhält, Topik kennzeichne sich durch die Anwendung von Topoikatalogen, da aber die Jurisprudenz solche nicht (mehr) in Gebrauch habe, lasse sie sich auch nicht als topisches Denken auffassen¹⁷⁶.

¹⁷³ *Viehweg*, Topik, S. 37 f.; vgl. *Curtius*, Europäische Literatur und lateinisches Mittelalter, S. 87 ff. (Kap. 5 „Topik“). Allerdings ist dieses Verständnis innerhalb der neueren Literaturwissenschaft umstritten, vgl. *Bornscheuer*, Topik, S. 92, der den Topos-Begriff *Curtius*' „zwischen der Skylla eines historisch-philologischen Positivismus und der Charybdis einer idealistischen Kunstmetaphysik“ ansiedelt. S. auch *Rehbock*, Topik und Recht, S. 7.

¹⁷⁴ Vgl. *Kesting*, Zur sozialen Topik, in: Popitz u.a. (Hg.), Das Gesellschaftsbild des Arbeiters (1957), 5. Aufl., Tübingen 1977, S. 81 ff., der sich ausdrücklich auf *Curtius* bezieht, dazu wiederum *Bornscheuer*, Topik, S. 129 ff. Zur Topik aus soziologischer Perspektive ferner *Negt*, Soziologische Phantasie und exemplarisches Lernen, 7. Aufl., Frankfurt/Main 1981, insb. S. 62 ff.

¹⁷⁵ Vgl. *Viehweg*, Topik, S. 37.

¹⁷⁶ *Otte*, Zwanzig Jahre Topik-Diskussion, 186 f., im Hinblick auf dessen Kritik *Bornscheuer*, Topik, S. 120, anmerkt, daß damit „das Problem weit unter dem Ansatz von *Viehweg* aufgefaßt und erledigt wird“; s. ferner *Bokeloh*, Beitrag der Topik, S. 27 ff., sowie *Zippelius*, NJW 1967, 2231.

2. Topik, Rhetorik und Rationalität in der Jurisprudenz

Nachdem bis hierher versucht wurde, *Viehwegs* Verständnis der allgemeinen Topik nachzuzeichnen, ist im weiteren zu fragen, inwiefern eine so verstandene Topik zum Verständnis der heutigen Jurisprudenz beitragen kann bzw. welche Bedenken gegen eine topische Betrachtungsweise der Jurisprudenz erhoben werden.

a) Juristische Topoi

Es erscheint hilfreich, zu diesem Zwecke vorab noch einmal zu veranschaulichen, wo sich im Bereich der Jurisprudenz eine Bezugnahme auf Topoi verzeichnen und von einem topischen Denken sprechen läßt.

Mit *Viehweg* ist dahingehend zunächst auf die Schlußformen der sog. „juristischen Logik“¹⁷⁷ zu verweisen, die fast vollständig der *aristotelischen* „Topik“ entstammen¹⁷⁸. So behandelt schon *Aristoteles* den Analogieschluß (*argumentum a simili*)¹⁷⁹, die Lehre vom Gegensatz, die weitgehend dem Umkehrschluß (*argumentum e contrario*)¹⁸⁰ entspricht, sowie die Topoi vom Mehr oder Minder, die heute als *argumentum a maiore ad minus* und *argumentum a minore ad maius* (*argumentum a fortiori*)¹⁸¹ geläufig sind¹⁸². Die *aristotelischen* Topoi der Identität und der Widerspruchsfreiheit korrespondieren mit dem Gebot der Methodenlehre, die „obersten Denkgesetze“ zu beachten¹⁸³. Auch im Hinblick auf den sog. juristischen Auslegungskanon¹⁸⁴ finden sich Entsprechungen bei *Aristoteles*: Der Topos der „Rückführung eines Begriffs auf seinen ursprünglichen Bedeutungsgehalt“ ist mit der *grammatischen* Auslegung vergleichbar, der Topos der „Idee des Dinges“ ist der *teleologischen* Auslegung ähnlich, und die Topoi, die den jeweiligen gedanklichen Zusammenhang

¹⁷⁷ Zu diesem Begriff *Klug*, *Juristische Logik*, S. 7.

¹⁷⁸ Vgl. *Viehweg*, *Topik*, S. 40; ferner *Rehbock*, *Topik und Recht*, insbes. S. 68 ff., der ausführlich untersucht, welche der bereits von *Aristoteles* behandelten Topoi in der gegenwärtigen juristischen Praxis anzutreffen sind.

¹⁷⁹ *Aristoteles*, *Top.* II. 10. 1.; *Top.* IV. 4. 1. ff.

¹⁸⁰ *Aristoteles*, *Top.* II. 7.; *Top.* II. 8.

¹⁸¹ *Aristoteles*, *Top.* II. 11. 1. ff.

¹⁸² *Rehbock*, *Topik und Recht*, S. 70 f., weist darauf hin, daß das *argumentum ad absurdum* zwar nicht in der „Topik“, wohl aber in den „Sophistischen Widerlegungen“ behandelt wird.

¹⁸³ Dazu *Rehbock*, *Topik und Recht*, S. 71 m.w.N.

¹⁸⁴ Vorherrschend ist die Vierteilung in „grammatische“ Auslegung, d.h. nach dem Wortlaut der Norm, „systematische“ Auslegung, d.h. aus dem ihrem Zusammenhang, „historische“ Auslegung, d.h. aus ihrer Entstehungsgeschichte, und „teleologische“ Auslegung, also nach Sinn und Zweck, vgl. nur *Larenz*, *Methodenlehre*, 6. Aufl., S. 319 ff.

bzw. die richtige Zuordnung und Gliederung betonen, weisen Parallelen zur *systematischen* Auslegung auf¹⁸⁵. Das Instrumentarium der etablierten juristischen Methodenlehre stellt sich insoweit also als Zusammenstellung juristisch anerkannter und bewährter Topoi dar. Entsprechend erfolgt ihr Einsatz nicht mit logischer Zwangsläufigkeit. Ob etwa die eine oder andere Schlußform - z.B. Analogie oder Umkehrschluß - zur Anwendung gelangt, bestimmt sich bekanntlich nicht nach Maßgabe logischer Regeln, sondern aufgrund werter Erwägungen¹⁸⁶. Auch unterliegt die Heranziehung und Gewichtung der verschiedenen Auslegungskriterien bekanntermaßen keinen allgemein feststehenden Regeln¹⁸⁷. Mit hin kann ein solches Instrumentarium zwar als Hilfestellung bei der Gewinnung plausibler Problemlösungen dienen, ist aber nicht geeignet, zwingende und eindeutige Ergebnisse herbeizuführen.

Korrespondierend dazu ist auf einen weiteren *aristotelischen* Topos zu verweisen, der in der juristischen Praxis eine wichtige Rolle spielt, nämlich den Gesichtspunkt der „Mehrfachbegründung“¹⁸⁸. Im Rahmen eines streng logischen Verfahrens wäre es unnötig und sinnlos, zur Stützung einer Aussage, die zwingend folgt, noch weitere Gründe anzuführen¹⁸⁹. Anders verhält es sich im topisch-dialektischen Bereich, wo sich ein Ergebnis durch die Angabe unterschiedlicher Gründe besser und sicherer begründen läßt. Bezeichnend für die Selbstverständlichkeit juristischer Mehrfachbegründungen ist ein Beispiel von *Diederichsen*, das dieser einem Lehrbuch zum Sachenrecht von *Westermann* entnimmt, und das die Frage betrifft, ob für die Annahme eines Besitzmittlungsverhältnisses im Sinne von § 868 BGB ein wirksames Rechtsverhältnis erforderlich ist, oder ob es genügt, daß das Besitzmittlungsverhältnis ernstlich gewollt ist und ein Herausgabeanspruch besteht¹⁹⁰. Nach *Diederichsen* bildet *Westermanns* Lösung, wonach es nur auf den Willen des unmittelbaren Besitzers ankommen soll, eine Demonstration systematischen Denkens, nämlich „insofern, als er sie aus dem Wesen des Besitzes als (reiner) Sachherrschaft *ableitet*. (...) Erst im Anschluß an diese begriffliche Deduktion wird die Lösung am Interessengegensatz kontrolliert, wobei *Westermann* zu dem Ergebnis kommt, daß seine Auffassung zu einer inte-

¹⁸⁵ Dazu *Rehbock*, Topik und Recht, S. 71 ff., 80 m.w.N.

¹⁸⁶ *N.Horn*, NJW 1967, 604; *Rehbock*, Topik und Recht, S. 69, 77, jeweils m.w.N.

¹⁸⁷ Zur Uneinheitlichkeit in Theorie und Praxis insoweit schon *Krawietz*, Welche Methode lehrt die juristische Methodenlehre?, JuS 1970, 425 (430); ferner; *Pawlowski*, Methodenlehre für Juristen, Rn. 7; *Schroth*, Theorie und Praxis subjektiver Auslegung im Strafrecht, Berlin 1983, S. 78 ff.; *Kaufmann*, Das Verfahren der Rechtsgewinnung, München 1999, S. 37. Zur methodologischen Praxis des BVerfG Beispiele bei *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg 1995, Rn. 58.

¹⁸⁸ Zum Nutzen der Nennung vieler verschiedener Gründe *Aristoteles*, Top. II. 5. Vgl. zur Mehrfachbegründung in der Jurisprudenz *Hassemer*, Tatbestand und Typus, Köln u.a. 1968, S. 61.

¹⁸⁹ S. schon *Wieland*, Aristoteles als Rhetoriker, S. 335.

¹⁹⁰ *Diederichsen*, NJW 1966, 698, unter Bezugnahme auf *H.Westermann*, Sachenrecht, 4. Aufl., 1960.

ressengemäßen Ausdehnung der Friedenschutzwirkungen führt¹⁹¹. Zutreffend hat indes bereits *Horn* darauf hingewiesen, daß *Diederichsen* „damit ungewollt ein Beispiel für topisches Argumentieren“ in Form der Mehrfachbegründung gibt¹⁹². Zugleich ist im übrigen auch die Durchführung einer „Ergebniskontrolle“ im Anschluß an eine begriffliche Deduktion für ein topisches Denken bezeichnend.

Neben dem Gebrauch der genannten, bereits von *Aristoteles* behandelten Allgemeintopoi finden im Bereich der Jurisprudenz aber auch fachlich approbierte, d.h. insbesondere auch materiale Topoi Verwendung¹⁹³. Eine Sammlung solcher juristischen Fachtopoi hat allen voran *Gerhard Struck* vorgelegt¹⁹⁴. Die von ihm erstellte Liste umfaßt 64 Topoi, verstanden als Standardargumente, die häufig und in unterschiedlichen rechtlichen Zusammenhängen auftauchen, z.B.: Lex posterior derogat legi priori; Verbot des Richters in eigener Sache; Kompensation; Nemo plus iuris transferre potest quam ipso habere; Wer begünstigt, benachteiligt auch; Casum sentit dominus; Veranlassungsprinzip; Priorität; Privatautonomie; Vernire contra factum proprium; Sachwidrigkeit; Verkehrsschutz; Verhältnismäßigkeit; Praktikabilität; Verwirkung; Unzumutbares darf nicht verlangt werden; Rechtssicherheit¹⁹⁵. Ferner versucht *Struck*, die Eigenschaften solcher juristischen Topoi näher zu bestimmen. Für kennzeichnend hält er zunächst, daß sie ungeachtet ihrer fachspezifischen Formulierung dem Kerngehalt nach auch außerhalb der Jurisprudenz geläufig seien, also die *Allgemeinheit* ihrer Geltung (z.B.: Casum sentit dominus = Pech gehabt!; Priorität = Wer zuerst kommt, mahlt zuerst)¹⁹⁶. Weiter seien Topoi „überzeugend - vernünftig - gerecht“, und zwar in dem Sinne, daß sie an Richtigkeitsvorstellungen appellierten, denen niemand ernsthaft widersprechen kann (wer wollte Unverhältnismäßiges, Unzumutbares oder Unpraktikables fordern?)¹⁹⁷. Ferner zeichneten sich Topoi durch ihr *Durchsetzungs-*

¹⁹¹ *Diederichsen*, NJW 1966, 698.

¹⁹² *N.Horn*, NJW 1967, 604. Weiteres Beispiel: *Westermann* vertritt, daß ein Sicherungsnehmer im Falle der Zwangsvollstreckung gegen den Sicherungsgeber keine Widerspruchsklage nach § 771 ZPO erheben, sondern nur vorzugsweise Befriedigung nach § 805 ZPO verlangen kann. *Diederichsen*, NJW 1966, 698, meint, daß *Westermann*, indem er den Begriff der Sicherungsübereignung im Hinblick auf den besonderen Übereignungszweck abweichend von dem der allgemeinen Eigentumsübertragung bestimme, die Anwendung des § 805 ZPO mit dem spezifischen Sicherungsübereignungszweck *systematisch* begründen könne. *N.Horn*, NJW 1967, 606, betont dagegen, daß *Westermann* gerade nicht deduzierend vorgeht (also aus den allgemeinen Rechtsgrundsätzen der Eigentümerstellung die Anwendung des § 771 ZPO ableitet), sondern auf einen Aspekt abstellt, der sich erst unter Berücksichtigung der besonderen Problemlage ergibt (Sicherungszweck).

¹⁹³ Zu dieser Unterscheidung bereits oben S. 39 f.

¹⁹⁴ *Struck*, Topische Jurisprudenz, passim. Vgl. auch die kritische Bestandsaufnahme zum Begriff des juristischen Topos bei *Rödig*, Die Denkform der Alternative in der Jurisprudenz, Berlin u.a. 1969.

¹⁹⁵ *Struck*, Topische Jurisprudenz, S. 20 ff.

¹⁹⁶ *Struck*, Topische Jurisprudenz, S. 35 ff., 72.

¹⁹⁷ Ihre Abstraktheit berge dabei zugleich die Gefahr einer manipulativen, nämlich zu undifferenzierten und suggestiven Verwendung, vgl. *Struck*, Topische Jurisprudenz, S. 38 f.

vermögen aus, nämlich einer Tendenz zur Erweiterung ihres Anwendungsbereichs¹⁹⁸. Konstruktiv könne dies im Wege von Analogien geschehen, aber etwa auch dadurch, daß man erwünschte Topoi zur Interpretation von Normen oder Verträgen heranziehe und selbst Tatbeständen mit einem geschlossenen Kreis von Merkmalen implementiere¹⁹⁹. Charakteristisch sei außerdem die *Vagheit* und *wechselseitige Durchdringung* juristischer Topoi²⁰⁰. Inhalt und Tragweite der einzelnen Topoi blieben meist unbestimmt. Kein Topos gelte absolut, vielmehr überschneide und begrenze sich die Gesamtheit der Topoi gegenseitig, was im Privatrecht etwa im Hinblick auf das Verhältnis von Privatautonomie, Verbraucherschutz, Verkehrsschutz, Minderjährigenschutz usw. deutlich werde. Schließlich verweist *Struck* auf die *praktische Brauchbarkeit* juristischer Topoi, die aus ihrer Problembezogenheit resultiere und sich vor allem bei der Erfassung von Zweifelsfällen erweise²⁰¹.

Freilich sind die von *Struck* angeführten Merkmale nicht definitorisch gemeint und bleiben als Abgrenzungskriterien unscharf. Ebenso vermag *Strucks* juristischer Topoikatalog keine Vollständigkeit zu beanspruchen, es kommen sowohl Ergänzungen als auch abweichende Akzentuierungen in Betracht²⁰². Gleichwohl läßt sich im Hinblick auf die Wirkungsweise juristischer Topoi demnach jedoch festhalten, daß diese nicht nur dann relevant werden, wenn es um die Schließung sog. Regelungslücken, die Konkretisierung wertausfüllungsbedürftiger Begriffe und Generalklauseln oder darum geht, „im Ansturm der täglichen Arbeit“ und „in Ermangelung methodisch gesicherter Überlegungen“ ausnahmsweise einen argumentativen Notbehelf zu finden²⁰³. Zugleich impliziert die Heranziehung von Topoi

¹⁹⁸ *Struck*, Topische Jurisprudenz, S. 39 ff. Ein Beispiel bilde der Topos der Verhältnismäßigkeit, der von Juristen zum Verfassungsrecht erhoben worden sei und zudem etwa als Kriterium einer „gebotenen“ Verteidigung im Rahmen der Notwehr gemäß § 32 StGB auftauche.

¹⁹⁹ Als Beispiel benennt *Struck* eine Entscheidung des OLG Stuttgart, NJW 69, 1777, in der eine Anwendbarkeit von § 132 Abs. 1 Nr. 1 StGB verneint wird, weil im konkreten Fall das unbefugte Führen der Dienstbezeichnung Major die „Interessen der Allgemeinheit“ nicht berührt habe. Vgl. ferner schon die Beispiele bei *Scheuerle*, Finale Subsumtionen, AcP 167 (1967), 305 ff.

²⁰⁰ *Struck*, Topische Jurisprudenz, S. 46 ff., 55 ff.

²⁰¹ Dazu *Struck*, Topische Jurisprudenz, S. 58 ff. Eine praktische Funktion sieht *Struck* zugleich darin, daß sich anhand von Topoi rekonstruieren lasse, welche Überlegungen hinter der Verwendung bestimmter Systemelemente stehen, etwa im Hinblick auf eine „Zweckkonstruktion“ wie dem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, die die Rechtsprechung erfunden habe, um systemwidrige Rechtsfolgen zu ermöglichen.

²⁰² Als Topoi lassen sich etwa auch die in § 46 Abs. 2 StGB aufgezählten Strafzumessungsgesichtspunkte auffassen, obwohl sich ihre Bedeutung nur auf ein Rechtsgebiet beschränkt, oder die Auflistung typischer Fallgruppen in Kommentaren zu § 242 BGB (z.B. *Palandt*, BGB-Kommentar, § 242, Rn. 42 ff.: Unredlicher Erwerb der eigenen Rechtsstellung; Verletzung eigener Pflichten; Fehlen eines schutzwürdigen Eigeninteresses; Geringfügige Interessenverletzung, Unverhältnismäßigkeit; Widersprüchliches Verhalten). Letztlich ist insoweit immer auf Funktion und Verwendungsweise eines Gesichtspunktes abzustellen; vgl. auch *Bokeloh*, Beitrag der Topik, S. 30 (Funktion „per omnes locos tractare“); vgl. ferner *Rehbock*, Topik und Recht, S. 124 ff.

²⁰³ So *Diederichsen*, NJW 1967, 703 f.

keineswegs, daß sich eine Entscheidung im Verweis auf bloße Schlagworte erschöpft²⁰⁴. Vielmehr eröffnen Topoi Optionen für die Arbeit am und mit dem Gesetz, und zwar immer schon dann, wenn in einer schulmäßigen Lösungsskizze ein „(P)“ notiert wird. *Viehweg* verdeutlicht das, indem er darlegt, daß selbst die Verwendung „scheinbar rein rechtstechnischer Begriffe“ im Rahmen der Rechtsanwendung regelmäßig die „Einschaltung einer zusätzlichen Deutung“ erfordert²⁰⁵: Zu dem Ergebnis etwa, daß eine „Willenserklärung“ angefochten und der Vertrauensschaden bezahlt werden muß, obwohl von vornherein kein „Erklärungswille“ vorlag, gelangt man nur durch Berücksichtigung des anerkannten Topos „Vertrauensschutz“²⁰⁶. Entsprechend verhält es sich bei anderen gesetzlichen Begriffen, deren konkrete juristische Bedeutung im Hinblick auf Gesichtspunkte wie Zumutbarkeit, Erkennbarkeit, Interessenlage oder Erfordernisse des Wirtschafts- und Warenverkehrs bestimmt wird²⁰⁷. Dahingehend kann schließlich auch auf die Ausführungen von *Thomas-Michael Seibert* verwiesen werden, der - angeregt durch *Viehweg* - das Verhältnis von Fall, Regel und Topos anhand von Urteilsanalysen näher bestimmt hat²⁰⁸.

²⁰⁴ *Diederichsen*, NJW 1967, 703, hebt zunächst zutreffend hervor, daß es niemandem einfallen würde, allein mit topischen Wendungen wie: „Wer den guten Tropfen genießt, muß auch den bösen genießen“ oder „Wer zuerst kommt, mahlt zuerst“ moderne Rechtsfälle zu lösen. Dabei bestreitet er nicht, daß solche Gesichtspunkte der Sache nach auch in juristischen Diskussionen wirksam werden. Nur geschehe das in spezifisch rechtlicher Form: „Wer den guten Tropfen genießt ...“ tauche etwa in Gestalt der bereicherungsrechtlichen „Saldotheorie“ auf, „Wer zuerst kommt ...“ in Form des Prioritätsprinzips. Problematisch ist dann allerdings *Diederichsens* Folgerung, daß damit der topische Charakter entfalle. Zur Begründung führt er aus, daß die Qualität und der Anwendungsbereich von *Topoi* unsicher sei. Zum *Prinzip* oder zur *Theorie* könnten dagegen nicht beliebige Gesichtspunkte erhoben werden, sondern nur „objektive Rechtsgedanken“, deren Anwendbarkeit durch ihren Sinngehalt beschränkt werde. So sei etwa die Saldotheorie nur bei der Abwicklung nichtiger gegenseitiger Verträge anwendbar und nicht übertragbar auf andere Verhältnisse, in denen sich Anspruch und Verpflichtung gegenüberstehen. Dazu nur folgende Bemerkungen. Zum einen findet der Gesichtspunkt „Wer zuerst kommt ...“ – d.h. der Gedanke der Kompensation oder Vorteilsausgleichung – im Bereicherungsrecht keineswegs einen abgeschlossenen Anwendungsbereich. Zum anderen läßt *Diederichsen* offen, woran er die „Objektivität“ festmacht, die er dem einem Prinzip oder einer Theorie innewohnenden Rechtsgedanken beimißt. *Diederichsens* Versuch, Rechtsgedanken von bloßen Topoi im Hinblick auf Qualität und Anwendungsbereich abzugrenzen, bleibt vielmehr Postulat.

²⁰⁵ *Viehweg*, *Topik*, S. 101 f., 104, mit Bezug auf *Esser*, *Elementi di diritto naturale nel pensiero giuridico dogmatico*, in: *Nuova Rivista di Diritto commerciale, Diritto dell'economia, Diritto sociale*, Anno V (1952), S. 11 ff.

²⁰⁶ Schulfall Trierer Weinversteigerung: Ein Ortsfremder winkt auf der Versteigerung durch Erheben der Hand seinem Freund zu. Er weiß nicht, daß sein Verhalten hier die Abgabe eines höheren Kaufangebots bedeutet.

²⁰⁷ So ist z.B. die Echtheit eines Kunstwerks als „Eigenschaft“ einer Sache im Sinne des § 119 Abs. 2 BGB zu beurteilen, nicht aber sein Wert.

²⁰⁸ Dazu *Seibert*, *Fall, Regel und Topos*, in: *Ballweg/ders.* (Hg.), *Rhetorische Rechtstheorie*, FS *Viehweg*, Freiburg/München 1982, 321 ff.; *ders.*, *Grundlagen der Urteilsanalyse: Fall, Regel und Topos*, in: *Feldner/Forgó* (Hg.), *Norm und Entscheidung. Prolegomena zu einer Theorie des Falls*, Wien/New York 2000, S. 127 ff. Die Orientierung an juristischen Topoi als Gesichtspunkten mittlerer Reich- und Abstraktionsweite - wie Gleichbehandlung, Priorität, Umweltverträglichkeit oder Kompensation - erleichtert es *Seibert* zufolge, Einzelumstände des Fallgeschehens als rechtserhebliche Daten so auszuwählen, daß sie die Geltung einer Regel gleichzeitig plausibel machen und absichern.

b) Endoxa und Geltung juristischer Prämissen

Vor diesem Hintergrund gilt es nun einen Einwand zu betrachten, der einem topischen Verständnis der Jurisprudenz mit besonderem Nachdruck entgegen gehalten wird, und den etwa *Canaris* kurz und bündig wie folgt formuliert: „(...) was geltendes Recht ist, welcher Gesichtspunkt also jeweils verbindlich ist, bestimmt sich i.d.R. eben nicht nach dem ‚common sense‘ oder der ‚Meinung aller oder der meisten oder der Weisesten‘, sondern nach objektivem Recht“²⁰⁹. Ein topisches Verständnis des Rechts spreche deshalb „jeder juristischen Geltungslehre Hohn“: Denn „ein Gesetz ‚gilt‘ auch dann, wenn es nicht von der Meinung ‚aller oder der meisten oder der Weisesten‘ getragen ist, und umgekehrt kann die Meinung ‚aller oder der meisten oder der Weisesten‘ durchaus falsch sein, d.h. etwas verkünden, was keineswegs geltendes Recht ist“²¹⁰.

Canaris wirft *Viehweg* hier also vor, geltendes Recht und unverbindliches Meinen gleichzusetzen und damit das Gesetzesbindungspostulat zu mißachten²¹¹. So einfach läßt sich *Viehwegs* These von der topischen Struktur des juristischen Denkens allerdings nicht erledigen. Zunächst geht es *Viehweg* gar nicht darum, ob das Gesetzesbindungspostulat beachtet werden *sollte*, sondern inwieweit es sich realisieren läßt²¹². Nach *Viehwegs* Ansatz ergibt sich also keineswegs, daß eine Bezugnahme auf gesetzliche Vorgaben innerhalb juristischer Entscheidungsprozesse schlichtweg aufzugeben und etwa die beliebige Bezugnahme auf einen unspezifischen „common sense“ *vorzugswürdig* sei. Er besagt aber auch nicht, daß den gesetzlichen Vorgaben faktisch keine Bedeutung zukomme. Nur ist das Verhältnis von Rechtssätzen und meinungsmäßigen Sätzen komplizierter als *Canaris* mit seiner Entgegensetzung zu suggerieren sucht. Denn die Topik erlangt nach *Viehweg* innerhalb der Jurisprudenz gerade deshalb Relevanz, weil sich der Inhalt des „objektiven Rechts“ regelmäßig nicht eindeutig bestimmen läßt, sondern verschiedene, mehr oder minder „vertretbare“ Lösungen, oder: Meinungen, in Betracht kommen.

Zur Verdeutlichung ist noch einmal bei *Viehwegs* Überlegung anzusetzen, wonach die

²⁰⁹ *Canaris*, Systemdenken, S. 144.

²¹⁰ *Canaris*, Systemdenken, S. 145.

²¹¹ Vgl. ferner *Flume*, Richter und Recht, S. 34 Fn. 85; *Diederichsen*, NJW 1966, 702 f.; *Müller*, Normstruktur und Normativität, S. 59.

²¹² Treffend insoweit *Kriele*, Rechtsgewinnung, S. 149, These Nr. 1: „Die These ‚juristisches Denken ist topisch‘ will besagen, es sei *unentrinnbar* so, man könne sich nicht dafür oder dagegen entscheiden, sondern sich nur im klaren oder im unklaren darüber sein. Deshalb ist die sich als Einwand verstehende Frage, ob juristisches Denken topisch sein solle oder sein dürfe, sinnlos“.

Anwendung des topischen Verfahrens in einem umgrenzten Problembereich offenbar zur Herausbildung einer Fachtopik führt. Ausgehend von allgemeinen Topoi und allgemeinen Überzeugungen entwickeln sich demnach im Laufe der Zeit spezifische inhaltliche Topoi und etablierte Meinungen zu fachspezifisch wiederkehrenden Fragestellungen. Diese bilden sodann ihrerseits Grundlage und Anreiz für Systematisierungsversuche. Vor diesem Hintergrund betrachtet läßt sich die bestehende Rechtsordnung als positiver Systementwurf auffassen. Die darin enthaltenen Sätze und Begriffe schaffen eine gemeinsame Ausgangsgrundlage für die Beantwortung rechtlicher Fragestellungen und ersetzen damit den unmittelbaren und expliziten Rückgriff auf den „common sense“ als materielle Entscheidungsbasis. Gleichwohl unterliegen sie *Viehwegs* Rekonstruktion zufolge weiterhin einer permanenten Anpassung und Interpretation im Wege der Topik, sie fungieren also gleichsam als *fachlich approbierte Endoxa*²¹³: Führen sie zu einer Lösung, die eindeutig erscheint, so wird, wie *Aristoteles* sagt, niemand „ein Problem aus etwas machen, was allen oder den meisten einleuchtet“²¹⁴. Stets werden aber Normauswahl, Begriffsarbeit und Tatbestandskonstitution auch durch außersystematische Maßstäbe kontrolliert²¹⁵. Erst recht gilt dies für die Lösung der sog. schwierigen Fälle. Zur Gewinnung passender, hinreichend konkreter Prämissen, d.h. zu einer fallbezogenen Gesetzeskonkretisierung, bedarf es insofern einer wertenden Ausdeutung der gesetzlichen Vorgaben unter Rückgriff auf anerkannte und teils gegenläufige Gesichtspunkte und Prinzipien (Topoi), die nicht allein den Gesetzen selbst zu entnehmen sind, sondern auch der „bewährten Lehre und Überlieferung“ sowie dem Lebens- und Sprachverständnis der Rechtsgemeinschaft. Die rechtsdogmatische Verarbeitung solcher Gesichtspunkte²¹⁶ zu „herrschenden Meinungen“ ermöglicht es, die-

²¹³ Dahingehend auch schon *N.Horn*, NJW 1967, 607, den *Canaris* ausdrücklich in seine Kritik einbezieht.

²¹⁴ Vgl. *Aristoteles*, Top. I. 10. 1. Wenn ein Gesetzestext als nicht interpretationsbedürftig behandelt wird, dann deshalb, weil über die einschlägige Interpretation derzeit Einigkeit herrscht, s. auch *Viehweg*, Rechtsphilosophie als Grundlagenforschung (1961), in: *ders.*, Rechtsphilosophie und Rhetorische Rechtstheorie, Baden-Baden 1995, S. 45 ff. (48).

²¹⁵ *Esser*, Grundsatz und Norm, S. 254: „Rechtsfindung ist nie bloße Subsumtionsarbeit“. Vgl. *ders.*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis (1970), 2. Aufl., Frankfurt/Main 1972, S. 197: „Der Gesetzestext ist vorhanden und wird nicht verleugnet. Seine Wertausfüllung ist nicht eine Verbiegung, sondern eine Sinnhaftmachung aus dem Zweck des Funktionszusammenhangs und seiner Erhaltung. Er dient also nicht als bloße Kulisse für eine irrational und emotional erstrebte Entscheidung. Er kann nur nicht ohne Bezug auf die konkreten Konfrontationen mit aktuellen Konfliktslagen und ihre nur teilweise dogmatisch festgelegte Einordnung sinnvoll interpretiert werden“.

²¹⁶ Als Aufgaben der Dogmatik werden traditionell Interpretation, Konstruktion und Systembildung angegeben. Ihre Arbeit erschöpft sich aber nicht darin, das geschriebene Recht als konsistentes Begriffs- und Aussagensystem zu rekonstruieren. Sie berücksichtigt nicht nur, was der Gesetzgeber tatsächlich gewollt hat, sondern auch, was er sinnvollerweise gewollt haben könnte oder sollte, sowie das, was die Gerichte tatsächlich tun oder sinnvollerweise tun sollten. Zutreffend bemerkt insofern *Dreier*, Verfassungsinterpretation, S. 112, daß die Frage, inwieweit dabei außergesetzliche Wertungen in die dogmatische Argumentation eingehen, weniger durch eine klare Methodologie, als vielmehr durch das soziale Substrat definiert zu sein, scheint, das die Dogmatik trägt, d.h. durch den Erwartungs- und Toleranzhorizont eines professionalisierten Juristenstandes, der eine spezifische Ausbildung durchlaufen hat.

sen Vorgang in der Praxis zu stabilisieren²¹⁷.

Wenn also *Viehweg* zufolge die Entwicklung rechtlicher Problemlösungen anhand der gesetzlichen Vorgaben eine topische Struktur aufweist, dann impliziert das nicht, daß sie sich im Wege einer freischwebenden *allgemein*-topischen Problemerkörterung vollziehen muß oder vollziehen soll. Der von *Canaris* formulierte Vorwurf, *Viehwegs* Sichtweise spreche „jeder juristischen Geltungslehre Hohn“, trifft daher nicht zu²¹⁸. Vielmehr geht *Canaris* seinerseits von unrealistischen Vorstellungen über Grund und Umfang der Gesetzesgeltung aus. Zwar wird auch von *Canaris* eingeräumt, daß eine Gesetzesanwendung ohne Durchgriff auf wertende und sozial-funktionale Gesichtspunkte nicht auskomme²¹⁹. Zugleich nicht er jedoch an, daß eine methodische Abgrenzung zwischen zulässigen teleologischen Wertungselementen und unzulässigen meinungsmäßigen, also außerrechtlichen Wertungselementen möglich und geboten sei. So fordert er, den Rechtsfindungsprozeß auf den bloßen „Nachvollzug objektiv vorgegebener geistiger Gebilde“ bzw. „bereits gesetzter Wertungen“²²⁰ zu beschränken. Eine Relevanz der Topik erkennt er deshalb nur ausnahmsweise, nämlich im Falle von Gesetzeslücken sowie im Bereich wertausfüllungsbedürftiger Generalklauseln an, und auch dann nur in Ergänzung durch „objektive Kriterien wie die Rechtsidee oder die Natur der Sache“²²¹. Diese idealisierenden Postulate bleiben freilich unbefriedigend, denn sie setzen für die Bestimmung des geltenden Rechts die Kenntnis des „objektiven“ Rechts immer schon voraus²²².

Viehweg legt demgegenüber dar, daß die Ausfüllung und Umsetzung der gesetzlichen Vorgaben nur im Hinblick auf die jeweilige Problemlage erfolgen kann und dabei ein topisch verfahrenes Denken *erfordert*. Das Gesetzesbindungspostulat führt nicht weiter, wenn die gesetzlichen Vorgaben im konkreten Fall gerade Raum für unterschiedliche Lösungen lassen und damit eine eindeutige juristische Beurteilung als richtig oder falsch ausscheidet. Wie immer die Entscheidung ausfällt, sie impliziert Prämissen, die sich nicht gewiß und

²¹⁷ Zur Theorie der Rechtsdogmatik *Wieacker*, Leistung der Rechtsdogmatik, S. 331 ff.; *Esser*, Möglichkeit und Grenzen dogmatischen Denkens im Zivilrecht, AcP 172 (1972), S. 97 ff.; *Struck*, Dogmatische Diskussion über Dogmatik, JZ 1975, 84 ff.

²¹⁸ Dahingehend auch *Bokeloh*, Beitrag der Topik, S. 79 ff. m.w.N.

²¹⁹ Darüber besteht als Resultat des „juristischen Methodenstreits“ zu Beginn des 19. Jahrhunderts für den Bereich der Zivilistik, wo er zur Durchsetzung der Interessen- bzw. später der Wertungsjurisprudenz führte, wie auch für den Bereich der Staatsrechtslehre wohl grds. Übereinstimmung. Dazu auch *Wieacker*, Gesetz und Richterkunst, S. 5 ff.

²²⁰ Vgl. *Canaris*, Systemdenken, S. 148 f.

²²¹ *Canaris*, Systemdenken, S. 149 ff.; ähnlich *Diederichsen*, NJW 1966, 704 f.

²²² Zutreffend insoweit *Bokeloh*, Beitrag der Topik, S. 78.

zweifellos, sondern nur möglichst plausibel machen lassen, nämlich als *Meinung* darüber, was ausgehend von den geltenden Gesetzestexten als Recht anzusehen ist. Worauf aber stützt sich die Geltung von Rechtsmeinungen? Im Hinblick darauf trifft für die Begründung juristischer Prämissen entsprechend zu, was *Blühdorn* zur Charakterisierung der *aristotelischen* Endoxa oder - wie er übersetzt - glaubwürdigen Sätze schreibt: „Die glaubwürdigen Sätze stützen ihren Geltungsanspruch auf Autoritäten, auf Ähnlichkeit, auf Sachverstand (...). Sie sind hier Ausgangspunkte für die dialektische Argumentation, für eine Praxis des Argumentierens *e concessis* also und nicht für theoretische Erkenntnis. Es sind sinnvolle Annahmen, deren Sinn durch den common sense, durch tradierte Erfahrungen oder durch Erfahrungen der Fachleute erwiesen ist und die sich daher als Ausgangssätze anbieten“²²³. Die unvermeidliche Abstraktheit und evaluative Offenheit der Gesetze zwingt also zur Einschaltung zusätzlicher Prämissen und verweist für ihre Gewinnung auf eine ergänzende und konkretisierende Berücksichtigung einer außergesetzlichen Realität, innerhalb derer sich ihre Geltung erst bestimmt und entfaltet. Die juristische Geltung der Gesetze, begründet durch ihre autoritative Setzung, kann insoweit nicht losgelöst von den Dimensionen ihrer sozialen und moralischen Geltung, begründet durch ihre faktische Wirksamkeit und Anerkennung, erfaßt werden²²⁴.

Entsprechend wird inzwischen allgemein anerkannt, daß sich das geltende Recht durch das Zusammenspiel verschiedener Faktoren konstituiert, zu denen neben dem geschriebenen Recht die richterliche Spruchpraxis selbst wie auch die Rechtsüberzeugungen der Rechtsgenossen gehören²²⁵. Vor diesem Hintergrund wird dann aber auch plausibel, daß *Viehweg* die sog. Gesetzesanwendung als Bestandteil des „Suchens nach dem jeweilig Gerechten, aus dem das positive Recht erst entspringt, und das sich anhand des positiven Rechts fortsetzt“²²⁶, ansieht, nicht als etwa davon Isoliertes. Im Rahmen der Entscheidungsfindung wird die Frage nach dem geltenden Recht durch die Frage nach dem „hier und jetzt jeweils Gerechten“ nicht konterkariert, sondern es greifen beide ineinander. Der Geltungsanspruch

²²³ *Blühdorn*, Kritische Bemerkungen, S. 290.

²²⁴ Dazu grundlegend *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., Wien 1960, S. 10, 48, 91 f., 215 ff.; ferner *Hart*, The concept of law (1961), 2. Aufl., Oxford 1994, S. 91 ff.; *Röhl*, Rechtsgeltung und Rechtswirksamkeit, JZ 1971, 576. Dem kann hier im übrigen nicht nachgegangen werden. Einen noch immer sehr guten Überblick zum Streit um Begriff und Geltung des Rechts bietet *Dreier*, Recht und Moral, in: *ders.*, Recht - Moral - Ideologie, Frankfurt/Main 1981, S. 180 ff.; *ders.*, Der Begriff des Rechts, in: *ders.*, Recht - Staat - Vernunft, Frankfurt/Main 1991, S. 95 ff.

²²⁵ *Dreier*, Was ist und wozu Allgemeine Rechtslehre, in: *ders.*, Recht - Moral - Ideologie, Frankfurt/Main 1981, S. 17 ff. (24).

²²⁶ Vgl. *Viehweg*, Topik, S. 93.

der Gesetze wird dadurch nicht überspielt, sondern gerade verwirklicht²²⁷: Denn zur Plausibilisierung und meinungsmäßigen Begründung der jeweiligen Ergebnisse ist deren argumentative Rückbindung an die gesetzlichen Vorgaben erforderlich. Dies aber gewährleistet zugleich auch eine stetige interpretative Rückbindung der gesetzlichen Vorgaben an die faktischen Rechtsüberzeugungen und -erwartungen und damit erst deren dauerhafte Anerkennung und Wirksamkeit²²⁸. Die Differenzierung zwischen „neuerdings“ vertretenen, „im Vordringen befindlichen“, „ganz herrschenden“, „früher herrschenden“ und „nicht mehr“ vertretenen Meinungen in der Dogmatik spiegelt diese Anpassungsprozesse wider.

Dieser Zusammenhang wird im übrigen wiederum von *Otte* völlig verfehlt, der im Hinblick auf die Geltungsproblematik zwar selbst konstatiert, daß jede Norm, um Bestandteil des positiven Rechts zu werden und zu bleiben, der Anerkennung bedürfe, sodann aber überraschenderweise feststellt: „In der Topik interessiert diese Seite nicht. Ihr geht es darum, aus der Anerkennung von Sätzen herzuleiten, daß man andere Sätze anerkennen solle. Ihre Betrachtungsweise ist also nicht empirisch, sondern normativ“²²⁹.

c) Topik und Hermeneutik: Vorverständnis und Konsensorientierung

Ausgehend von den bisherigen Überlegungen ist zunächst festzuhalten, daß die im Hinblick auf den Geltungsgesichtspunkt durch *Canaris* geäußerte Kritik an *Viehwegs* Ansatz nicht durchgreift. Der Einwand, die Topik könne Geltung und Anerkennung ihrer Prämissen nicht ausweisen, findet aber namentlich bei *Oppermann* noch eine andere Akzentuierung²³⁰. *Oppermann* kritisiert, daß die Topik, weil sie selbst zur Geltungsfrage nicht viel beitragen könne, andernorts habe Antworten suchen müssen, nämlich bei der juristischen Hermeneutik. Indes sei die Bezugnahme der Topik auf die Hermeneutik inkonsistent und nicht geeignet, diesen Schwachpunkt zu beheben. Dieser Aspekt verdient eine gesonderte Betrachtung, weil der topische Ansatz seit den 70er-Jahren in der Tat seine eigenständige

²²⁷ Im Ansatz vergleichbar vertritt *Kriele*, daß es Sinn der Rechtsordnung sei, der Gerechtigkeit zu dienen, weshalb auch die Gesetzesinterpretation der Gerechtigkeit zu dienen habe und somit der Einfluß wertender, teleologischer Gesichtspunkte bei der Interpretation nichts ihr Fremdes an die Rechtsordnung herantrage, sondern ihrer Intention erst zur Wirkung ver helfe. Die praktische Bedeutung dieses Zusammenhangs sieht er darin, daß erst die Einsicht in diesen Zusammenhang das richtige Verständnis und die Interpretation der Gesetzestexte ermögliche, weil sie eine Erwartungshaltung impliziere, die zu einer Vernünftigkeit- und Ergebniskontrolle auf jeder Stufe der Gesetzesinterpretation und -anwendung führe. Darüber hinaus versucht er, ausgehend von dieser Einsicht die Wertungen ihres „subjektiven Charakters zu entkleiden“, vgl. *Kriele*, Rechtsgewinnung, S. 169 ff.

²²⁸ Ähnlich *N.Horn*, NJW 1967, 607.

²²⁹ *Otte*, Zwanzig Jahre Topik-Diskussion, S. 188.

²³⁰ *Oppermann*, Topikdiskussion, S. 27 ff.

Wahrnehmung eingeübt hat und die Topik-Debatte einer verbreiteten Auffassung zufolge „auf breiter Front in der allgemeinen Hermeneutikdebatte aufgegangen“²³¹ ist.

Die juristische Rezeption der allgemeinen Hermeneutik (*Schleiermacher, Dilthey*) als Lehre vom Sinnverstehen geistig fixierter Geisteswerke setzte in den 50er-Jahren ein, und zwar namentlich durch *Coing* und *Betti*²³². Das Interesse *Coings* richtet sich dabei auf eine Betrachtung der juristischen Gesetzesinterpretation mittels der Auslegungskanonens aus hermeneutischer Perspektive. In diesem Rahmen konstatiert er, daß die juristische wie auch jede andere Interpretation nicht „rein deduktiv“, sondern topisch verfähre, und stellt insoweit einen ausdrücklichen Bezug zu *Viehwegs* „Topik und Jurisprudenz“ her²³³. Den eigentlichen Hintergrund für die Kritik *Oppermanns* bilden indes vorrangig die Schriften *Essers*, der neben *Viehweg* wohl als wichtigster Vertreter einer juristischen Topik angesehen wird. In seiner vielbeachteten Monographie „Grundsatz und Norm“ aus dem Jahre 1956 setzt sich *Esser* unter vergleichender Betrachtung deutschen und amerikanischen Rechts zunächst mit der Funktion gesetzlicher und außergesetzlicher Prinzipien für Normverständnis und Entscheidungsfindung auseinander²³⁴, wobei er die Bedeutung eines problem- und fallorientierten Denkens für die juristische Praxis besonders hervorhebt und insoweit auch mehrfach auf *Viehwegs* „Topik und Jurisprudenz“ verweist²³⁵. Zu einer stärkeren Verbindung von Topik und Hermeneutik gelangt *Esser* dann später in seiner zweiten Monographie „Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung“²³⁶ aus dem Jahr 1970. Sie fällt damit in eine zweite Phase der juristischen Hermeneutikrezeption, die sich maßgeblich an den Lehren *Gadamers*²³⁷ orientiert und darauf zielt, diese für die rechtstheoretische Debatte fruchtbar zu machen²³⁸.

²³¹ So etwa *Dreier*, Verfassungsinterpretation, S. 117.

²³² Vgl. *Coing*, Auslegungsmethoden, S. 208 ff.; *Betti*, Die Problematik der Auslegung in der Rechtswissenschaft, in: FS Engisch, Frankfurt/Main 1969, S. 205 ff.

²³³ *Coing*, Auslegungsmethoden, S. 227.

²³⁴ *Esser*, Grundsatz und Norm. Grundlegend zur Prinzipienthematik inzwischen *Hart*, The Concept of Law; *Dworkin*, Taking Rights Seriously, Cambridge/Massachusetts 1978; *Alexy*, Zum Begriff des Rechtsprinzips, Rechtstheorie Beiheft Nr. 1 (1979), 59 ff.; *ders.*, Theorie der Grundrechte (1985), 2. Aufl., Frankfurt/Main 1994.

²³⁵ *Esser*, Grundsatz und Norm, S. 6 Fn. 13, 46 f., 218 ff.

²³⁶ *Esser*, Vorverständnis; vgl. dazu *Frommel*, Die Rezeption der Hermeneutik bei Karl Larenz und Josef Esser, Ebelsbach 1981.

²³⁷ Grundlegend *Gadamer*, Wahrheit und Methode (1960), 5. Aufl., Tübingen 1986.

²³⁸ Angestoßen namentlich durch *A. Kaufmann*, Analogie und „Natur der Sache“ (1965), 2. Aufl., Heidelberg 1982, und *Hassemer*, Tatbestand und Typus; vgl. außerdem *Müller*, Normstruktur und Normativität. Allgemein zur juristischen Hermeneutik *Stelmach*, Die hermeneutische Auffassung der Rechtsphilosophie, Ebelsbach 1991.

Wesentlicher Anknüpfungspunkt ist dabei für *Esser* - wie der Titel „Vorverständnis und Methodenwahl“ bereits erkennen läßt - die Einsicht in die Unhintergebarkeit des sog. „hermeneutischen Zirkels“, wonach Voraussetzung eines jeden Verstehens ist, daß der Interpretierende bereits mit einem Vorverständnis an den jeweiligen Text herantritt; Interpretation und Applikation von Sinn sind demnach untrennbar verbunden. In der Jurisprudenz manifestiert sich dieser Zirkel nach *Esser* „in dem Verhältnis von Fragestellungen und Antworten qua Normverständnis, also in der Tatsache, daß ohne Vorurteil über die Ordnungsbedürftigkeit und Lösungsmöglichkeit die Sprache der Norm überhaupt nicht das aussagen kann, was erfragt wird: die gerechte Lösung“²³⁹. Das insoweit maßgebliche Vorverständnis des Rechtsanwenders entwickelt sich gemäß *Esser* im Rahmen seiner fachlichen Sozialisation, „vom Ausbildungsgang bis zum wichtigsten Lernmaterial, den exemplarisch begriffenen Konfliktfällen, mit denen er persönlich und beruflich, sei es selbst, sei es durch Identifizierung mit den Traditionen seines Gerichts und seiner Rechtsprechung, vertraut wurde“²⁴⁰. Das soll allerdings nicht bedeuten, daß sich die Entscheidungsfindung in der Reproduktion tradierter Verhaltensrichtlinien und verinnerlichter Dogmatik erschöpft. Laut *Esser* bildet der Rechtsanwender im konkreten Fall vielmehr auf Grundlage seines Vorverständnisses eine Richtigkeitsüberzeugung, die sich unter Berücksichtigung von „Evidenzmöglichkeiten in der vordogmatischen Bewertung“ nach Maßgabe des Konsenshorizontes der Rechtsgemeinschaft konstituiert und dann den Auslegungsprozeß entsprechend steuert²⁴¹. Insoweit kommt es nach *Esser* zu einer Reflexion des Vorverständnisses im Wege eines topischen Denkens, wobei dogmatische Stimmigkeits- und rationale Richtigkeitskontrolle Hand in Hand gehen²⁴². Die Offenlegung der Argumente soll schließlich die Konsensfähigkeit und Kontrollierbarkeit des Ergebnisses absichern²⁴³.

Demgegenüber weist *Oppermann* darauf hin, daß Begriffe wie „Verstehen“, „Vorverständnis“ und „hermeneutischer Zirkel“ der Topik als solcher fremd seien, da diese als Prämissen Endoxa zugrunde lege und nicht originär nach auszulegenden (Gesetzes-)Texten frage²⁴⁴. Weil aber ein Geltungsgrund für die Endoxa angegeben werden müsse, werde die Konsensorientierung der topischen Prämissensuche dem Vorverständnis implementiert und

²³⁹ *Esser*, Vorverständnis, S. 137.

²⁴⁰ *Esser*, Vorverständnis, S. 10.

²⁴¹ *Esser*, Vorverständnis, insbes. Kap. VI.

²⁴² Vgl. *Esser*, Vorverständnis, S. 153: „(...) die Wahl der ‚offenbar‘ in Betracht kommenden Interpretationsweisen ist bereits durch topische Vorüberlegungen gesteuert“.

²⁴³ *Esser*, Vorverständnis, 25.

²⁴⁴ Vgl. *Oppermann*, Topikdiskussion, S. 27, 30; ähnlich schon *Wieacker*, Zur Topikdiskussion, S. 402 ff.; vgl. ferner *Otte*, Zwanzig Jahre Topikdiskussion, S. 188.

dieses so zur Vernunftinstanz erklärt. Jedoch handele es sich bei dem danach angestrebten Konsens lediglich um einen fiktiven Konsens, der eine hinreichende Legitimation und Kontrolle außerrechtlicher Prämissen nicht vermitteln könne. Vor dieser Geltungs- und Konsensproblematik schütze auch der Rückgriff auf die Hermeneutik nicht²⁴⁵.

Im Hinblick darauf ist zunächst hervorzuheben, daß die Ansätze *Viehwegs* und *Essers* zwar Berührungspunkte aufweisen, aber keineswegs deckungsgleich sind. Insbesondere ist gerade die von *Oppermann* problematisierte Bezugnahme auf die Hermeneutik der *viehweg-schen* Topik fremd. Entsprechend kann *Oppermann* auch unumwunden darin zugestimmt werden, daß „Verstehen“, „Vorverständnis“ und „hermeneutischer Zirkel“ keine originär topischen Begriffe bilden. Das schließt natürlich nicht aus, daß Topik und juristische Hermeneutik ungeachtet ihrer unterschiedlichen Prämissen und Zielrichtungen hier wenigstens partiell zu konvergierenden Überlegungen gelangen und einander damit Anschlußmöglichkeiten bieten²⁴⁶. Für den Begriff des „Vorverständnisses“ ließe sich eine solche Anschlußstelle etwa darin finden, daß *Viehweg* als Basis eines topischen Denkens „notwendigerweise ein vorläufiges Verständnis voraus(setzt), nach dem irgendetwas überhaupt als ernstzunehmende Frage erscheint“²⁴⁷. Dem ist hier indes nicht weiter nachzugehen, vielmehr ist im vorliegenden Zusammenhang nur von Interesse, ob und inwieweit die von *Oppermann* formulierte Kritik hinsichtlich der Geltungs- und Konsensfrage auch den Ansatz *Viehwegs* berührt. Eine Auseinandersetzung mit der philosophischen Hermeneutik²⁴⁸ wie auch mit der allgemeinen juristischen Hermeneutikdebatte ist dafür entbehrlich²⁴⁹.

²⁴⁵ Vgl. *Oppermann*, Topikdiskussion, S. 30 ff.

²⁴⁶ Dazu aber *Ballweg*, Phronetik, S. 51: „Ironischerweise werden gerade die Versuche der Hermeneutiker, die rhetorische Eikos-Lehre derart umzuinterpretieren, daß in dem bloßen Wahrscheinlichen der Meinung, ihrem Anschein von Wahrheit, das Durchscheitern der Wahrheit ‚wahrgenommen‘ wird, und damit ihr philosophischer Anspruch auf Erkenntnis und ein ‚Meinungswissen‘ durch die Ergebnisse der Hermeneutik selbst, als da sind der hermeneutische Zirkel, der Perspektivismus der Horizonte, und die Voraus-Setzung des Verstehens im Vorverständnis, (...) zunichte gemacht“.

²⁴⁷ *Viehweg*, Topik, S. 32. Ähnlich auch die Annahme eines „offenen“ Rechtssystems, wenn auch mit anderer Begründung. Gegensätzlich aber die Einordnung der Jurisprudenz als „Lehre vom Handeln“ (Topik) und nicht als „Lehre vom Verstehen“ (Hermeneutik). Zu den Implikationen dieser Unterscheidung *Viehweg*, Antirhetorische und rhetorische Kontrolle rechtlicher Argumentationen (1985), in: *ders.*: Rechtsphilosophie und Rhetorische Rechtstheorie, Baden-Baden 1995, S. 220 f.

²⁴⁸ Kritisch zur Rezeption der Topik seitens der Hermeneutik auch *Bornscheuer*, Topik, S. 180 ff.

²⁴⁹ Problematisch ist insbes. das Postulat der Überwindung und kritischen Reflexion des Vorverständnisses zur Ausschaltung unerwünschter irrationaler und ideologischer Einflüsse, das die Erforschung der psychologischen und soziologischen Mechanismen der - auch individuellen - Vorurteilsbildung voraussetzt. Dazu bemerkt *Dreier*, Verfassungsinterpretation, S. 118: „Will man daraus nicht den Schluß ziehen, daß der Schlüssel zur Rationalität der Jurisprudenz auf der Couch des Psychiaters liegt, so wird man konstatieren müssen, daß die Hermeneutik an Rationalitätsgrenzen führt, die in der Komplexität psychischer Prozesse liegen und faktisch unaufhebbar sind.“ Das ist freilich kein Argument gegen die Erforschung tatsächlicher Rechtsgewinnungsprozesse, sondern gegen überhöhte Rationalitätserwartungen. S. auch *Rottleuthner*, Richterliches Handeln. Zur Kritik der juristischen Dogmatik, Frankfurt/Main 1973.

Vor diesem Hintergrund ist *Oppermann* wie bereits *Canaris* zu entgegnen, daß der topische Ansatz *Viehwegs* nicht impliziert, daß die gesetzlichen Vorgaben als primärer Anknüpfungspunkt der Rechtsfindung suspendiert werden. Dies steht auch nicht im Widerspruch zur Charakterisierung der Topik als einem sich auf Endoxa stützenden Verfahren, weil im Bereich rechtlicher Entscheidungen vorrangig die Sätze des positiven Rechts als Endoxa fungieren. Ungeachtet dessen bleibt dafür, welche Normen im konkreten Fall wie angewandt werden, die Orientierung an einschlägigen Topoi und der ergänzende Rückgriff auf Lehr- und Alltagssätze maßgeblich²⁵⁰. Anders, als *Oppermann* offenbar annimmt, bedarf die Topik zur Begründung dessen durchaus keiner Unterstützung durch die Hermeneutik.

Zu prüfen bleibt allerdings, inwieweit die von *Oppermann* im Hinblick auf *Esser* thematisierte Konsensfrage auch den *viehwegschen* Ansatz betrifft. Diesbezüglich hinterfragt *Oppermann*, in welcher Weise das Konsenskriterium eine Legitimation gesetzlich nicht determinierter Wertungsgesichtspunkte in der Entscheidungsfindung eigentlich soll bewirken können: Die Einholung eines Konsenses aller Rechtsgenossen durch den Rechtsanwender scheide aus und auch eine potentielle Übereinstimmung könne bestenfalls im Bereich „trivialer Gemeinwahrheiten“ angenommen werden; ein Konsens aller fachlich Zuständigen aber, selbst wenn er herzustellen sei, bedeute eine Exklusivität und argumentative Abgeschlossenheit, die einer Entscheidungslegitimation durch die, die es angehe, gerade entgegenstehe²⁵¹. Insgesamt folgt daher für *Oppermann*, daß sich die Konsensorientierung darin erschöpfe, daß der Rechtsanwender seine eigene, durch seine Sozialisation und Rolle bestimmte Rationalität auf eine fiktive gesellschaftliche Rationalität projiziere. Soweit *Esser* sich darauf berufe, daß im kontrollierten Einfließen außersystematischer Wertungen die einzige Möglichkeit liege, eine Richtigkeitsgewähr und Wertkonsens herzustellen, bleibe zu konstatieren, daß jene Kontrolle des Einfließens nicht bestehe, da es an einer verbindlichen juristischen Argumentationstheorie fehle und die richterliche Entscheidungsrationali-tät nicht vorausgesetzt werden könne²⁵².

Demgegenüber gilt es grundsätzlich noch einmal hervorzuheben, daß das Problem der Un-

²⁵⁰ Was selbstverständlich nicht bedeutet, daß das Ergebnis immer der „herrschenden Meinung“ folgt. Vgl. insoweit aber etwa *Otte*, *Zwanzig Jahre Topik-Diskussion*, S. 188, der meint ausdrücklich hervorheben zu müssen, daß man von herrschen Meinungen auch abweichen können muß.

²⁵¹ *Oppermann*, *Topikdiskussion*, S. 31.

²⁵² *Oppermann*, *Topikdiskussion*, S. 37; *Koch*, *Zur Rationalität richterlicher Entscheidungen*, *Rechtstheorie* 4 (1973), 183 ff. (203); *Klenner*, *Juristische Argumentation in Brüssel*, *Neue Justiz*, 1972, S. 15 ff. (17).

sicherheit, die aus der fehlenden Determinierbarkeit der Entscheidungsfindung durch die gesetzlichen Vorgaben resultiert, keine Erfindung oder Schwierigkeit gerade der Topik darstellt. Kennzeichen der *viehwegschen* Topik ist allerdings, daß sie - und zwar in deutlicher Abgrenzung zu hermeneutischen Ansätzen - auch keine umfassenden Rationalitätsgewährleistungen verspricht. Insbesondere behauptet sie nicht, daß der Konsens die Richtigkeit oder Vernünftigkeit einer Entscheidung ausweise²⁵³; tatsächlich ist in „Topik und Jurisprudenz“ von Konsens überhaupt keine Rede. Vielmehr geht es darum, die Bedingungen eines auf Plausibilität und Überzeugungsfähigkeit angelegten Entscheidungsfindungsprozesses zu erfassen. Wenn demnach eine Bezugnahme auf allgemein anerkannte Gesichtspunkte und Anschauungen erfolgt, dann nicht zum Zwecke der Rechtfertigung, sondern aus Gründen der Plausibilität, d.h. als Basis für die Gewinnung von Prämissen, deren Zustimmungsfähigkeit im jeweiligen Zusammenhang vermutet werden darf. In diesem Sinne spricht *Viehweg* davon, daß sich die Bestimmung der Prämissen am „tatsächlichen oder voraussichtlichen Widerstand des Gegners“ orientieren müsse und diese „durch die Annahme des Gesprächspartners legitimiert“ würden²⁵⁴. Dabei bilden die vom Richter zu überzeugenden Gesprächspartner hier die Entscheidungsadressaten, d.h. neben den Parteien bzw. ihren Anwälten vor allem die Rechtsmittelgerichte sowie eine mehr oder minder breite (Fach-)Öffentlichkeit²⁵⁵. Es geht also nicht darum, daß ein allgemeiner Konsens über die Bedürfnisse und Erwartungen der Rechtsgemeinschaft vom Richter antizipiert oder angestrebt wird. Vielmehr finden diese Bedürfnisse je und je ihre ganz konkrete und tatsächliche Repräsentation durch die Parteien und die von ihnen vorgebrachte Konfliktlage. Eine Rückkopplung zwischen Durchschnittswertungen und -erwartungen und der Anwendung gesetzlichen Vorgaben kann sich insoweit nur in einem stetigen, durch das reale Rechtsgeschehen vermittelten Wechselwirkungsprozeß vollziehen

Von der Frage, ob ein Konsens als Kriterium der Entscheidungslegitimation herangezogen wird, ist allerdings die weitere Frage zu unterscheiden, ob in einer wertpluralistischen Industriegesellschaft überhaupt noch genügend Gemeinsamkeiten für eine topische Verständigung vorliegen - oder ob diese an eine traditionalistisch-aristokratische Bildungsgesell-

²⁵³ Soweit Topik und Konsensorientierung dahingehend in Verbindung gebracht werden, können sie sich also nicht auf *Viehweg* berufen.

²⁵⁴ *Viehweg*, Topik, S. 42.

²⁵⁵ *Ballweg*, Phronetik, S. 44: „Dabei ist es nicht der Konsens, sondern es sind mehrfache Kontexte (Gesetzestext, Rechtsprechung, Lehrmeinungen, allgemeine Standesideologien, Traditionen etc.), die diese Art der (...) Meinungsbildung steuern, und der Konsens, soweit er durch Information gedeckt ist, verläuft in diesen vorzeichneten Bahnen sozialer Kontextsysteme (...)“.

schaft gebunden bleibt. So meint *Wieacker*, daß in einer arbeitsteiligen Welt der Bereich allgemein verfügbarer Gemeinwahrheiten immer geringer werde und als Verständigungsbasis ausscheide; die juristische Fachtopik aber wirke „in ihrer herausfordernden Exklusivität“ sogar konsensstörend²⁵⁶. Dem folgt *Oppermann*, wenn er - wie ausgeführt - die Möglichkeit einer Übereinstimmung der Rechtsgenossen nur im Bereich „trivialer Gemeinwahrheiten“ annimmt. Demgegenüber ergibt sich aus dem Fehlen eines gesamtgesellschaftlichen Konsenses nicht, daß keine selbstverständlichen und alltäglichen normativen Orientierungen mehr vorhanden sind, die eine Verständigungsgrundlage bilden. Vielmehr lassen sich trotz nicht zu bestreitender sozialer Gegensätze und divergierender Weltanschauungen gesamtgesellschaftliche Sprach- und Handlungselemente, ähnliche lebenspraktische Einstellungen und Erwartungen sowie Bestände gemeinsamen Alltagswissens antreffen²⁵⁷. Im übrigen ist nicht ersichtlich, daß die Heranziehung juristischer Fachtopoi im Hinblick auf ein konkretes Fallgeschehen für den juristischen Laien unverständlich bleiben muß, sofern man diesem nicht unterstellt, den Sinn rechtlicher Regelungen schlechthin nicht erfassen zu können.

d) Topik und Rhetorik: Überredung versus Überzeugung?

Im Rahmen der bisherigen Erwägungen wurden zwei Aspekte der behandelten Kritik an *Viehweg* noch ausgeklammert. Zum einen handelt es sich dabei um den Vorwurf, daß der von der Topik konstatierte Rückgriff auf außergesetzliche Wertungsgesichtspunkte zu seiner Legitimation und Kontrolle eine verbindliche (normative) juristische Argumentationstheorie erfordere, die von der Topik aber gerade nicht vorgelegt werde. In engem Zusammenhang damit steht der zweite Aspekt, nämlich die Frage, welche Konsequenzen sich gemäß der *viehwegschen* Rekonstruktion der Entscheidungsfindung im Hinblick auf die Begründung richterlicher Entscheidungen ergeben, d.h. namentlich, welche Bedeutung und Realisierungschancen nach *Viehwegs* Ansatz den etwa von *Esser* für die entscheidungserheblichen Wertungsgesichtspunkte formulierten Postulate der Ehrlichkeit und Offenlegung beizumessen sind.

Eine verbindliche Argumentationstheorie und entsprechende juristische Begründungsstandards - wie seitens seiner Kritiker eingefordert - ergibt sich aus *Viehwegs* Ansatz tatsäch-

²⁵⁶ *Wieacker*, Zur Topikdiskussion, S. 406, 393 f.; s. auch *Böckenförde*, Der Staat 1964, S. 517.

²⁵⁷ S. dazu *Schreckenberger*, Rhetorik und Demokratie, ARSP 86 (2000), 367 ff. (389 f.) m.w.N.

lich nicht, und *Viehweg* selbst räumt die Unvollständigkeit seines Unternehmens unter diesem Gesichtspunkt freimütig ein. Man mag das als Schwäche der *viehwegschen* Arbeit betrachten. Dabei darf man aber nicht übersehen, daß die Ausarbeitung einer dergestalt dezidierten und verbindlichen Argumentationstheorie auch andernorts und bis heute auf erhebliche Schwierigkeiten stößt. Zugleich ist zu berücksichtigen, daß die Forderung einer verbindlichen Argumentationstheorie nicht nur über das Anliegen *Viehwegs*, sondern auch über den Diskussionsstand zur Zeit des Erscheinens von „*Topik und Jurisprudenz*“ deutlich hinaus weist. Darauf sowie auf die Perspektiven einer späteren Präzisierung und Ergänzung seiner Rekonstruktion juristischer Verständigungs- und Argumentationsprozesse, wie *Viehweg* sie insbesondere in dem der 5. Auflage von „*Topik und Jurisprudenz*“ angefügten „Anhang zur Fortentwicklung der *Topik*“²⁵⁸ ins Auge faßt, ist an späterer Stelle zurückzukommen.

Im vorliegenden Zusammenhang aber bleibt zu fragen, ob der eigentlich anstößige Aspekt am *viehwegschen* Ansatz tatsächlich in der fehlenden argumentationstheoretischen Ausarbeitung oder nicht vielmehr in der Weichenstellung gesehen werden muß, die sein Ansatz für eine solche Ausarbeitung impliziert: nämlich dem Bezug der *Topik* zur *Rhetorik*. So scheint der Gedanke, daß eine rhetorische Betrachtungsweise der *Jurisprudenz* fruchtbar sein könnte, vielerorts eine geradezu reflexhafte Abwehrhaltung hervorzurufen. Bezeichnend dafür ist die Einschätzung von *Canaris*, wonach „von vornherein klar“ sei, daß die *Topik* innerhalb der *Jurisprudenz* „jedenfalls insoweit unbrauchbar ist, als sie sich mit der *Rhetorik* verbindet“; darin, daß *Viehweg* gegen eine solche Verbindung nicht eindeutig Stellung bezogen habe, sondern „im Gegenteil offenbar auch diese Komponente der *Topik* für seine Analyse der *Jurisprudenz* nutzbar machen will“, sieht *Canaris* einen „schweren Mißgriff“, der „die Auseinandersetzung um seine Thesen stark belastet“ habe²⁵⁹. Es liegt auf der Hand, daß solche Ressentiments auf der weit verbreiteten Annahme beruhen, *Rhetorik* sei gleichzusetzen mit listiger Überredung und absichtsvoller Manipulation. Im folgenden gilt es deshalb, die Berechtigung einer solchen Ablehnung in den Blick zu nehmen und das Verhältnis von *Topik* und *Rhetorik* näher zu bestimmen.

²⁵⁸ *Viehweg*, *Topik*, S. 111 ff.

²⁵⁹ *Canaris*, *Systemdenken*, S. 141; vgl. auch *Diederichsen*, NJW 1966, 702; ferner *Kriele*, *Rechtsgewinnung*, S. 127 f., der dem Verhältnis von *Topik* und *Rhetorik* anhand der Überlegungen *Vicos* nachgeht und konstatiert, daß der Verdacht entstehe, „daß die *Topik* als ein Mittel jener Beredsamkeit dienen könnte, die (...) dazu verhilft, im Prozeß auch der ungerechten Sache zum Sieg zu verhelfen oder sich in der Politik an die Macht zu bringen oder dort zu halten“. Er weist aber auch darauf hin, daß *Vicos* Plädoyer keineswegs einer „verschlagenen *Rhetorik*“ galt, „sondern einer *Rhetorik*, die auf Grund reicher humanistischer Bildung ein gereiftes Urteil zu vermitteln versteht“.

Nach einer in der Antike entwickelten allgemeinen Definition meint Rhetorik die Theorie und Praxis der auf Wirkung bedachten Rede²⁶⁰. Für eine nähere Betrachtung der Rhetorik bieten sich vorliegend wiederum eine Bezugnahme auf *Aristoteles* an, wengleich bereits zahlreiche frühere Autoren sich mit der Rhetorik sowie deren Verhältnis zur Philosophie beschäftigt haben²⁶¹. Gegenstand und Ziel der *aristotelischen* „Rhetorik“ bildet eine Theorie der Beredsamkeit. Einleitend stellt *Aristoteles* insoweit fest: „Die Theorie der Beredsamkeit ist das korrespondierende Gegenstück zur Dialektik; denn beide beschäftigen sich mit Gegenständen solcher Art, deren Erkenntnis auf eine gewisse Weise allen und nicht einer speziellen Wissenschaft gemeinsam ist. Daher haben auch alle auf irgendeine Weise Anteil an beiden [Disziplinen]; denn alle bemühen sich bis zu einem gewissen Grade, ein Argument zu prüfen bzw. zu stützen sowie sich zu verteidigen oder anzuklagen. Nun tut die Mehrheit dies entweder planlos oder mit einer auf der geistigen Konstitution beruhenden Gewohnheit. Da es aber auf beide Weisen möglich ist, so ist klar, daß es auch möglich sein muß, dies zu methodisieren (...)“²⁶². *Aristoteles* betrachtet die Rhetorik also als fachübergreifende Disziplin, deren Funktion er darin sieht, „bei jedem Gegenstand das möglicherweise Glaubenerweckende zu erkennen“²⁶³.

Dabei faßt er sämtliche überzeugungsfördernden Sprechhandlungen ins Auge und unterscheidet drei Arten technischer Überzeugungsmittel: „Sie sind nämlich entweder im Charakter des Redners begründet oder darin, den Hörer in eine gewisse Stimmung zu versetzen, oder schließlich in der Rede selbst, d.h. durch Beweisen oder scheinbares Beweisen“²⁶⁴. Für die Überzeugungskraft einer Rede kommt es mithin darauf an, daß der Redner als glaubwürdige Persönlichkeit erscheint (Ethos), daß er die Zuhörer affektiv für seine Sache einzunehmen vermag (Pathos), und schließlich darauf, daß sich die Rede selbst als folgerichtige Argumentation darstellt (Logos). Die letztgenannte Art der Überzeugung beruht dabei nach *Aristoteles* darauf, daß entweder ein *Enthymem* (verkürzter Syllogismus, bei dem eine Prämisse als bekannt vorausgesetzt wird und unausgesprochen bleibt) oder ein *Paradeigma* (Beispiel) vorgebracht wird²⁶⁵. Der Sache nach handelt es sich um modifizierte Formen deduktiven und induktiven Schließens, die *Aristoteles* als verständlicher und

²⁶⁰ Vgl. *Haft*, Juristische Rhetorik, 6. Aufl., Freiburg/München 1999, S. 17.

²⁶¹ Dazu *Perelman*, Das Reich der Rhetorik, München 1980, S. 155 ff.

²⁶² *Aristoteles*, Rhetorik, 1354a 1 f.

²⁶³ *Aristoteles*, Rhetorik, 1355b 1.

²⁶⁴ *Aristoteles*, Rhetorik, 1356a 3.

²⁶⁵ *Aristoteles*, Rhetorik, 1356b 8 f.

daher für rhetorische Zwecke als besser geeignet ansieht. Im Zusammenhang mit den redebezogenen Überzeugungsmitteln behandelt *Aristoteles* ferner auch das nur scheinbare Schließen, allerdings nicht zum Zwecke der Täuschung, „sondern damit es uns nicht entgeht, wie es sich verhält, und damit wir selbst entkräften können, wenn ein anderer die Unterredung in unrechter Weise gebraucht“²⁶⁶.

Im weiteren unterscheidet *Aristoteles* - im Anschluß an eine traditionelle Einteilung²⁶⁷ - als unterschiedliche Redegattungen die beratende bzw. politische Rede (*genus deliberativum*), die Lob- (oder Tadel-)Rede (*genus demonstrativum*) sowie die Gerichtsrede (*genus iudiciale*), die er in den Mittelpunkt seiner Untersuchung stellt. Ferner scheidet er drei grundsätzlich für jede Art der Rede zu beachtende Arbeitsschritte, nämlich das Auffinden des Stoffes, der Argumente und Beweise (*inventio*), ihre sprachlich-stilistische Verarbeitung (*elocutio*) sowie die Gliederung der Gedanken bzw. Gedankenführung (*dispositio*). Für die Zusammenstellung des jeweiligen Redestoffes und die Findung einschlägiger Gesichtspunkte und Argumente, also die *inventio*, verweist *Aristoteles* wiederum auf das topische Verfahren²⁶⁸. Allerdings sind die in der „Rhetorik“ vorgeführten Topoi nicht gänzlich deckungsgleich mit denen der „Topik“, vielmehr sind einige speziell auf die rhetorische Praxis zugeschnitten, andere speziell auf die Dialektik. Insoweit wird gängigerweise zwischen rhetorischer und dialektischer Topik unterschieden, obschon sich eine trennscharfe Abgrenzung daraus nicht ergibt²⁶⁹.

Indem die Rhetorik nach *Aristoteles* auf das jeweils Glaubenerweckende eines Redegegenstandes zielt, ist sie wie auch die Dialektik auf das allgemeine Bewußtsein, die allgemeine Meinung gerichtet; beide Disziplinen kennzeichnen sich durch die Bezugnahme auf die Mitmenschen, sind in der Auswahl ihrer Prämissen durch diese bestimmt und bedienen sich insoweit des topischen Verfahrens. Während allerdings die Dialektik vor allem auf die Gewinnung von Einsichten im Wege der topischen Verständigung ausgerichtet ist, richtet sich die Rhetorik primär auf deren publikumswirksame Vermittlung, den zielgerichteten Überzeugungserfolg. Die Rhetorik umfaßt daher auch das Verhältnis zwischen dem Wahrscheinlichen, Glaubhaften und Meinungsmäßigen zu den menschlichen Charakteren und

²⁶⁶ Vgl. *Aristoteles*, Rhetorik, 1355a 12.

²⁶⁷ Dazu *Düring*, *Aristoteles. Darstellung und Interpretation seines Denkens*, Heidelberg 1966, S. 138.

²⁶⁸ Vgl. insbesondere die Kapitel 23 und 24: *Aristoteles*, Rhetorik, 1397a ff.

²⁶⁹ Vgl. zu dieser Unterscheidung und ihrer Entwicklung *Kriete*, *Rechtsgewinnung*, S. 148, insbes. Fn. 131, m.w.N.; *Seibert*, *LiLi* 10 (1980), S. 176, differenziert zwischen dem „institutionellen“ und dem „rhetorischen Charakter“ der Topik.

Empfindungen²⁷⁰. Die Problematik der damit zugleich eröffneten Dimension irrational-manipulativer Techniken ist unbestritten²⁷¹.

Damit einhergehend eröffnet aber auch erst die rhetorische Perspektive den Blick darauf, daß namentlich im Bereich praktischer Fragestellungen das Problem der Gewinnung von Einsichten immer schon auf das Problem ihrer Vermittelbarkeit verweist. So wird die Notwendigkeit, mit einer Überlegung glaubwürdig zu wirken, spätestens dann bemerkbar, wenn sie praktisch werden und menschliche Lebensvollzüge bestimmen soll. Insoweit ist nicht etwa garantiert, daß das Wahre oder Wahrscheinliche schon aus sich heraus auch akzeptabel und überzeugend erscheint. Es muß vielmehr auf bereits vorhandene Überzeugungen bezogen und dadurch plausibel gemacht werden. Im übrigen ist zu berücksichtigen, daß es eine gleichsam naturgemäße Selbstrepräsentation einer Sache nicht gibt; jede Präsentation, jede Darstellung ist also schon ein rhetorischer Akt, darauf gerichtet, den jeweiligen Gegenstand ins rechte Licht zu rücken.²⁷² Vor diesem Hintergrund erweist sich Rhetorizität nicht als Übel, sondern schlicht als Notwendigkeit.

Die vielfach und namentlich von *Canaris* geforderte Ausklammerung der Rhetorik bei der Frage nach juristischen Herstellungs- und Darstellungsstandards könnte also nur eine Sichtverengung bedeuten. Und wenn *Kriele* dem *viehwegschen* Ansatz gegenüber durchaus wohlmeinend hervorhebt, daß die „Verdammungsurteile“ über die rhetorische Topik keineswegs auch die dialektische Topik treffen²⁷³, so verkennt er dessen eigentliche Reichweite, und zwar in zweifacher Hinsicht. Einerseits vermag gerade ein solcher Ansatz im Sinne einer analytisch und empirisch ausgerichteten rhetorischen Wirkungsforschung wertvolle Einsichten in den Ablauf rechtlicher Kommunikations- und Überzeugungsprozesse zu liefern, die bei der - von etlichen Kritikern *Viehwegs* angestrebten - Suche nach

²⁷⁰ Vgl. insoweit *Sieveke*, Anmerkung 1 zu *Aristoteles*, Rhetorik, S. 227; zur Abgrenzung von Dialektik und Rhetorik außerdem *Hellwig*, Untersuchungen zur Theorie der Rhetorik bei Platon und Aristoteles, Göttingen 1973, S. 46 ff.

²⁷¹ Diese Dimension sieht auch *Aristoteles*, Rhetorik, 1354a 5, 1355b 13, kritisch, wenn er bemerkt: „Man soll den Richter nämlich nicht verwirren, indem man ihn zu Zorn, Neid und Mitleid verleitet; das wäre ja gerade so, wie wenn man das, was man als Richtlatte gebrauchen will, zuvor verbiegt“. An späterer Stelle heißt es: „Wenn es aber so ist, daß jemand großen Schaden anrichtet bei der Anwendung einer solchen Fähigkeit der Worte in unrechter Weise, so besteht hier eine Gemeinsamkeit mit den anderen Gütern - außer mit der Tugend - und vornehmlich mit den nützlichsten: wie körperliche Stärke Gesundheit, Reichtum, Feldherrenkunst; denn durch diese kann jemand durch richtigen Gebrauch den größten Nutzen erzielen, durch unrechten Gebrauch den größten Schaden“.

²⁷² Dahingehend *Ueding*, Klassische Rhetorik, S. 79 f. sowie S. 33: „Es gibt nur die Wahl zwischen einer mehr oder weniger überzeugenden Demonstration, und die Sachlichkeitsattitüde von Juristen und Politikern ist ein genuin rhetorisches Mittel, kein Absehen von rhetorischer Argumentation“.

²⁷³ *Kriele*, Rechtsgewinnung, S. 146.

normativen Argumentationsstandards nicht außer Betracht gelassen werden sollten²⁷⁴. Zum anderen ist zu betonen, daß eine rechtsrhetorische Sichtweise, indem sie irrationale Momente als unvermeidlichen Verhaltens- und Verständigungsfaktor in ihre Betrachtung einbezieht²⁷⁵, keineswegs einem unkontrollierten Recht des rhetorisch Stärkeren das Wort reden muß, sondern zur Suche nach Kriterien zur rationalen Nachprüfbarkeit rechtlicher Argumentationen beitragen kann²⁷⁶.

Diesbezüglich bleibt ein Autor hervorzuheben, der unabhängig von *Viehweg* und ungefähr zeitgleich eine ähnliche Richtung eingeschlagen hat wie jener, nämlich der Belgier *Chaim Perelman*. Dieser ist - teils gemeinsam mit *Lucie Olbrechts-Tyteca* - seit den 50er-Jahren mit zahlreichen Arbeiten über Logik, Rhetorik und Argumentation hervorgetreten und hat damit eine als „*Nouvelle Rhétorique*“ bezeichnete Strömung der philosophischen Grundlagenforschung begründet²⁷⁷, auf die *Viehweg* im Vorwort zur dritten Auflage von „*Topik und Jurisprudenz*“ besonders hinweist²⁷⁸. *Perelman* teilt mit *Viehweg* die Annahme vom Gerechtigkeitsbezug einer funktionsfähigen Rechtsordnung sowie die Überlegung, daß mit dem Begriff der Gerechtigkeit Wertvorstellungen bzw. Werturteile angesprochen sind, die sich im Wege einer formal-logischen Betrachtungsweise nur unzureichend erfassen lassen. Nach *Perelman* ist es deshalb nicht möglich, eine allgemeingültige und exakte Beurteilung von Werturteilen - eine Logik der Werturteile - zu erreichen; möglich und erforderlich sei es aber, Gründe für Werturteile anzugeben und dadurch Zustimmung zu erzielen. Die Begründung von Werturteilen ist gemäß *Perelman* somit eine Frage sprachlich vermittelter Übereinstimmung und also Sache der Rhetorik. Ausgehend davon entwickelt *Perelman* eine rhetorische Argumentationstheorie, die die klassisch rhetorische Unterscheidung der Elemente Sprecher, Zuhörerschaft und Rede aufnimmt, dabei aber die Rede selbst, d.h. die Argumente und ihre Struktur, in den Mittelpunkt stellt. Dabei sucht *Perelman* auch nach Kriterien, um die Qualität von Argumenten zu bestimmen, und gelangt zu dem Ergebnis, daß diese nicht objektiv, sondern nur im Hinblick auf die Zustimmung der Zuhörerschaft

²⁷⁴ Zu verweisen ist hier insbes. auf die Arbeiten von *Sobota*, dazu unten S. 168 ff.

²⁷⁵ Dazu *Schreckenberger*, *Rhetorik und Demokratie*, S. 374, 389, 395.

²⁷⁶ Vgl. *Viehweg*, *Rhetorische und antirhetorische Kontrolle rechtlicher Argumentation* (1985), in: *ders.*, *Rechtsphilosophie und Rhetorische Rechtstheorie*, Baden-Baden 1995, 218 ff.

²⁷⁷ Dazu bereits die Nachweise in Fn. 3; ferner *Perelman*, *Über die Gerechtigkeit*, München 1967; *ders.*, *Juristische Logik als Argumentationslehre*, Freiburg/München, 1979; *ders.*, *Logik und Argumentation*, Königstein 1979; *ders.*, *Das Reich der Rhetorik*, München 1980.

²⁷⁸ Auch später hat *Viehweg* ausdrücklich auf *Perelman* Bezug genommen, s. *ders.*, *Reine und Rhetorische Rechtslehre* (1981), in: *ders.*, *Rechtsphilosophie und Rhetorische Rechtstheorie*, Baden-Baden 1995, S. 214 ff. (216 f.). Der gedankliche Austausch mit *Perelman* erweist sich auch darin, daß *Viehweg* die beiden Abhandlungen *Perelmans* „*Über die Gerechtigkeit*“ für die deutsche Ausgabe übersetzt und mit einem Vorwort versehen hat.

beurteilt werden könne. Maßgeblich wird damit die Qualität der Zuhörerschaft, und insoweit gilt es nach *Perelman* die Zustimmung eines unbeschränkten und rational denkenden Auditoriums anzustreben. Zugleich konzidiert *Perelman*, daß sich eine trennscharfe Abgrenzung zwischen Überzeugung und Überredung, zwischen rationaler Argumentation und ornamentaler Rhetorik nicht erreichen lasse.

Die Überlegungen *Perelmans* sind mit diesen Bemerkungen freilich nur grob und unvollständig angedeutet, und auch auf die Schwächen seiner Konzeption ist hier nicht einzugehen²⁷⁹. Als richtungsweisend festzuhalten bleibt das von *Perelman* und *Viehweg* geteilte Anliegen, ausgehend von einem rhetorischen Ansatz zu einer juristischen Argumentationstheorie zu gelangen, die sowohl dem Rationalitäts- bzw. Gerechtigkeitspostulat als auch dessen faktischen Grenzen Rechnung zu tragen vermag.

²⁷⁹ S. etwa *Alexy*, *Theorie der juristischen Argumentation*, S. 197 ff., insbes. 212 ff.; *Weinberger*, *Jurisprudenz zwischen Logik und Plausibilitätsargumentation*, *Juristische Analysen* 3 (1971), S. 553 ff. (565).

III. Dimensionen der Unterscheidung von Problem- und Systemdenken

Im Rahmen der bisherigen Ausführungen ging es darum, *Viehwegs* allgemeine Deutung der Topik klarzustellen und zu verdeutlichen, welche Vorbehalte einem topischen Verständnis der Jurisprudenz grundsätzlich entgegengehalten werden, insbesondere im Hinblick auf den Aspekt der Rechtsgeltung. Weitgehend ausgespart blieb noch der Bezug zu *Viehwegs* Einordnung der Jurisprudenz als *Problemdenken* und die damit verbundene Abgrenzung zum *Systemdenken*. Dem Verhältnis von Problem- und Systemdenken, das im Zentrum der sog. „Topikdebatte“ steht, ist nun gesondert nachzugehen.

1. Die Zielrichtung des *viehwegschen* Begriffs des Systemdenkens

a) Zur Kritik an *Viehwegs* Begriffsbildung: Verkürzungs- und Gleichsetzungsthese

Als Ansatzpunkt für eine vertiefte Analyse der *viehwegschen* Unterscheidung zwischen Problem- und Systemdenken sowie deren Rezeption bietet sich in besonderer Weise die Deutung *Krieles* an, der sich in seiner „Theorie der Rechtsgewinnung“ ausführlich mit der „Topik-These“ auseinandersetzt²⁸⁰. In diesem Rahmen beurteilt *Kriele* die Begriffsbildung *Viehwegs* als historisch anfechtbar und systematisch-terminologisch unbrauchbar²⁸¹. Dabei scheint die insgesamt durchaus wohlwollende Behandlung des Ansatzes *Viehwegs* durch *Kriele* dessen Kritikpunkten besondere Autorität und Glaubwürdigkeit verliehen zu haben. In jedem Falle hat sich seine Einschätzung weitgehend durchgesetzt und bis heute erhalten²⁸². Sie lautet im Kern wie folgt: „Bei *Viehweg* ist ‚topisches‘ Denken identisch mit ‚aporetischem‘ Denken und Gegenbegriff zu ‚Systemdenken‘ im Sinne Nicolai *Hartmanns*. Das ist eine Gegenüberstellung, die den klassischen Vertretern der Topik noch fern lag und deren Zweckmäßigkeit auch heute noch der Diskussion bedarf (...). Wenn *Viehweg* statt von ‚systematischem‘ von ‚deduktivem‘ Denken spricht, so liegt hier keine Bedeutungsverschiedenheit vor, d.h. *Viehweg* meint die Deduktion aus dem axiomatisch gedachten, pyramidenförmig aufgebauten juristischen System“²⁸³.

²⁸⁰ *Kriele*, Rechtsgewinnung, S. 114 - 153.

²⁸¹ *Kriele*, Rechtsgewinnung, S. 117, insb. Fn 16.

²⁸² Vgl. oben S. 27.

²⁸³ *Kriele*, Rechtsgewinnung, S. 117 f. *Kriele* fügt hinzu: „Die Kettendeduktion oder die Deduktion aus dem Gesetzestext mittels eines Interpretationsalgorithmus mögen der Sache nach mitgemeint sein, die begriffliche Gegenüberstellung ‚topisch - systematisch‘ läßt das aber nicht explizit werden“.

Wie bereits oben im Rahmen der einleitenden Feststellungen angemerkt wurde, lassen sich anhand der Ausführungen *Krieles* zwei Aussagen über die für das Verständnis *Viehwegs* zentralen Begrifflichkeiten als Arbeitshypothesen formulieren, nämlich „*Verkürzungsthese*“ und „*Gleichsetzungsthese*“: Als *Gleichsetzungsthese* wird im folgenden die zitierte Annahme *Krieles* bezeichnet, *Viehweg* setze *topisches* und *aporetisches* Denken gleich und konfundiere damit den Begriff der Topik mit der *hartmannschen* Unterscheidung zwischen aporetischem (Problem-)denken und Systemdenken. Korrespondierend zu dieser *Gleichsetzungsthese* ergibt sich nach *Kriele* für den *viehwegschen* Begriff des systematischen Denkens oder „Systemdenkens“, daß dieses allein als Deduktion aus einem axiomatisch gedachten System aufgefaßt werden könne. Damit setze der Begriff des Systemdenken im Sinne *Viehwegs* das Bestehen eines *axiomatisches bzw. axiomatisierbares Systems* voraus, so daß genauer von „axiomatischem Systemdenken“ gesprochen werden müßte. Da in dieser Annahme *Krieles* impliziert ist, daß es sich dabei um ein enges oder gar verkürzendes Verständnis dessen handelt, was gewöhnlicherweise als „systematisches Denken“ aufgefaßt wird, wird diese Annahme im folgenden als *Verkürzungsthese* bezeichnet.

Beiden Thesen kommt insofern große Tragweite zu, als sie die Grundlage der meistdiskutierten Einwände gegen *Viehweg* bilden und - in der einen oder anderen Ausprägung - in zahlreichen Stellungnahmen unterschiedlicher Autoren anzutreffen sind. Berechtigung und Implikationen von *Verkürzungsthese* und *Gleichsetzungsthese* sollen in den folgenden Kapiteln schrittweise überprüft werden.

b) *Viehwegs* Ansatz als Angriff auf die Begriffsjurisprudenz: Zur *Verkürzungsthese*

Ein erster auf der *Verkürzungsthese* beruhender Einwand wird dezidiert von *Diederichsen* und *Kriele* erhoben: Weil *Viehwegs* Ansatz nur ein juristisches Systemdenken erfassen könne, das die Axiomatisierung eines Rechtsgebiets anstrebt, erschöpfe sich dessen kritischer Gehalt letztlich in einem Scheingefecht gegen die Begriffsjurisprudenz²⁸⁴. Das Dogma von der Lückenlosigkeit der Kodifikationen sei nämlich bereits um die Wende vom 18. zum 19. Jahrhundert überall vollständig preisgegeben worden, und entsprechend werde ein juristisches Systemdenken, das eine Axiomatisierung des Rechtssystems voraussetzt oder

²⁸⁴ So *Diederichsen*, NJW 1966, 699 f.; *Kriele*, Rechtsgewinnung, S. 122; im Anschluß an *Diederichsen* auch *Canaris*, Systemdenken, S. 10, sowie *Rehbock*, Topik und Recht, S. 162. Gegen diesen Vorwurf aber *N.Horn*, NJW 1967, 605.

anstrebt, schon lange nicht mehr vertreten²⁸⁵. Auch habe bereits *Kelsen* in seiner „Reinen Rechtslehre“ deutlich gemacht, daß und in welcher Form eine Axiomatisierung des Rechtssystems zwar technisch denkbar sei, jedoch wegen der daraus resultierenden Lebensferne für die Jurisprudenz als „Realwissenschaft“ ausscheiden müsse²⁸⁶. *Viehwegs* Betonung der problemabweisenden Wirkung eines axiomatischen Systems verkenne schließlich, daß die *Abweisung* von Problemen, also die Verweigerung einer Antwort auf eine gegebene Fragestellung im Interesse der Reinheit des vorgegebenen Systems, für die Jurisprudenz tatsächlich noch nie ein Thema gewesen sei: Selbst die Begriffsjurisprudenz habe weder der Intention noch der Sache nach die Behandlung von Problemen *verweigert*, sondern diese lediglich nach einer bestimmten Methode - der sog. Inversionsmethode - lösen wollen; sie habe dabei bestimmte Probleme „zwar oft ungerecht und falsch gelöst, sie aber nicht abgewiesen“²⁸⁷. Im Rahmen der geltenden Rechtsordnung komme eine solche Abweisung von Problemen zudem auch schon wegen Art. 19 IV GG nicht in Betracht²⁸⁸.

Eine gewisse Berechtigung gesteht *Kriele* der *viehwegschen* Kritik am juristischen Systemdenken allerdings insoweit zu, als sich die Bezugnahme auf *Hartmann* für die Jurisprudenz tatsächlich fruchtbar machen lasse. Denn die von *Hartmann* für die Philosophie formulierte Forderung nach „Problemoffenheit“ betreffe eben nicht nur die *Problemabweisungen* eines axiomatischen Systemdenkens, sondern ebenso Formen der *Problemverkürzung*, die aus einem weiter zu fassenden deduktiven Denken resultierten²⁸⁹. Recht betrachtet finde die Forderung nach „Problemoffenheit“ im Bereich der Jurisprudenz daher tatsächlich eine Angriffsfläche, nur eben nicht in Form des nicht mehr anzutreffenden „axiomatischen Systemdenkens“, das nur einen Sonderfall des deduktiven Denkens bilde²⁹⁰. Die eigentliche Angriffsfläche bilde vielmehr die überkommene „juristische Methode“, die in der guten Absicht, politische Neutralität zu wahren, zu einer Scheuklappenjurisprudenz

²⁸⁵ *Kriele*, Rechtsgewinnung, S. 120.

²⁸⁶ *Diederichsen*, NJW 1966, 699.

²⁸⁷ *Kriele*, Rechtsgewinnung, S. 120.

²⁸⁸ *Kriele*, Rechtsgewinnung, S. 120 ff.; zusammenfassend S. 149 f. These Nr. 3.

²⁸⁹ *Kriele*, Rechtsgewinnung, insb. S. 117, 124. *Kriele*, ebd., S. 119 f., hebt insbes. hervor, daß die Unterscheidung zwischen aporetischer und systematischer Denkweise, die *Hartmann* in seinem Aufsatz „Diesseits von Idealismus und Realismus“ entwickelt, auf eine gegen *Kant* erhobene Kritik ziele, derzufolge *Kant* sein eigenes philosophisches System nicht konsequent beachtet, sondern immer wieder regellos durchbrochen habe. *Hartmann* bestreite insoweit nicht das Vorliegen der Systembrüche, wohl aber deren Vorwerfbarkeit. In der Durchbrechung des eigenen Systems manifestiere sich die positiv zu bewertende Bereitschaft *Kants*, sich den behandelten Problemen in ihrer ganzen Dimension zu stellen. Diese Bereitschaft sei einem Systemdenken vorzuziehen, das unbeirrbar und starr an einmal konstruierten Systemen festhalte, damit neu auftauchende Probleme negiere und deren Untersuchung dadurch abschneide. Allein auf die Vermeidung solcher Problemverkürzungen ziele die „Problemoffenheit“ aporetischen Denkens bei *Hartmann*.

²⁹⁰ Vgl. *Kriele*, Rechtsgewinnung, S. 123.

und zu einer Abstrahierung rechtlicher Institutionen von den ihnen zugrunde liegenden Lebensbereichen geführt habe²⁹¹. Nicht die Abweisung von Problemen aufgrund der axiomatischen Systematisierung eines Rechtsgebiets stehe damit in Rede, sondern eine „vurteilsvolle Einordnung der Jurisprudenz in das System der Wissenschaften“ und die daraus resultierende Abweisung nicht etwa der Probleme als solcher, sondern bestimmter, als unzulässig erachteter Gesichtspunkte bei der Problemlösung²⁹². Daß die überkommene „juristische Methode“ als deduktives Denken im weiteren Sinne aufzufassen und als Ursache eines doktrinären Mangels Problemoffenheit innerhalb der Jurisprudenz anzusehen sei, verdeutlicht *Kriele* anhand der von ihm sogenannten „deduktiven Interpretationsmethode“:

Unter dieser Bezeichnung faßt *Kriele* Ansätze zusammen, die die Stufen der *Savignyschen* Gesetzesauslegung zu einem „algorithmischen Katalog“ von Interpretationsstufen zu erweitern und damit die Deduktion von Entscheidungen aus Gesetzestexten zu ermöglichen suchten²⁹³. Gemeinsame Grundlage dieser Versuche bilde die Annahme, daß bestimmte Fragen im Gesetzestext zwar keine explizit formulierten Antworten finden, aber gleichwohl deutlich vom Gesetzgeber vorentschieden seien. Mit Hilfe von Interpretationsschemata, die präzise die Reihenfolge der bei der Rechtsgewinnung jeweils zu vollziehenden Denkschritte vorschreiben, beanspruchten diese Ansätze - irrtumsfrei angewandt - eindeutig zur gesetzgeberischen Entscheidung und damit zum einzig richtigen Ergebnis zu führen²⁹⁴. Die sich darin manifestierende Bemühung, nur politische Wertungen des Gesetzgebers nachzuvollziehen und keine eigenen zu treffen, führe indes dazu, bei der juristischen Problemlösung zahlreiche Gesichtspunkte als „nicht juristisch“ außer acht zu lassen. Eine entsprechende Ausblendung ökonomischer, historischer und soziologischer Aspekte und der mit ihnen verbundenen „Wertungsfragen“ erziele aber immer nur eine scheinbare Ein-

²⁹¹ *Kriele*, Rechtsgewinnung, S. 123 f.

²⁹² *Kriele*, Rechtsgewinnung, S. 123 f., S. 150 These Nr. 3.

²⁹³ Nach *Kriele*, Rechtsgewinnung, S. 88, erwecken nicht wenige Äußerungen zur Methodenlehre den Eindruck, daß sie auf ein solches Schema hinzielen und sich als bruchstückhafte Beiträge zu einem solchen Unternehmen verstehen.

²⁹⁴ Das Ansinnen der deduktiven Interpretationsmethode ist, wie *Kriele*, Rechtsgewinnung, S. 85 ff., zutreffend darlegt, aussichtslos. Ein (Gesetzes-)Text, über dessen Bedeutung Zweifel auftreten, kann die Formen seiner richtigen Interpretation niemals selbst festlegen. Denn wie in der Rechtstheorie insbes. *Hart* unter Bezugnahme auf *Wittgenstein* deutlich gemacht hat, vermag kein Auslegungs-Kanon zugleich auch die Regeln seiner eigenen Anwendung und Auslegung mitzuliefern. Die Richtigkeit der Interpretationsmethoden bestimmt sich letztlich vielmehr durch die Beurteilung der mit ihnen erzielten Ergebnisse. Diese Beurteilung der Resultate basiert jedoch wiederum auf solchen außerhalb des Textes liegenden Wertungsgesichtspunkten, die mit der Festlegung bestimmter Interpretationsschritte gerade eliminiert werden sollen. Tatsächlich werden diese Wertungen also nicht vermieden, sondern stillschweigend impliziert. *Kriele* stellt daher fest, daß man „dem wertenden, normativ-teleologischen, rechtspolitischen Element, das in jeder Interpretation steckt, schlechterdings nicht entgehen“, *ders.*, Rechtsgewinnung, S. 96.

deutigkeit der Ergebnisse. Diesem Systemdenken der „deduktiven Jurisprudenz“ lasse sich nun in der Tat ein problemoffenes Denken gegenüberstellen, das die verdrängten Aspekte mit in die Erörterung einbeziehe²⁹⁵. Folglich werde nicht - wie *Viehweg* meine - die Existenz eines axiomatischen Systems im juristischen Denken gewöhnlich vorausgesetzt, sehr wohl aber „die Möglichkeit eines algorithmischen Katalogs der Interpretationsstufen, die man auch dort weiter behauptet, wo man den Gedanken an die Möglichkeit des axiomatischen Systems längst aufgegeben hat“²⁹⁶. *Viehwegs* kritische Betrachtung des juristischen Systemdenkens sei damit insgesamt nur dem Anliegen nach zu unterstützen, insoweit sie nämlich darauf ziele, die ganze Komplexität juristischer Probleme zu würdigen und zu verhindern, daß lösungsrelevante Gesichtspunkte durch „doktrinäres Vorurteil“ abgeschnitten und der Argumentation entzogen werden²⁹⁷.

c) Zur Vergeblichkeit des Eindeutigkeitsanspruchs in der Jurisprudenz

Hinsichtlich der dargelegten Kritik ist zunächst natürlich nicht zu bestreiten, daß Forderungen nach einer Axiomatisierung des Rechtssystems - wie von der Begriffsjurisprudenz erhoben - in der Tat schon zur Zeit des Erscheinens von „Topik und Jurisprudenz“ nicht mehr anzutreffen waren. Zutreffend ist ferner, daß sich der *viehwegsche* Begriff des Systemdenkens auf ein *deduktives Denken* bezieht, also auf ein logisch streng nachprüfbares Verfahren, das einen eindeutigen Begründungszusammenhang schafft²⁹⁸. Allerdings begründen beide Feststellungen keinen Einwand gegen *Viehweg* im Sinne der eingangs formulierten *Verkürzungsthese*, derzufolge der Ansatz *Viehwegs* sich in einem Angriff gegen die Begriffsjurisprudenz erschöpfe, weil er nur solche Konzeptionen eines juristischen Denkens betreffe, die ein axiomatisches juristisches System anstreben oder behaupten.

Wie es vielmehr hervorzuheben gilt, geht das Anliegen *Viehwegs* ganz grundsätzlich dahin, das Verhältnis der Jurisprudenz zum Ideal wissenschaftlicher Exaktheit und Logizität zu beleuchten. Von diesem Ideal her konzipiert *Viehweg* einen allgemeinen Begriff des Systemdenkens, um im Kontrast dazu die spezifischen Anforderungen und Restriktionen des

²⁹⁵ Dazu *Kriele*, Rechtsgewinnung, S. 123: „So interpretiert, würde also das, was *Viehweg* ‚topisches‘ Denken nennt, als ‚problemorientiertes‘ Denken plausibel“. *Kriele* hält es auch für möglich, *Viehwegs* Schrift dahingehend zu verstehen, obschon dies - wie er meint - aus dem Text nicht hinreichend deutlich hervorgehe.

²⁹⁶ *Kriele*, Rechtsgewinnung, S. 124; vgl. auch *Rothacker*, Die Geisteswissenschaften bilden kein „System“, Studium Generale 11 (1958), S. 141 ff.

²⁹⁷ *Kriele*, Rechtsgewinnung, S. 124.

²⁹⁸ Vgl. *Viehweg*, Topik, S. 77, 81 f.

juristischen Denkens zu demonstrieren. In diesem Zusammenhang stellt *Viehweg* fest, daß die Gewinnung eindeutiger juristischer Konfliktentscheidungen im Wege der Ableitung, also die Anwendung einer streng logischen Methode in der Jurisprudenz, eine deduktive Systematisierung der juristischen Aussagen und Begriffe und Sätze voraussetzen würde und deswegen nicht in Betracht kommt²⁹⁹. Entsprechend legt *Viehweg* seinen Überlegungen einen *Begriff des Systemdenkens* zugrunde, der an die einem logisch-analytischem Denken zuzuordnenden Kategorien der *Eindeutigkeit* und *Exaktheit* anknüpft, ohne indes eine dezidierte Auseinandersetzung mit den in der juristischen Methodendebatte vertretenen Spielarten davon abweichender Systembegriffe vorzunehmen³⁰⁰. Dieser Umstand mag eine gewisse Rolle dafür spielen, warum einige Kritiker *Viehwegs* den Eindruck gewonnen oder zu erwecken vermocht haben, die Überlegungen *Viehwegs* gingen an der allgemeinen juristischen Grundlegendiskussion vorbei. Tatsächlich aber kommt es für das Vorhaben *Viehwegs* auf eine solche Auseinandersetzung sowie auf die längst vollzogene Verabschiedung der Begriffsjurisprudenz gar nicht an. Denn indem *Viehweg* die Unerreichbarkeit einer deduktiven Systematisierung des Rechts hervorhebt, stehen zugleich alle Ansätze auf dem Prüfstand, die mit der Begriffsjurisprudenz zwar *nicht das proklamierte Mittel* - die logische Perfektionierung der Rechtssysteme - wohl aber im weitesten Sinne deren *Zielsetzung* teilen, nämlich das eines eindeutigen und zwingenden Verfahrens der Rechtsgewinnung bzw. Entscheidungsbegründung. Denn *jeder* Ansatz der juristischen Methodenlehre, der eindeutige Ergebnisse fordert und zu ermöglichen beansprucht, ruft die Maßstäbe der Logik herbei und muß sich entsprechend den Vergleich mit logisch perfekten Systemen, die deren Eindeutigkeitsanspruch wirklich einzulösen vermögen, gefallen lassen.

Die Vorstellung, daß es möglich und wünschenswert sei, eindeutige Entscheidungen aus dem Gesetz herzuleiten, kennzeichnet nun insbesondere auch die von *Kriele* ins Visier genommene „deduktive Interpretationsmethode“. Die Einschätzung *Krieles*, wonach „*Viehwegs* falsch gezielte Polemik - nämlich gegen den längst erledigten Gegner axiomatischer Systeme statt gegen die deduktive Interpretationsmethode - die Ursache einiger Dunkelheit in seinem Buche“³⁰¹ sei, bleibt daher unverständlich: Den Nachweis, daß die Aufstellung von Interpretationsstufenkatalogen keinen gangbaren Weg zur Verwissenschaftlichung der Jurisprudenz bildet, erbringt *Viehweg* nämlich nicht weniger als *Kriele*. Nur wählt *Vieh-*

²⁹⁹ *Viehweg*, Topik, S. 81 ff.

³⁰⁰ Insbes. Konzeptionen, die von einer „wertungs- und wesensmäßigen“ Folgerichtigkeit oder Evidenz ausgehen, finden bei *Viehweg* keine ausdrückliche Erwähnung.

³⁰¹ *Kriele*, Rechtsgewinnung, S. 124 Fn. 43; zur Relevanz der „deduktiven Interpretationsmethode“ S. 97.

weg, indem er den Eindeutigkeitsanspruch juristischer Methodik abstrakt unter dem Gesichtspunkt des Systemgedankens betrachtet, einen allgemeineren Begründungsweg, der im folgenden noch einmal zu verdeutlichen ist.

Viehweg spielt - von *Kriele* unwidersprochen - durch, welche denkbaren Arbeitsschritte erforderlich wären, um den Anspruch, wie ihn etwa die „deduktive Interpretationsmethode“ erhebt, d.h. eindeutige und zwingende juristische Entscheidungen zu ermöglichen, tatsächlich zu verwirklichen: Nämlich die Herstellung von Vollständigkeit, Verträglichkeit und Eindeutigkeit der Prämissen sowie die Definition von Operationsregeln für die zulässigen Begründungsschritte durch eine deduktive Systematisierung nach axiomatischer Methode. Diese Anforderungen gelten ganz unabhängig davon, ob eine Konzeption - etwa die Begriffsjurisprudenz - die Vollständigkeit und Eindeutigkeit der Gesetze als anzuwendende Prämissen proklamiert, oder ob zwar die Lückenhaftigkeit der Gesetze zugestanden wird, diese aber durch die Hinzunahme bestimmter außergesetzlicher Sätze und Anwendungsregeln (etwa in Form von Interpretationsstufenkatalogen) heilbar sein soll. Die Relevanz der von *Kriele* behaupteten Unterscheidung zwischen einem engen Begriff „axiomatischem Systemdenkens“ im Sinne *Viehwegs* und einem deduktivem Denken im weiteren Sinne bleibt insoweit fragwürdig. Denn der von der „deduktiven Interpretationsmethode“ geforderte eindeutige Begründungszusammenhang beschränkt sich ja offenbar nicht auf eine denkfehlerfreie Ableitung aus allerdings beliebigen Prämissen. Vielmehr geht ihr Anspruch dahin, eindeutige Ergebnisse gerade aus der als System rekonstruierten Gesamtheit gesetzgeberischer Entscheidungsinhalte zu deduzieren. In diesem Falle werden die Schwierigkeiten aber lediglich auf eine andere Ebene verlagert, weil die Erfordernisse der Vollständigkeit, Verträglichkeit und Eindeutigkeit der Prämissen dann zusätzlich auch auf die außergesetzlichen Hilfssätze und Operationsregeln bezogen werden müßten.

So oder so - und allein darauf kommt es *Viehweg* an, wenn er die Anforderungen und Konsequenzen der Axiomatisierung eines Rechtsgebiets demonstriert - muß der Eindeutigkeitsanspruch für eine funktionsfähige Rechtsordnung illusorisch bleiben. Dagegen besagt das Gedankenspiel *Viehwegs* offensichtlich *nicht*, daß irgendeine juristische Konzeption des „Systemdenkens“ oder „deduktiven Denkens“ ein *axiomatisches* System *tatsächlich anstrebt*, sondern - und dies sei nochmals betont - daß jedes juristische Denken, das auf eindeutige und zwingende Ergebnisse abzielt, ein solches axiomatisches System konsequenterweise *anstreben* müßte. Gezeigt ist mithin, daß der Eindeutigkeitsanspruch im ju-

ristischen Denken, in welchem Gewande auch immer er daherkommen mag, zu Voraussetzungen führt, die nicht erfüllt werden können. Dies gilt für die Begriffsjurisprudenz, die ein vollständiges juristisches System wirklich proklamiert hat, und es gilt für die von *Kriele* kritisierte „deduktive Interpretationsmethode“, die die Implikationen ihres eigenen Anspruchs nicht einmal hinreichend reflektiert, erst recht.

Der Vorwurf *Krieles*, *Viehweg* mache den kritischen Gehalt des von *Hartmann* rezipierten Gesichtspunkts der Problemoffenheit im Hinblick auf das juristische Denken nicht hinreichend deutlich und fruchtbar, erweist sich damit als gegenstandslos: Aus dem Ansatz *Viehwegs* ergibt sich, daß jedes juristische Denken, das *eindeutige Ergebnisse anstrebt*, tendenziell zur Verkürzung von Problemen neigt, indem das Bestehen von alternativen Lösungsmöglichkeiten bestritten und ggf. auch nicht hinreichend danach gesucht wird³⁰².

d) Der *viehwegsche* Begriff des Systemdenkens im Sinne der *Annäherungsthese*

Im Hinblick auf die oben formulierte *Verkürzungsthese* ist damit zunächst festzuhalten, daß sich ein Einwand gegen den Ansatz *Viehwegs* jedenfalls nicht damit begründen läßt, er renne mit seiner Kritik einer als Systemdenken verstandenen Jurisprudenz offene Türen ein, weil diese lediglich ein „axiomatisches Systemdenken“ im Sinne der Begriffsjurisprudenz treffe. Tatsächlich erschöpft sich der Ansatz *Viehwegs* nicht schon in dem Nachweis, daß die Errichtung deduktiver Systeme im Wege der Axiomatisierung für den Bereich des Rechts nicht in Betracht kommt. Vielmehr ergibt sich nach *Viehweg* zugleich, daß mit der Unerreichbarkeit einer deduktiven Methode für die Jurisprudenz zugleich *jeder Anspruch auf Eindeutigkeit* und damit schlußendlich auch jede Hoffnung auf die Richtigkeitsgarantie einer methodisch vorgegebenen Rechtserkenntnis hinfällig wird.

Bei dieser Konsequenz handelt es sich, wie im übrigen schon *Krieles* eigene Auseinandersetzung mit der von ihm so bezeichneten „deduktiven Interpretationsmethode“ exemplarisch belegt, keineswegs um einen Gemeinplatz. Denn die Vorstellung, für die rechtliche Entscheidungsfindung sei allein der Wille des Gesetzgebers maßgeblich, der in den - ggf.

³⁰² *Krieles* Kritik an *Viehweg*, wonach es nicht um *Problemabweisungen* gehe, „sondern die Abweisung von eventuell infrage kommenden Gesichtspunkten bei der *Problemlösung*“, erscheint um so spitzfindiger, als er selbst davon spricht, daß neue Probleme durch die Gerichte „vielfach als ‚nicht juristisch‘, d.h. als für den Juristen ‚systemfremd‘ angesehen und deshalb ignoriert werden“, und schließlich seinerseits feststellt: „Eine solche Problemabweisung kann in der Tat erhebliche Folgen für die Richtung haben, die die Entscheidung nimmt“; s. *ders.*, *Rechtsgewinnung*, S. 149 f., S. 123.

durch Auslegung zu konkretisierenden - Vorschriften des Rechtssystems seinen eindeutig bestimmbaren Ausdruck finde, ist anders als die Begriffsjurisprudenz nach wie vor lebendig. Dabei stimmen *Viehweg* und *Kriele* der Sache nach darin überein, daß sich der Prozeß der Rechtsgewinnung nicht auf einen bloßen Nachvollzug der vom Gesetzgeber vorgegebenen Entscheidungen reduzieren läßt, und daß die Komplexität der rechtlicher Problemstellungen nur umfassend und angemessen zu würdigen sind, wenn in reflektierter Weise auch „die ökonomischen, historischen, soziologischen und die entscheidenden Wertungsfragen“ Berücksichtigung finden, die sich eindeutigen Beurteilungen von vornherein entziehen³⁰³.

Während allerdings *Kriele* den kritisierbaren Eindeutigkeitsanspruch nur den Vertretern einer „deduktiven Interpretationsmethode“ zuschreibt und unter diesem Aspekt lediglich vor überzogenen Erwartungen an ein juristisches Systemdenken warnen will, geht *Viehweg* einen entscheidenden Schritt weiter, indem er den Eindeutigkeitsanspruch in den Begriff des Systemdenkens implementiert. *Viehweg* macht den Eindeutigkeitsanspruch mithin zur Bedingung für die Einordnung einer Denkweise als Systemdenken, weswegen gemäß *Viehweg* für das juristische Denken eine Qualifizierung als Systemdenken notwendig ausscheiden muß. Um entsprechend den von *Viehweg* hergestellten Zusammenhang zwischen Systemdenken und Eindeutigkeitsanspruch zum Ausdruck zu bringen, läßt sich der *Verkürzungsthese* nach *Kriele*, wonach der *viehwegsche* Begriff des Systemdenkens gleichbedeutend sei mit „Deduktion aus dem axiomatisch gedachten, pyramidenförmig aufgebauten juristischen System“, in präziserer Formulierung wie folgt die *Annäherungsthese* gegenüberstellen: Danach dient der Begriff des Systemdenkens bei *Viehweg* zur Kennzeichnung solcher Denkweisen, die eine exakte und möglichst umfassende Systembildung anstreben und sich dabei dem *Ziel der eindeutigen und zwingenden Lösbarkeit* aller der den jeweiligen Problembereich betreffenden Fragestellungen *wenigstens anzunähern vermögen*. Demnach ist es für den *viehwegschen* Begriff des Systemdenkens als entscheidend anzusehen, daß mit dem Ziel eindeutiger und zwingender Problemlösungen seiner Konsequenz nach notwendig auch das Ziel einer fortschreitenden deduktiven Systematisierung des Problembereichs einhergeht. Daraus darf allerdings anders, als die *Verkürzungsthese* es nahelegt, weder gefolgert werden, *Viehweg* erfasse mit dem Begriff des Systemdenkens allein die Deduktionen und Reduktionen innerhalb eines bestehenden axiomatischen Systems, noch, daß es für eine Beurteilung als Systemdenken womöglich auf die *Endgültigkeit*

³⁰³ *Kriele*, Rechtsgewinnung, S. 123.

eines einmal errichteten Systems ankäme. Darauf ist noch zurückzukommen.

Zunächst aber ist zu zeigen, daß die *Verkürzungsthese* ihren Namen nicht nur deswegen verdient, weil sie eine unsachgemäße Enge des *viehwegschen* Begriff des Systemdenkens behauptet, sondern auch, weil dieser Behauptung ihrerseits ein verkürzendes Verständnis der Ausführungen *Viehwegs* zugrunde liegt.

2. Zur Begründbarkeit der Kennzeichnung der Jurisprudenz als Problemdenken

a) Der Vorwurf der „Systemfeindlichkeit“

Mit den bisherigen Ausführungen ist zwar klargestellt, daß der vor allem von *Diederichsen* und *Kriete* formulierte Einwand, wonach *Viehwegs* Verständnis des Systemdenkens nur Konzeptionen erfasse, die die lückenlose Systematisierung eines Rechtsgebiets postulieren, und also *zu kurz* greife, nicht zutrifft.

Gleichzeitig wird im Zusammenhang mit der *Verkürzungsthese* aber auch der viel weitergehende Vorwurf erhoben, *Viehwegs* Ansatz laufe auf eine Negierung und Aufhebung jeglicher Systembindung und -bildung innerhalb des juristischen Denkens überhaupt hinaus³⁰⁴. Selbst wenn *Viehweg* dies in letzter Konsequenz nicht intendiert habe, so lege seine Begriffsbildung eine solche Deutung jedenfalls nahe. Zur Begründung wird ausgeführt, daß *Viehweg* - indem er als Systemdenken nur ein „axiomatisches Systemdenken“ auffasse - deduktives Systemdenken einerseits und topisches Problemdenken andererseits unzutreffend in eine *strikte Entgegensetzung* bringe. Tatsächlich stünden beide Denkweisen dagegen nicht in einem alternativen, sondern in einem kumulativen Verhältnis zueinander³⁰⁵. Die Reduzierung des Begriffs des Systemdenkens allein auf ein „axiomatisches Systemdenken“ in Gegenüberstellung zum Problemdenken, die jede Form des Systemdenkens im weiteren Sinne außer Betracht lasse, sei daher sachlich nicht gerechtfertigt und erweise sich insbesondere für die Jurisprudenz als unpassend. Denn eine Begriffsbildung, die den *spezifischen Systembezug* des juristischen Denkens nicht erfassen könne, müsse die Juris-

³⁰⁴ In besonderer Deutlichkeit *Canaris*, Systemdenken, S. 135 ff., insbes. Fn. 1a; dahingehend ferner etwa *Diederichsen*, NJW 1966, 698 ff.; *Flume*, Richter und Recht, S. 29; *Larenz*, Methodenlehre, 6. Aufl., S. 167; *Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, S. 446.

³⁰⁵ *Zippelius*, NJW 1967, 2230; *Canaris*, Systemdenken, S. 151 ff.; *Raiser*, NJW 1964, 1203; *Weinberger*, Topik und Plausibilitätsargumentation, ARSP 59 (1973), 17 ff. (34).

prudenz schon im Ansatz verfehlen. Insgesamt sei *Viehwegs* Kennzeichnung der Jurisprudenz als Problemendenken und die sich darin manifestierende „Systemfeindlichkeit“ weder hilfreich noch haltbar³⁰⁶.

Es drängt sich angesichts dieser Kritik der Eindruck auf, daß bei manchen Autoren das Bedürfnis, schon den bloßen Gedanken an einen Angriff auf das „juristische Systemdenken“ abzuwehren, das Interesse an einer genauen Prüfung des *viehwegschen* Ansatzes überwogen hat. Der Grund für diese Vehemenz ist darin zu sehen, daß die betreffenden Kritiker hier Wesentliches in Gefahr sehen: Zugleich mit der Frage, ob eine spezifisch juristische Form des Systemdenkens möglich und geboten ist, geht es ihnen darum, ein Maximum an Gesetzesbindung, Rechtssicherheit und Gleichbehandlung methodisch abzusichern und einer Preisgabe rechtsstaatlicher Errungenschaften vorzubeugen. Der Vorwurf der „Systemfeindlichkeit“ zielt insoweit in die gleiche Richtung wie der bereits an früherer Stelle angesprochenen Einwand, ein topisches Rechtsverständnis spreche „jeder juristischen Geltungslehre Hohn“: So wird kritisiert, *Viehweg* lasse „ein Bekenntnis zur geltenden Rechtsordnung und zu dem sonst jedem Juristen selbstverständlichen Satz, bei der Rechtsanwendung an Gesetz und Recht gebunden zu sein“, vermissen³⁰⁷. *Viehwegs* Generalisierung des einzelfallorientierten Problemdenkens müsse vor dem Gebot, wiederkehrende Problemstellungen trotz wechselnder Kontexte gemäß den Gesetzen gleich zu behandeln und Rechtssicherheit herzustellen, kapitulieren. Selbst wenn das juristische System immer auf Modifikationen und Ergänzungen durch das Problemdenken verwiesen bleibe, dürfe die Einordnung des juristischen Denkens als Systemdenken nicht aufgegeben werden, da nur eine als Systemdenken verstandene Jurisprudenz das doch immerhin mögliche Optimum an System- und damit Gesetzesbindung gewährleisten könne. Jedenfalls drohe dort, wo die juristischen Anstrengungen bei der Systembildung für vergeblich erklärt werden, wenn nicht Willkür oder ein Rückfall in primitive Frühformen des Rechts, so doch jedenfalls mangelnde Sorgfalt bei der Entscheidungsfindung und ungerechtfertigte Billigkeitsrechtsprechung³⁰⁸.

³⁰⁶ So auch Autoren, die *Viehwegs* „Topik-These“ grds. befürworten, ausdrücklich etwa *Rehbock*, Topik und Recht, S. 180 Fn. 86; tendenziell auch *Bokeloh*, Beitrag der Topik, S. 8. Umgekehrt gibt es Gegner *Viehwegs*, die sich vom Vorwurf der Systemfeindlichkeit distanzieren, vgl. *Schwerdtner*, Rechtswissenschaft und kritischer Rationalismus, Rechtstheorie 2 (1971), 67 ff., 224 ff. (82); *Oppermann*, Topikdiskussion, S. 10 f.

³⁰⁷ *Diederichsen*, NJW 1966, 702; vgl. auch *Herschel*, Rechtssicherheit und Rechtsklarheit, JZ 1967, 727 ff. (730).

³⁰⁸ Zu diesen Kritikpunkten ausführlich *Bokeloh*, Beitrag der Topik, S. 77 m.w.N.

Zur Klärung des Vorwurfs der „Systemfeindlichkeit“ und der damit verbundenen Bedenken muß beachtet werden, daß *Viehweg* seine Unterscheidung zwischen System- und Problemdenken an *fachübergreifenden Strukturmerkmalen* der in verschiedenen Bereichen anzutreffenden Denkweisen festzumachen sucht, um anhand dieser Unterscheidung in einem weiteren Schritt die spezifischen Anforderungen des juristischen Denkens rekonstruieren und erklären zu können. Dem Gang der *viehwegschen* Gedankenführung folgend³⁰⁹, gilt es daher auch vorliegend zunächst die Unterscheidung *Viehwegs* zwischen System- und Problemdenken abstrakt auf ihre Plausibilität hin zu untersuchen, um auf Grundlage dessen sodann die Zweckmäßigkeit dieser Unterscheidung für den Bereich des juristischen Denkens erörtern zu können. Eine angemessene Beurteilung des Ansatzes *Viehwegs* kann also nur erfolgen, wenn klargestellt ist, worin genau sich die von *Viehweg* als System- bzw. Problemdenken gekennzeichneten Denkweisen unterscheiden oder übereinstimmen.

b) Das Ineinandergreifen von Problem- und Systemdenken

Viehweg entwickelt seine Unterscheidung von System- und Problemdenken zunächst von einem allgemeinen Modell der gedanklichen Problemlösung her, wonach sich die Lösung eines Problems ganz grundsätzlich als rationales Verfahren rekonstruieren läßt, in dessen Verlauf eine bestimmte Fragestellung umformuliert und in einen Ableitungszusammenhang gebracht wird, aus dem heraus sich die Lösung erschließt. Als „Problem“ betrachtet *Viehweg* dabei „eine jede Frage, die anscheinend mehr als eine Antwort zuläßt“, und die insoweit „notwendigerweise ein vorläufiges Verständnis voraus(setzt), nach dem irgend etwas überhaupt als ernstzunehmende Frage erscheint“³¹⁰. Notwendigerweise deshalb, weil sich eine Frage generell nur vor dem Hintergrund eines wie auch immer gearteten Verständniszusammenhangs ernsthaft stellen kann, der als Bezugsrahmen und Maßstab für etwaige Antworten fungiert. Als „System“ bezeichnet er dabei den Ableitungszusammenhang, in den das Problem zu seiner Lösung gebracht wird, wobei dieses „von kleinem und kleinsten Umfang“ sein kann³¹¹.

Ausgehend davon gelangt *Viehweg* zur Unterscheidung von Problem- und Systemdenken, indem er darlegt, daß das von ihm skizzierte Verfahren der Problemlösung unterschiedli-

³⁰⁹ Vgl. *Viehweg*, Topik, S. 31 ff., 81 ff.

³¹⁰ *Viehweg*, Topik S. 32

³¹¹ *Viehweg*, Topik, S. 33: „Nennt man einen Ableitungszusammenhang ein System, könnte man (...) sagen, daß das Problem zum Zwecke seiner Lösung in ein System eingeordnet wird“.

che *Akzentuierungen* finden bzw. aus unterschiedlichen Perspektiven erfolgen kann: Das Systemdenken geht danach zur Lösung eines Problems von einem bestehenden System aus und greift auf die darin bereits vorgegebenen Prämissen zurück. Damit einhergehend entfaltet das Systemdenken eine selektive Wirkung, weil eine Lösung nur im Hinblick auf die Gesichtspunkte erfolgen kann, die im jeweiligen System bereits berücksichtigt sind. Während also das Systemdenken den Akzent auf das gegebene System legt, dessen Erhaltung die Abweisung systemüberschreitender Problemgehalte impliziert, setzt das Problemdenken beim als solches empfundenen Problem an, zu dessen Lösung ein passender Ableitungszusammenhang bzw. ein System gesucht oder geschaffen wird - allerdings mit der Folge, daß mit der Lösung unterschiedlicher Probleme eine Pluralität möglicherweise unverträglicher Systeme entstehen kann³¹². Das Problemdenken ordnet also den Lösungsprozeß nicht etwaigen Systemvorgaben unter, sondern führt - je nach Erforderlichkeit für die Gewinnung einer angemessenen Lösung - neue Prämissen ein. Dafür aber bedarf es eines inventiven, prämissensuchenden Verfahrens wie der Topik, die *Viehweg* deshalb als Technik des Problemdenkens bezeichnet.

Die damit gegebene Unterscheidung zwischen Problem- und Systemdenken zielt nun aber keineswegs auf deren *strikte Entgegensetzung* im Sinne einer gegenseitigen Ausschließung, sondern darauf, die grundsätzliche Unterscheidbarkeit einer problem- und eines systemorientierten Richtung des Denkens unter dem Gesichtspunkt ihrer inventiven bzw. selektiven Wirkung idealtypisch deutlich zu machen. Insoweit ist *Viehweg* weit davon entfernt, das wechselspielerische Verhältnis beider Denkrichtungen zu übersehen. Ganz im Gegenteil basiert seine Differenzierung gerade auf der Einsicht, daß die Konstitution von Problem und System sich gegenseitig bedingt und daß entsprechend Problem- und Systemdenken ineinandergreifen und miteinander verflochten sind³¹³. So geht aus den Ausführungen *Viehwegs* unmißverständlich hervor, daß das topisch verfahrenende Problemdenken, indem es anhand konkreter Problemstellungen bewährte Prämissen und eine Vielzahl kleiner und kleinster Ableitungszusammenhänge oder Systeme entwickelt, als Grundlage für die Bildung umfänglicherer Systeme dient. „Die Topik muß erst einmal zeigen, wie man Prä-

³¹² Vgl. *Viehweg*, Topik, S. 33; unklar aber für *Kriele*, Rechtsgewinnung, S. 124, Fn. 43, der den Rekurs „auf die ‚Pluralität von Systemen‘, von denen die Problemlösung eines ‚auszulesen‘ habe“ für besonders mißverständlich hält.

³¹³ *Viehweg* hat angesichts der Verständnisschwierigkeiten, auf die seine Ausführungen in „Topik und Jurisprudenz“ gestoßen sind, später noch einmal ausdrücklich klargestellt, daß er das Verhältnis von Topik und Logik bzw. Problem- und Systemdenken nicht antithetisch versteht. Das wird aber auch schon aus dem Ursprungstext ersichtlich; so auch *N.Horn*, NJW 1967, 605.

missen findet. Die Logik nimmt sie hin und verarbeitet sie³¹⁴.

Während also einerseits das Problemendenken zur Systembildung hinführt, bleibt andererseits das Systemdenken umgekehrt zur Erweiterung und Fortentwicklung seines Systems auf die inventive Wirkung des Problemendenken verwiesen³¹⁵. Indem das Problemendenken Gesichtspunkte sammelt und zu Prämissen verarbeitet, um daraus eine Problemlösung ableiten zu können, führt und strebt es zu Systembildung hin. Umgekehrt ist das Systemdenken zur Gewinnung seiner Prämissen und zur Fortentwicklung seines Systems auf das Problemendenken angewiesen. Die logische Strukturierung der Prämissen und die Entwicklung konsistenter Systeme dient dem Problemendenken wiederum als Grundlage bei der Suche nach angemessenen Lösungen für neue Problemstellungen usw. In diesem Sinne stehen System- und Problemendenken in einem als dialektisch zu verstehenden Ergänzungsverhältnis zueinander.

Wenn *Viehweg* seine wie vorstehend erläuterte Differenzierung zwischen Problem- und Systemdenken zur Charakterisierung verschiedener Denkweisen heranzieht, bedeutet das entsprechend auch nicht, daß er einer als Problemendenken gekennzeichneten Denkweise jede Systembildung und logische Strukturierung abspricht. Ebenso wenig impliziert eine Einordnung als Systemdenken, daß darin jede problembezogene Invention schlechthin ausgeschlossen ist, wie etwa *Kriele* annimmt, wenn er mit der *Verkürzungsthese* unterstellt, Systemdenken meine gemäß *Viehweg* allein die Reduktionen und Deduktionen innerhalb eines *geschlossenen* axiomatischen Systems³¹⁶. Es ist vielmehr festzuhalten: Die begriffliche Trennung zwischen Problem- und Systemdenken ist als Idealtypisierung aufzufassen, die von einer künstlichen Isolierung beider Denkformen ausgeht. Diese Isolierung erfolgt aus analytischen Gründen und in der Absicht, ein Instrumentarium zur Rekonstruktion tatsächlicher Denk- und Problemlösungsprozesse zu gewinnen.

³¹⁴ *Viehweg*, Topik, S. 40.

³¹⁵ *Viehweg*, Topik, S. 82 ff. *Kriele*, Rechtsgewinnung, S. 145, 150, merkt an, daß die ursprüngliche Wortbedeutung von „topos“ den „Ort“ im rudimentären System in Gestalt eines Topoikatalogs meinte, an dem der Gesichtspunkt zu finden ist.

³¹⁶ Dazu steht auch nicht im Widerspruch, daß *Viehweg* an späterer Stelle axiomatische Systeme als Anwendungsgebiet „reinen“ Systemdenkens behandelt und den problemorientierten Charakter der Jurisprudenz unter Hinweis auf die Unmöglichkeit einer Axiomatisierung des Rechts begründet. Denn daraus folgt daraus nur, daß nach *Viehweg* eine als Systemdenken zu qualifizierende Denkweise die Errichtung eines logisch perfekten, eindeutigen Systems anstreben muß, und nicht etwa, daß sie mit einem solchen System identisch ist. Eine systemorientierte Denkweise muß mithin den sie konstituierenden Gegenstandsbereich nicht etwa vollständig in einem axiomatischen System erfaßt haben und ist auch nicht gehindert, ein einmal errichtetes axiomatisches System wieder aufzubrechen und zu verändern.

In Wirklichkeit handelt es sich freilich dort, wo von einer in einem bestimmten Wissensbereich anzutreffenden „Denkweise“ die Rede ist, um die Beschreibung der Merkmale und Resultate einer Vielzahl von mehr oder minder unabgeschlossenen Problemlösungsprozessen, die einen mehr oder weniger unbestimmten Problembereich betreffen. Dies wird leicht einsichtig, wenn man sich vor Augen führt, daß der Begriff der *Denkweise* ersichtlich nicht allein auf die *Lösung eines einzigen Problems* zielt, die entweder topikisch begründet oder aus einem bestimmten System deduziert wird. Vielmehr ist von einer Denkweise im Hinblick auf die *Gesamtheit* der Problemlösungsprozesse und Systematisierungsversuche zu sprechen, die auf einen bestimmten Problemkreis zielen. Eine Denkweise läßt sich entsprechend immer nur als „Gemengelage“ *sowohl problem- als auch systemorientierter Denkprozesse* auffassen, innerhalb derer sich allerdings gleichwohl entweder der Problem- oder der Systembezug als *insgesamt führend* erweisen kann.

Das bedeutet, daß die Qualifizierung einer *Denkweise* als Problem- oder Systemdenken immer nur *pars pro toto* erfolgen kann. *Welcher* Anteil aber innerhalb einer Denkweise als führend zu erachten ist, hängt *Viehweg* zufolge davon ab, ob diese Denkweise über „einen relativ kleinen und konstanten Schatz letzter Prämissen verfügt“ und daraus „lange Ketterschlüsse (sorites) entwickeln“ kann - oder ob die „Problematik, die man zu bewältigen wünscht, sich nicht einmal in einem gewissen Umfange restlos erledigen läßt“ und „in immer neuer Gestalt auftaucht“³¹⁷. Während also in systemorientierten Denkweisen die Invention immerhin zeitweise und partiell entbehrlich wird und die Logizität der Begründungen in den Vordergrund tritt, verhindert in problemorientierten Denkweisen die permanente Einschaltung der Topik zur immer neuerlichen Prämissensuche die Entstehung umfassender Ableitungszusammenhänge, weswegen diese sich gerade durch das Fehlen langer Folgerungen und statt dessen durch eine Vielzahl von Syllogismen und häufige Analogieschlüsse kennzeichnet.

Ausgehend davon läßt sich mithin im Anschluß an *Viehweg* wie folgt eine doppelte Begriffsbestimmung treffen: Die Unterscheidung zwischen Problem- und Systemdenken zielt zunächst in einem *engeren Sinne* auf zwei mögliche Akzentuierungen bei der Problemlösung: Danach kennzeichnet sich *Problemendenken* dadurch, daß es *gegebene Probleme jeweils angemessen* lösen will, indem es im Wege der *Topik* passende Prämissen sucht und dabei - falls nötig - ein bestehendes System(gefüge) *aufgibt oder verändert*. Problemenden-

³¹⁷ *Viehweg*, *Topik*, 39 f.

ken ist daher *inventiv*, aber nicht zwingend. *Systemdenken* demgegenüber kennzeichnet sich dadurch, daß es *Probleme exakt und eindeutig* lösen will, indem es sie in ein *gegebenes System* einsetzt und dabei *Probleme oder Problemgehalte*, die die Systemkapazität überschreiten, *abweist*. Systemdenken ist daher - bezogen auf die dem System zugrunde liegenden Prämissen - zwingend, aber zugleich *selektiv*. In diesem Sinne handelt es sich zunächst um eine analytische Unterscheidung, die als Instrumentarium zur Rekonstruktion und Charakterisierung unterschiedlicher *Denkweisen* dient, wobei als Denkweise die Gesamtheit der Problemlösungen aufzufassen ist, die sich auf einen bestimmten Problem- bzw. Gegenstandsbereich beziehen und durch diesen zusammengehalten werden. Auf Grundlage einer entsprechenden Rekonstruktion lassen sich sodann die in unterschiedlichen Bereichen anzutreffenden Denkweisen miteinander vergleichen und danach unterscheiden, ob innerhalb der jeweiligen Denkweise *insgesamt* der Problem- oder der Systembezug als führend zu erachten ist und die Begründungsstruktur der darin anzutreffenden Lösungen prägt. Insoweit dienen die Begriffe des Problem- und Systemdenkens in einem *weiteren Sinne* zugleich auch der Bezeichnung der betreffenden Denkweisen selbst.

Ausdrücklich bleibt zu betonen, daß der so verstandenen begrifflichen Unterscheidung zwischen Problem- und Systemdenken in ihrem engeren wie in ihrem weiteren Sinne keinerlei wertende Funktion zukommt: Die Einordnung einer Denkweise als Systemdenken oder Problemdenken impliziert keine Auf- oder Abwertung; weder die mit dem Problemdenken verbundene Bereitschaft zu Systembrüchen noch die mit dem Systemdenken verbundene Selektivität begründet für sich genommen einen Mangel.

Der Vorwurf der „Systemfeindlichkeit“ *Viehwegs* im Sinne einer Verabsolutierung des Problemdenkens unter Negierung jeglichen Systembezugs des juristischen Denkens ist nach allem gegenstandslos. Tatsächlich hat *Viehweg* nie verkannt, daß topisch-problemorientierte und deduktiv-systemorientierte Elemente innerhalb einer jeweiligen Denkweise grundsätzlich ineinandergreifen und aufeinander angewiesen sind - auch wenn es Jahrzehnte gedauert hat, bis sich diese Erkenntnis im Kreise seiner Interpreten allgemein durchsetzen konnte³¹⁸.

³¹⁸ Vgl. *Kriele*, Rechtsgewinnung, S. 150, der als Ergebnis die These präsentiert: „Der Satz ‚juristisches Denken ist topisch‘ ist auch dann mißverstanden, wenn ihm eine polemische Wendung gegen die Versuche zu dogmatischer *Systematisierung* des Rechtsstoffes beigelegt wird. (Ein Mißverständnis, das aus der unzweckmäßigen Gegenüberstellung von ‚topischem‘ und ‚systematischem‘ Denken erwachsen ist.)“. Bezeichnend auch *Rehbock*, Topik und Recht, S. 180, der noch in den späten 80er-Jahren unterschiedlichste Autoren - mit Ausnahme *Viehwegs* - dafür anführt, daß ein Zusammenhang zwischen beiden Denkweisen besteht.

c) Aufhebung der Differenzierung *Viehwegs* im Begriff des „offenen Systems“?

Ausgehend davon bedeutet *Viehwegs* Einordnung des juristischen Denkens als Problem- denken auch nicht die Auflösung andernfalls gewährleisteter rechtsstaatlicher Bindungen, wie es der Vorwurf eines fehlenden Bekenntnisses zur geltenden Rechtsordnung unterstellt. *Viehweg* geht es allein um die Feststellung der unhintergehbaren Grenzen, die dem Systemdenken innerhalb der Jurisprudenz - ganz unabhängig von ihrer Einordnung und Klassifizierung - gezogen sind. In Rede steht nicht ein „weniger“ an Gesetzesbindung, sondern die immer schon bestehende Notwendigkeit, innerhalb der Entscheidungsfindung auch auf außersystematische Lösungsgesichtspunkte Rückgriff zu nehmen. Die topisch-problemorientierten Erwägungen, die insoweit unverzichtbar sind, führen nach *Viehweg* weder zu einem Verlust „juristischer Präzision“ noch zum Einzug von Beliebigkeit und Willkür. Vielmehr dienen sie dazu, Entscheidungsoptionen auszuloten, und werden jeweils wirksam, wenn sie zur Lösung konkreter Probleme erforderlich und angemessen erscheinen. Das Problem- denken wirkt dabei inventiv, aber nicht etwa aus einem systemunabhängigen „normativen Nichts“ heraus, sondern in Orientierung am Bestehenden³¹⁹. Dort, wo das Rechtssystem Fragen und Spielräume offen läßt oder zu „unvertretbaren“ Ergebnissen führt, wird das Problem- denken „aktiv“, und es eröffnet sich dabei zwischen den Polen der Eindeutigkeit auf der einen und der Zufälligkeit auf der anderen Seite das weite Feld des mehr oder weniger Vertretbaren oder „Wahrscheinlichen“. In diesem Bereich herrscht nicht Willkür, sondern das Erfordernis, plausible und vermittelbare Ergebnisse zu erzielen.

Wenn *Viehweg* demnach also keineswegs jegliche juristische Systembildung und -bindung ablehnt, während umgekehrt die Kritiker *Viehwegs* durchaus bereit sind, dem topisch-problemorientierten Denken innerhalb der Jurisprudenz immerhin eine gewisse Berechtigung einzuräumen³²⁰, dann stellt sich die Frage, ob überhaupt grundlegende Divergenzen vorliegen³²¹. Wäre dies nicht der Fall, erwiese sich die Auseinandersetzung um die Kennzeichnung der Jurisprudenz als Problem- oder Systemdenken in weiten Zügen als ein terminologisches Mißverständnis, dessen sachlicher Gehalt in etwa dem der Frage vergleichbar wäre, ob ein bis zur Hälfte gefülltes Glas halbvoll oder halbleer ist. Als dahingehender

³¹⁹ Zutreffend dahingehend bereits *Otto*, Methode und System in der Rechtswissenschaft, ARSP 55 (1969), 493 ff. (506 f.).

³²⁰ Sogar *Canaris*, Systemdenken, S. 149 ff., und *Diederichsen*, NJW 1966, 703, 705.

³²¹ Etwa spricht *Oswald*, Topisches und systematisches Denken, S. 20, von „künstlich hochgespielte(n) Antinomien“.

Vermittlungsversuch³²² läßt sich die bereits angesprochene Konzeption von *Kriele* betrachten, der für ein problembewußtes juristisches Systemdenken im „offenen System“ plädiert³²³: Nach Auffassung *Krieles* ist die „Topik-These“ zwar insofern berechtigt, als im Prozeß der Rechtsgewinnung Wertungsfragen Relevanz erlangen, die sich nach Maßgabe der im Rechtssystem vorgegebenen Prämissen nicht eindeutig beurteilen lassen. Die Bewältigung entsprechender Wertungsprobleme erfordere daher ein Verfahren, das neuen, im System nicht vorgesehenen Argumenten Raum gibt, die im Falle überzogener Systemerwartungen übersehen oder unterschlagen zu werden drohten³²⁴. Entgegen *Viehweg* ergebe sich aber als notwendige Konsequenz dieser Anerkennung topischer Elemente innerhalb des juristischen Denkens nicht etwa die Verabschiedung einer als Systemdenken verstandenen Jurisprudenz, sondern vielmehr die Entwicklung eines der Jurisprudenz *adäquaten Systembegriffs*. Hierfür kommt es *Kriele* zufolge maßgeblich darauf an, sich von dem „Vorurteil, ein System könne vollständig und endgültig sein“, zu befreien und statt dessen von der „Offenheit“ des Systems auszugehen, also der Zulässigkeit einer „ständige(n) Korrektur, Erweiterung und Modifikation“ des Systems³²⁵. Ausgehend von einem solch „offenen“ Systembegriff gelangt man laut *Kriele* zu einer Deutung des juristischen Denkens als Systemdenken, das sich seiner eigenen Unzulänglichkeiten bewußt und daher auch in der Lage sei, Problemverkürzungen zu vermeiden. Gleichzeitig könne ein solches Verständnis des juristischen Denkens als Denken im „offenen“ System aber auch dem Umstand Rechnung tragen, daß - ungeachtet aller Ergänzungsbedürftigkeit des juristischen Systems durch topisch-problemorientierte Elemente - der Systembezug ein für die Jurisprudenz konstituierendes Merkmal bilde³²⁶.

Demzufolge wäre die differenzierende Begriffsbildung *Viehwegs* sowie dessen Einordnung der Jurisprudenz insgesamt als Problemdenken (im weiteren Sinne) als einseitige und unnötige Überzeichnung zu betrachten. Zugunsten einer solchen Sichtweise - verstanden als konstruktiver Kritik an *Viehweg*, die dessen Hinweis auf die erforderliche Problemoffenheit des juristischen Denkens aufnimmt, ohne diese jedoch zu verabsolutieren - scheinen

³²² *Kramer*, *RabelsZ* 33 (1969), S. 3, beklagt die fehlende „Bereitschaft zum einfühlenden Kompromiß“ der Kritiker *Viehwegs*. Abfällig zu Kooperationsstendenzen *Müller/Christensen*, *Juristische Methodik*, Rn. 112.

³²³ *Kriele*, *Rechtsgewinnung*, S. 122, unter Berufung auf *F. Schulz*, *History of Roman Legal Science*, Oxford 1946, S. 69. Von einem „offenen System“ spricht auch schon *Esser*, *Grundsatz und Norm*, S. 44, 239. Dazu ferner *Canaris*, *Systemdenken*, S. 61 ff.; *Larenz*, *Methodenlehre*, 6. Aufl., S. 165 ff., jeweils m.w.N.

³²⁴ Im übrigen meint *Kriele*, *Rechtsgewinnung*, S. 153 ff., daß die Topik die für die Methodenlehre entscheidende Frage, nämlich nach welchen Rationalitätskriterien die topisch entwickelten Problemlösungsvorschläge zu beurteilen sind, nicht beantworten kann, und daher als Gesamtkonzeption unzureichend bleibt.

³²⁵ *Kriele*, *Rechtsgewinnung*, S. 150 These Nr. 4 sowie S. 121 f, 145.

³²⁶ *Kriele*, *Rechtsgewinnung*, S. 121.

sich auf den erst Blick zwei Gesichtspunkte ins Feld führen zu lassen. So kann zum einen nicht außer Betracht bleiben, daß sich auch fünfzig Jahre nach dem Erscheinen von „Topik und Jurisprudenz“ die Charakterisierung des juristischen Denkens als Problemdenken nicht einmal ansatzweise hat durchsetzen können, womit als offensichtlich gelten darf, daß der Systembezug des Fachs zumindest für das Selbstverständnis der Juristen ein konstituierendes Merkmal bildet. Zum anderen muß darauf hingewiesen werden, daß *Viehweg* in einem alsbald nach der Veröffentlichung von *Krieles* Kritik herausgegebenen Aufsatz³²⁷ selbst ausdrücklich vom Vorliegen eines „topischen“ oder „offenen“ Systems im Bereich des Rechts spricht³²⁸. Indes läßt sich bei genauerer Betrachtung der skizzierten Konzeption eines „offenen“ Systemdenkens im Sinne *Krieles* zeigen, daß diese im Verhältnis zum Ansatz *Viehwegs* über eine terminologische Kritik mit leichter Akzentverschiebung deutlich hinausgeht. Vielmehr läuft der Ansatz *Krieles* auf die Beseitigung des von *Viehweg* hergestellten Zusammenhangs zwischen Systemdenken und Eindeutigkeitsanspruch hinaus, und das heißt zugleich, auf die Einschmelzung der von *Viehweg* gerade intendierten Unterscheidbarkeit zwischen Problem- und Systemdenken im Begriff des „offenen Systems“.

Um dies zu demonstrieren, bedarf zunächst *Krieles* Hinweis auf das „Vorurteil, ein System könne vollständig und endgültig sein“, einer Klarstellung. *Kriele* scheint hier zu übersehen, daß mit der *Vollständigkeit* und der *Endgültigkeit* eines Systems zwei ganz unterschiedliche Aspekte angesprochen werden. Bei der Vollständigkeit handelt es sich um ein Gebot der Logik, das es bei der Errichtung eines axiomatischen Deduktivsystems zu beachten gilt, denn insoweit ist die Vollständigkeit, Verträglichkeit und Unabhängigkeit der dem System zugrunde liegenden Axiome zu verlangen³²⁹. Dagegen weist die Frage nach der Endgültigkeit eines Systems über die Frage nach dessen logischer Konsistenz hinaus auf die davon unabhängige Frage, ob sich der einer wissenschaftlichen Disziplin zugrunde liegende Problembereich in einem System abschließend erfassen und verarbeiten läßt³³⁰.

³²⁷ *Viehweg*, Systemprobleme in Rechtsdogmatik und Rechtsforschung (1968), in: *ders.*, Rechtsphilosophie und Rhetorische Rechtstheorie, Baden-Baden 1995, S. 97 ff. (106).

³²⁸ Heftige Kritik daran bei *Canaris*, Systemdenken, insbes. S. 135 Fn. 1a.

³²⁹ In diesem Sinne skizziert *Viehweg*, Topik, S. 82 f., die an eine deduktive Systematisierung eines bestimmten Problemstoffes zu stellenden Anforderungen im Anschluß an *D.Hilbert/W.Ackermann*, Grundzüge der theoretischen Logik, 3. Aufl. 1949. Zwar ist anzumerken, daß nach Erkenntnissen der modernen Logik ein System von gewisser Aussagekraft niemals Vollständigkeit erreichen kann (1. *Gödelscher* Unvollständigkeitssatz). Im vorliegenden Zusammenhang kann das aber außer Betracht bleiben, zumal auch nicht ersichtlich ist, daß *Kriele* diese Problematik im Auge hat.

³³⁰ Vgl. dazu *Kriele*, Rechtsgewinnung, S. 121, der unter Berufung auf *Hartmann* hervorhebt, daß die „vollständige Bildung“ eines Systems nur für einen unendlichen Verstand möglich sei, „der alle Problemlinien bis in ihre entferntesten Konsequenzen überschauen könnte“. Damit sei klargestellt, daß Systeme immer als bloße *Systementwürfe* zu verstehen seien. Die Unfertigkeit juristischer Systeme als Mangel aufzufassen, sei folglich ebenso abwegig, wie den Juristen das Fehlen eines unendlichen Verstandes vorwerfen zu wollen.

Betrachtet man den wissenschaftlichen Fortschritt als prinzipiell unlimitierten Prozeß, so liegt auf der Hand, daß in keinem Wissensbereich der Anspruch erhoben werden kann, ein *endgültiges* System errichtet zu haben. Ein endgültiges System müßte für seinen Bereich *alle* Probleme beantwortet haben, so daß das Spannungsverhältnis von System- und Problemendenken aufgelöst wäre. Während also die Vollständigkeit eines Systems keineswegs als ein von vornherein abwegiges Systemerfordernis erscheint, erweist sich die Vorstellung von der Endgültigkeit eines Systems tatsächlich als utopisch oder „vorurteilshaft“. Es ist deshalb im Hinblick auf den Ansatz *Viehwegs* hervorzuheben, daß *Viehweg* seinen Systembegriff in „Topik und Jurisprudenz“ vom Leitbild des logisch perfekten und also vollständigen Deduktivsystems her konzipiert, aber an keiner Stelle von der Endgültigkeit eines zu errichtenden Systems ausgeht.

Nach dieser Klarstellung und unter Berücksichtigung des Befundes, daß *Viehwegs* Unterscheidung zweier gedanklicher Richtungen bei der Problemlösung als Problem- und Systemdenken (im engeren Sinne) nicht deckungsgleich ist mit der *Anwendung* dieser Unterscheidung zur Charakterisierung der in bestimmten Wissensbereichen anzutreffenden Denkweisen (als Problem- bzw. Systemdenken im weiteren Sinne), erweisen sich *Krieles* eigene Ausführungen im Verhältnis zum Ansatz *Viehwegs* als irreleitend und ungenau:

Irreleitend ist es, die „Offenheit“ des Systems als notwendiges Merkmal einer jeden Denkweise zu betonen, da die Korrektur- und Ergänzungsmöglichkeit eines bestehenden Systems innerhalb jeder Disziplin gewährleistet sein müsse. Insoweit hebt *Kriele* lediglich noch einmal hervor, was *Viehweg* ohnehin voraussetzt, nämlich daß system- und problemorientierte Denkprozesse grundsätzlich innerhalb *jeder* Denkweise ineinandergreifen und aufeinander verwiesen bleiben. Wie oben im Hinblick auf die *Verkürzungsthese* bereits dargelegt, impliziert gemäß *Viehweg* die Einordnung einer Denkweise insgesamt als Systemdenken (im weiteren Sinne) keineswegs den Ausschluß von Korrekturen oder Ergänzungen des einmal errichteten Systems - wie auch umgekehrt die Einordnung als Problemdenken nicht jede Systembildung ausschließt. Danach gilt, daß auch eine insgesamt als Systemdenken (im weiteren Sinne) zu qualifizierende Denkweise eben deshalb, weil sich das deduktiv verfahrenende Systemdenken (im engeren Sinne) nicht etwa von selbst im Bedarfsfall „öffnen“ und seine Selektivität suspendieren kann, sondern die Beantwortung einer neuen Problemstellung im Wege der Systemmodifikation oder -ergänzung immer erst durch das Problemendenken (im engeren Sinne) induziert werden muß, nur als „Gemengela-

ge“ beider Denkrichtungen aufgefaßt werden kann.

Über diesen Befund hinausgehend richtet sich aber *Viehwegs* Interesse darauf, *wie genau* sich dieses Zusammenspiel problem- und systemorientierter Anteile innerhalb verschiedener Denkweisen gestaltet. Denn während die Wechselwirkung beider Denkrichtungen innerhalb mancher Denkweisen zur Errichtung immer umfangreicherer und exakter deduktiver Systeme führt, schreitet dieser Systematisierungsprozeß innerhalb anderer Denkweisen niemals so weit voran, daß die Gewinnung eindeutiger und zwingender Ergebnisse im Wege der Kettendeduktion möglich würde. *Viehweg* folgend muß mithin die entscheidende Anschlußfrage lauten, wie sich diese Strukturunterschiede erklären lassen, d.h. *ob und warum* innerhalb einer jeweiligen Denkweise gerade dem Problem- oder dem Systemdenken (im engeren Sinne) eine *führende Funktion und Bedeutung* zukommt. Nur wenn sich eine solche Funktions- und Bedeutungsverschiedenheit begründen läßt, kann eine Charakterisierung dieser Denkweise *insgesamt* als Problem- oder Systemdenken (im weiteren Sinne) erfolgen, und nur dann läßt sich eine entsprechende Charakterisierung auch für einen Vergleich dieser Denkweise mit der Struktur der in anderen Bereichen anzutreffenden Denkweisen fruchtbar machen.

Kriele dagegen stellt sich diese Anschlußfrage nicht. Er ignoriert, daß die „Offenheit“ einer Denkweise eine ganz unterschiedliche Dynamik entfalten kann, nämlich entweder als Motor eines zunehmend voranschreitenden Systematisierungsprozesses, da erst die Korrektur- und Ergänzungsfähigkeit des jeweiligen Systems dessen ständige Vergrößerung und Präzisierung ermöglicht, oder aber als Bremse eines solchen Prozesses, da die ständigen Modifikationen und Korrekturen eine durchgängige deduktive Systematisierung des Problemstoffes verhindern. Ganz im Gegenteil suggeriert *Kriele* unzutreffend, daß die Bereitschaft zur Korrektur und Ergänzung bestehender Systeme innerhalb einer „offenen“ Denkweise, die er der Endlichkeit des menschlichen Verstandes und damit der Unerreichbarkeit endgültiger Systeme geschuldet sieht, zugleich auch die Frage nach der Erreichbarkeit logisch perfekter und insoweit „geschlossener“ Systeme obsolet mache. Auf diese Weise blendet er genau den Aspekt aus, der bei *Viehweg* den entscheidenden Anknüpfungspunkt für die Einordnung einer Denkweise insgesamt als Problem- oder Systemdenken liefert, nämlich ob sich darin der Anspruch auf die Ableitbarkeit eindeutiger und exakter Ergebnisse aus dem jeweiligen System sinnvollerweise erheben und einlösen läßt oder nicht.

Darin erweist sich die Ungenauigkeit des Ansatzes *Krieles*, aufgrund derer zugleich auch *Krieles* eigene Kennzeichnung der Jurisprudenz als („offenes“) Systemdenken als bloße Etikettierung erscheint: Zwar schließt tatsächlich nicht schon die „Offenheit“ des juristischen Denkens, also das grundsätzlich innerhalb *jeder* Denkweise anzutreffende Zusammenspiel problem- und systemorientierter Denkprozesse, deren Charakterisierung als Systemdenken (im weiteren Sinne) aus. Dies ist aber nicht hinreichend, um eine Einordnung als Systemdenken positiv zu begründen, dafür bedürfte es vielmehr der Angabe eines Kriteriums, anhand dessen sich die spezifische Bedeutung gerade der systemorientierten Anteile bemessen läßt. Sollte dagegen das bloße Vorliegen irgendeines Systementwurfs - und sei er noch so unzulänglich - zur Einordnung einer Denkweise als Systemdenken genügen, wäre die Konsequenz, daß jede Denkweise, die immerhin *auch* deduktiv-systemorientierte Anteile aufweist - also *jede* Denkweise - als „offenes“ Systemdenken zu qualifizieren und der Begriff des Systemdenkens entwertet wäre³³¹. Mithin ist es nicht die Begriffsbildung *Viehwegs*, die sich als überflüssig bzw. unzweckmäßig erweist, sondern *Krieles* Begriff des „offenen Systems“, der als Charakteristikum einer Denkweise ohne Relevanz bleibt, weil er über die spezifische Funktion und Bedeutung der Anteile problem- bzw. systemorientierten Denkens innerhalb einer Denkweise und damit auch über die unterschiedliche Struktur verschiedener Denkweisen nichts auszusagen vermag. Entsprechend bleibt auch *Krieles* Kritik an *Viehweg*, wonach dieser das Gewicht des Systemdenkens in der Jurisprudenz zu gering veranschlage, ohne hinreichende Fundierung, weil *Kriele* es versäumt, insoweit eigene Gewichtungskriterien anzugeben. Insgesamt kann daher *Krieles* Versuch, die *viehwegsche* Kennzeichnung der Jurisprudenz als Problemdenken (im weiteren Sinne) zu widerlegen, indem er den spezifischen Problembezug des juristischen Denkens - den *Viehweg* auch in späteren Schriften nie relativiert hat - auf den Aspekt der „Systemoffenheit“ reduziert, nicht überzeugen.

d) Bestätigung der *viehwegschen* Begriffsbildung im Sinne der *Annäherungsthese*

Das bei *Kriele* gerade fehlende Differenzierungskriterium dafür, ob eine Denkweise - unbeschadet der darin anzutreffenden Gemengelage beider Denkrichtungen - insgesamt als Problem- oder als Systemdenken einzuordnen ist, bildet bei *Viehweg* gemäß der hier ver-

³³¹ Vgl. *Kriele*, Rechtsgewinnung, S. 149 f. (These Nr. 3, 4): *Kriele* nimmt an, daß sich die Einordnung der Jurisprudenz als „topisches“ oder „aporetisches“ Denken in der Forderung nach „Systemoffenheit“ erschöpfe und diese „Systemoffenheit“ zur Vermeidung von Problemverkürzungen ausreiche. Demgemäß sieht *Kriele* zwar einen Unterschied zwischen „offenem“ und „geschlossenem“ Systemdenken, aber der Begriff des Problemdenkens bleibt ihm rätselhaft.

tretenen Deutung der *Eindeutigkeitsanspruch*. Zwar verweist *Viehweg* zur Bestimmung der *führenden Rolle*, die innerhalb einer Denkweise dem problem- oder systemorientierten Anteil zukommt, zunächst auf die in dieser Denkweise anzutreffende Begründungsstruktur: So lassen sich dort, wo topisch verfahrenes Problemdenken vorherrscht, neben zahlreichen Analogieschlüssen eine Vielzahl kurzer Ableitungszusammenhänge oder Kleinstsysteme finden; dort, wo das Systemdenken vorherrscht, dagegen lange Kettendeduktionen³³². Anhand dieser Begründungsstruktur kann aber nur eine ungefähre quantitativ-beschreibende Angabe darüber getroffen werden, welcher Anteil überwiegt, weswegen ihr eine nur indizielle Bedeutung zukommt. So findet das Problemdenken (im engeren Sinne) etwa innerhalb junger Disziplinen naturgemäß mehr Raum als innerhalb solcher, in denen sich bereits über lange Zeiträume umfangreiche Systeme haben entwickeln können. Inwiefern dagegen das Kriterium des Eindeutigkeitsanspruchs im Sinne der oben formulierten *Annäherungsthese* über die bloße Deskription hinausgeht, gilt es nunmehr zu zeigen.

Wie dargelegt kennzeichnet sich nach *Viehweg* das Systemdenken (im engeren Sinne) durch seine Selektivität und die Ausrichtung auf eindeutig- zwingende Problemlösungen. Dieser Anspruch auf Eindeutigkeit kann innerhalb einer Denkweise insgesamt nur durch die Errichtung möglichst umfassender und exakter Deduktivsysteme eingelöst werden. Denn nur eine zunehmende Präzisierung erlaubt es, den Einfluß inventiv-topischer Elemente im Lösungsprozeß kontrollierbar zu machen und jedenfalls partiell auszuschalten. Darum ergibt sich nach der *Annäherungsthese* als Einordnungskriterium für eine insgesamt als Systemdenken zu charakterisierenden Denkweise, daß sie eine exakte und möglichst umfassende Systembildung anstrebt und sich dabei dem *Ziel der eindeutigen und zwingenden Lösbarkeit* aller der den jeweiligen Problembereich betreffenden Fragestellungen *wenigstens annähern* kann. Diese Qualifikation einer Denkweise als Systemdenken richtet sich mithin weder nach dem Selbstverständnis einer Denkweise, noch zielt sie auf eine - praktisch wohl kaum realisierbare - Bestimmung des genauen quantitativen Anteils der systemorientierten Denkprozesse: Maßgeblich ist vielmehr die *Funktion* des Systemdenkens, innerhalb einer Denkweise zu eindeutigen und zwingenden Problemlösungen hinzuführen.

Diese Deutung des Systemdenkens im Sinne der dargelegten *Annäherungsthese* scheint geeignet, die Fehldeutungen des Ansatzes *Viehwegs* zu vermeiden. So macht die Formulie-

³³² Vgl. *Viehweg*, *Topik*, S. 40.

zung der *Annäherungsthese* deutlich, daß es sich bei einer Denkweise grundsätzlich nicht um etwas Statisches handelt, sondern daß damit ein komplexer Prozeß gemeint ist, innerhalb dessen das Wechselspiel von System- und Problemendenken (im engeren Sinne) eine spezifische Dynamik entfaltet. Zugleich wird klargestellt, daß die Errichtung eines möglichst umfassenden, logisch perfekten deduktiven Systems als Leitbild des Systemdenkens fungiert³³³, ohne daß allerdings die Gewinnung eines logisch „geschlossenen“ Systems zugleich den Verlust der „Offenheit“ des Denkens implizieren würde. Wie bereits festgestellt, stehen Eindeutigkeitsanspruch und „Offenheit“ einer insgesamt als Systemdenken zu qualifizierende Denkweise also durchaus nicht im Widerspruch zueinander. Der Rückgriff auf inventive Verfahren, der erforderlich wird, wenn neue Problemgehalte auftauchen und sich das Erfordernis von Systemerweiterungen oder -korrekturen ergibt, steht nämlich der Gewinnung exakter und eindeutiger Ergebnisse dann nicht im Wege, wenn auch diese *Erweiterungen und Korrekturen selbst dem Maßstab der Exaktheit* unterliegen.

Anders formuliert: Bedingung für die Einlösbarkeit des Eindeutigkeitsanspruchs und damit für die Kennzeichnung einer Denkweise insgesamt als Systemdenken ist, daß sich darin das jeweils in Bezug genommene System logisch exakt formulieren und ändern läßt. Innerhalb einer insgesamt als Systemdenken zu einzuordnenden Denkweise manifestiert sich folglich die „Offenheit“ - also die Korrektur- und Ergänzungsfähigkeit - des bestehenden Systems nicht in dessen Ungenauigkeit, sondern in der Möglichkeit, das bisherige System durch ein korrigiertes oder erweitertes Nachfolgesystem zu ersetzen. Bei einer als Systemdenken zu qualifizierenden Denkweise führen Modifikationen und Ergänzungen des Systems deshalb dazu, daß innerhalb der betreffenden Denkweise der *Anteil des Systemdenkens zunimmt* und aus dem nunmehr verbesserten System mehr und genauere Problemlösungen abgeleitet, d.h. ohne Hinzunahme systemfremder Gesichtspunkte gelöst werden können. Veränderungen dürfen dabei bisherige Prämissen oder Operationsregeln revidieren, aber im Resultat nicht zu einer Verminderung der logischen Stringenz und Exaktheit des Systems führen. Insofern müssen sich Systemmodifikationen darauf richten, nicht nur die die Änderung veranlassende Problemstellung zu beantworten, sondern das bisherige System insgesamt abzulösen und in seiner neuen Gestalt zur Grundlage auch aller weiteren Problemlösungen im jeweiligen Wissensbereich zu werden³³⁴, so daß eine Pluralität

³³³ Entgegen *Kriele* ist damit also die Errichtung eines formalisierten axiomatischen System nicht als Sonderfall, sondern als idealtypischer Fall der Systembildung zu erachten. Vgl. auch *Viehweg*, *Topik*, S. 44, wonach aus logischer Perspektive *jede* Wissenschaft ein entsprechendes System anstreben muß.

³³⁴ S. dazu für den Bereich der Physik *Feynman*, *QED. The Strange Theory of Light and Matter*, Princeton 1988, S. 3 ff.

gleichberechtigter Systeme vermieden wird³³⁵.

Einhergehend mit dem Gebot der Exaktheit oder der „systemerhaltenden Kontinuität“, dem Systemkorrekturen und -erweiterungen innerhalb einer insgesamt als Systemdenken zu charakterisierenden Denkweise zu unterwerfen sind, ergibt sich ein weiterer Gesichtspunkt: Die vorzunehmenden Modifikationen eines bisherigen Systems müssen *explizit* erfolgen. Die Beantwortung einer neuartigen Problemstellung setzt voraus, daß explizit ein neues System formuliert wird, welches es im Anschluß ermöglicht, die Lösung eindeutig und zwingend zu deduzieren. Insofern beruht der wenigstens partiell und zeitweise zu erreichende Ausschluß topisch-inventiver Elemente und damit deren Kontrollierbarkeit innerhalb einer als Systemdenken zu kennzeichnenden Denkweise darauf, daß sich das Zusammenspiel problem- und systemorientierten Denkens zunehmend genauer als *unterscheidbare Prozesse* der inventiven Systemveränderung einerseits und der deduktiven Systemanwendung andererseits rekonstruieren läßt.

Dagegen sind Systemmodifikationen und Systemanwendungen innerhalb einer als Problemendenken einzuordnenden Denkweise wie etwa der Jurisprudenz regelmäßig miteinander verschmolzen: Die Lösung einer neuen Problemstellung setzt dort also nicht notwendig eine Gesetzesänderung voraus, sondern erfolgt im Wege der wechselseitigen Interpretation von System und Problem, wobei das System eine implizite Anreicherung erfährt. Da das System dabei äußerlich unverändert bleibt, bleiben auch Art und Ausmaß einer solchen Anreicherung sowie das logische Gewicht der gewonnenen Lösung unbestimmt.

Die Begriffsbildung *Viehwegs*, wonach eine Denkweise nur dann als Systemdenken (im weiteren Sinne) zu charakterisieren ist, wenn sie eine exakte und möglichst umfassende Systembildung anstrebt und sich damit dem *Ziel der eindeutigen und zwingenden Lösbarkeit* aller der den jeweiligen Problembereich betreffenden Fragestellungen *wenigstens annähern* kann, erweist sich demnach als ebenso zweckmäßig wie schlüssig. *Viehwegs* Ansatz bewährt sich gerade auch unter dem Gesichtspunkt der „Offenheit“ einer Denkweise, weil er zu verdeutlichen geeignet ist, daß sich „Offenheit“ innerhalb von insgesamt als Systemdenken zu kennzeichnenden Denkweisen anders darstellt als innerhalb von Denk-

³³⁵ Hier ist zweierlei zu beachten: Zum einen geht es bei der Vermeidung gleichberechtigter Systeme selbstverständlich um solche, die innerhalb einer Disziplin dieselbe Problemstellung zu lösen beanspruchen. Ausgeschlossen ist ferner nicht, daß zur Lösung einer Problemstellung (zunächst) zwei einander widersprechende Systeme als Erklärungsmodelle miteinander konkurrieren: dann ist ein Modell falsch, nicht sind beide „vertretbar“.

weisen, die als Problemdenken zu charakterisieren sind: Im Systemdenken (im weiteren Sinne) endet die „Offenheit“ zugunsten einer systemerhaltenden Selektivität dort, wo sich eine bestimmte Problemstellung (noch) nicht konsistent lösen und in einem expliziten Folgesystem verarbeiten läßt - solche Problemstellungen bleiben abzuweisen. Innerhalb einer als Problemdenken zu kennzeichnenden Denkweise dagegen, die sich dem Maßstab der Exaktheit von vornherein entzieht, meint „Offenheit“ die nicht zu beseitigende Unterterminiertheit des in Bezug genommenen Systems. Die daraus resultierende Gleichzeitigkeit inventiver und deduktiver Elemente begründet demzufolge den entscheidenden Strukturunterschied gegenüber insgesamt als Systemdenken zu charakterisierenden Denkweisen. Wenn *Viehweg* also als Kriterium des Problemdenkens im weiteren Sinne die *latente Wirksamkeit* der Topik ansieht, die sich innerhalb einer Denkweise entfaltet und damit den Anspruch auf Eindeutigkeit im Sinne der *Annäherungsthese* illusorisch macht, so geht es nicht nur um die Möglichkeit von Systemkorrekturen oder -erweiterungen, sondern darum, daß sich solche darin *permanent und jenseits klarer Steuerungsmechanismen vollziehen*.

Es ist daher festzuhalten, daß zwischen *Viehwegs* Rekonstruktion des juristischen Denkens als Problemdenken (im weiteren Sinne) und Ansätzen, wonach die Bedeutung topisch-problemorientierter Elemente in der Jurisprudenz zwar nicht gänzlich zu leugnen, aber doch auf die Erfüllung mehr oder minder scharf abgegrenzter Ergänzungsfunktionen zu beschränken sei, ein grundlegender Gegensatz besteht. Dies gilt auch für die Konzeption *Krieles*, der zwar die Kompatibilität problem- und systemorientierten Denkens im „offenen System“ proklamiert, sich aber der Einsicht in das tatsächliche Ausmaß ihrer Verbundenheit in der Jurisprudenz verschließt. Diese Zusammenhänge sollten ungeachtet dessen, ob und welche Konsequenzen für das juristische Selbstverständnis und den juristischen Sprachgebrauch sich daraus letztlich ergeben, nicht verdunkelt werden.

Vor diesem Hintergrund gilt es nun einen weiteren Aspekt zu betrachten, nämlich die Stellung, die der Bezugnahme *Viehwegs* auf den Begriff des „aporetischen“ Denkens innerhalb seines Ansatzes zukommt. Daß sich diese Bezugnahme auf Grundlage des dargelegten Verständnisses der Unterscheidung zwischen Problem- und Systemdenken in die Konzeption *Viehwegs* schlüssig und sinnvoll einfügt, soll im folgenden Abschnitt erläutert werden.

IV. Problembezug und Systemfunktion

1. Zur Angemessenheit einer Denkweise an ihren Gegenstand

a) Aporie-Begriff und Gegenstandsbezug des Denkens nach *Viehweg*

Ausweislich der bisherigen Ausführungen ist *Viehweg* darin zu folgen, daß sich die in verschiedenen Problem- bzw. Wissensbereichen anzutreffenden Denkweisen strukturell danach unterscheiden und als Problem- bzw. Systemdenken (im weiteren Sinne) einordnen lassen, ob darin dem topisch-problemorientierten oder dem deduktiv-systemorientierten Denken die führende Rolle zukommt. Eine solche Einordnung aber weist über eine rekonstruierende Beschreibung der Strukturunterschiede, also über die Frage nach dem „wie“, hinaus auf die Frage nach dem „warum“, also nach dem Grund dafür, daß sich innerhalb bestimmter Denkweisen eindeutige und exakte Lösungen im Wege einer fortschreitenden deduktiven Systematisierung des zugrunde liegenden Problemstoffes gewinnen lassen, während entsprechende Systematisierungsbemühungen innerhalb anderer Denkweisen schon bald an unhintergehbare Grenzen stoßen. Die Antwort dafür liegt ersichtlich im ebenso schlichten wie fruchtbaren Leitgedanken *Viehwegs*, wonach eine Denkweise ihrem *jeweiligen Gegenstand angemessen sein muß* und also nicht genauer sein kann als der diese Denkweise konstituierende Problem- oder Gegenstandsbereich selbst³³⁶: Der Charakter einer Denkweise erklärt sich durch den Charakter der Fragestellung, die den Gegenstandsbereich dieser Denkweise konstituiert, und die spezifische Mittel ihrer Erledigung fordern³³⁷.

Vor diesem Hintergrund wird *Viehwegs* Bezugnahme auf den Begriff der „Aporie“ plausibel. Unter einer Aporie versteht *Viehweg* eine „Weglosigkeit“, eine „aufgedrungene und unausweichliche Frage“, die Ausdruck einer „nicht zu beseitigende(n) Problemsituation“ bildet³³⁸. Aporetische Fragestellungen kennzeichnen sich also einerseits durch ihre Unaus-

³³⁶ Völlig verkannt von *Ratschow*, Rechtswissenschaft und formale Logik, Baden-Baden 1998, S. 83 f., der *Viehweg* kritisiert, weil dieser „dem Unternehmen der Logifizierung des Rechts generell die Adäquanz“ abspreche, selbst aber nicht plausibel machen kann, was mit dem „Projekt der Logikanwendung“ zu gewinnen sei.

³³⁷ *Viehweg*, Topik, S. 97, zitiert hier *Max Weber*, Schriften der dt. Gesellschaft für Soziologie, Bd. I (1911), S. 267: „Wir werden meines Erachtens ganz allgemein davon auszugehen haben, daß Wissenschaften und das, womit sie sich beschäftigen, dadurch entstehen, daß Probleme bestimmter Art auftauchen und spezifische Mittel ihrer Erledigung postulieren“.

³³⁸ *Viehweg*, Topik, S. 31 sowie S. 96 f. Es sind dies Fragestellungen, die gemäß der *aristotelischen* Begrifflichkeit in den Bereich der Dialektik verweisen.

weichlichkeit sowie andererseits dadurch, daß sie sich einer zweifelsfreien Beantwortung entziehen und deshalb „nie ganz ihren Problemcharakter (...) verlieren“³³⁹. Dabei resultiert die Unausweichlichkeit aporetischer Fragestellungen gemäß *Viehweg* offenbar daraus, daß sie aus dem „Bereich der menschlichen Handlung“ erwachsen³⁴⁰, daß also menschliches Handeln entsprechende Fragestellungen ebenso unausweichlich aufwirft wie es ihre Beantwortung verlangt. Gleichzeitig vermögen die einmal gefundenen Antworten die „Weglosigkeit“ letztlich nicht zu beseitigen, weil in diesem Bereich weder eine theoretische Verifizierung noch eine empirische Bestätigung die Dignität sachhaltiger Antworten gewährleisten kann. Die Ursache dafür, daß sich innerhalb bestimmter Denkweisen ein fester Bestand sowohl sachhaltiger als auch gesicherter letzter Prämissen nicht gewinnen läßt und es damit am Fundament fehlt, auf dem sich sinnvoll umfassende und exakte Systeme errichten ließen³⁴¹, liegt mithin im aporetischen Charakter der den jeweiligen Problembereich konstituierenden Fragestellung. Deshalb bildet der latente Einfluß der Topik dort eine unverzichtbare Voraussetzung nicht nur dafür, Prämissen zu finden und eine Verständigung über konkrete Problemlagen herbeizuführen, sondern auch dafür, einmal gewonnene Prämissen durch Interpretation immer wieder neu zu verwenden und ihnen eben dadurch dauerhafte Relevanz zu sichern. Eben deshalb läßt sich auch der Anspruch auf Eindeutigkeit und Exaktheit im Sinne der *Annäherungsthese* nicht realisieren und sinnvollerweise nicht einmal anstreben³⁴². Es liegt also auf der Hand, daß sich die *viehwegsche* Unterscheidung zwischen Problem- und Systemdenken letztlich nur von ihrem *Gegenstandsbezug* her angemessen verstehen läßt.

Der Zusammenhang zwischen dem Gegenstand einer Denkweise und ihrer Struktur ist es auch, der erklärt, warum sich *Viehwegs* sowohl für *Aristoteles* als auch für *Hartmann* interessiert. Wenn *Viehweg* die Topik als Techne des Problem Denkens bezeichnet, dann deshalb, weil er sie als Verfahren begreift, das im Bereich aporetischer Fragen, wo ein Rückgriff auf gesichertes Wissen und darauf aufbauende Systeme nicht in Betracht kommt, eine umfassende Würdigung und plausible Lösung konkreter Problemlagen ermöglicht. In diesem Sinne verleiht er der Formulierung von *Aristoteles*, die Topik ver helfe dazu, „über

³³⁹ *Viehweg*, Topik, S. 38.

³⁴⁰ Vgl. *Viehweg*, Topik, S. 97.

³⁴¹ *Viehweg*, Topik, S. 97: „(W)ährend die eine Disziplin sichere und für ihr Gebiet wirklich ergiebige sachhaltige Basissätze finden kann und deshalb systematisierbar ist, erweist sich die andere als unsystematisierbar, weil sich auf ihrem Gebiete keine Basissätze finden lassen, die sowohl gesichert als auch sachhaltig ergiebig wären. Liegt dieser Fall vor, ist nur Problemerkörterung möglich“.

³⁴² Somit erhält die Logik „im entscheidenden Augenblick immer wieder den zweiten Platz angewiesen“, *Viehweg*, Topik, S. 91.

jedes aufgestellte Problem aus meinungsmäßigen Sätzen Schlüsse bilden“ zu können³⁴³, eine neue Akzentuierung, indem er selbst von derjenigen denkerischen Techne spricht, „die sich am Problem orientiert“³⁴⁴. Er leitet damit von *Aristoteles* zu der Unterscheidung zwischen Problem- und Systemdenken über, die in der *aristotelischen* Konzeption nicht vorkommt, und greift die *hartmannsche* Gegenüberstellung von „aporetischer“ und „systematischer“ Denkweise³⁴⁵ auf, in der wiederum eine Bezugnahme auf die Topik nicht vorkommt. Damit nimmt sich *Viehweg* bewußt die Freiheit heraus, den Überlegungen der von ihm zitierten Autoren eine eigenständige Wendung zu geben. Anknüpfungspunkt hierfür bildet das verbindende Element in den Konzeptionen *Aristoteles'* und *Hartmanns*, das unabhängig von den im übrigen divergierenden Implikationen beider Ansätze hervorsteht: *Aristoteles* sucht mit der Topik ein gedankliches Verfahren zu entwickeln, das im Bereich *dialektischer* Fragestellungen zu plausiblen Ergebnissen verhilft. *Hartmanns* Forderung nach „Problemoffenheit“ zielt in Abgrenzung zum „systematischen“ Denken auf die Charakterisierung einer Denkweise, die zu einer angemessenen Behandlung *aporetischer* Fragestellungen verhilft. Insoweit behauptet *Viehweg* natürlich nicht, daß *Aristoteles* mit dem topischen Verfahren im Bereich der Dialektik nichts anderes beschreibe als *Hartmann* mit dem „problemoffenen“ Denken im Bereich aporetischer Fragen, sondern er sucht Parallelen als Grundlage für seine eigene Konzeption: Wird danach der Problem- bzw. Gegenstandsbereich einer Denkweise durch eine aporetische Fragestellung konstituiert, so *bewirkt und erfordert* dies, daß topisch-inventiven Denkprozessen darin bei der Problemlösung eine führende Rolle zukommt und sich somit insgesamt eine Charakterisierung als Problemdenken (im weiteren Sinne) ergibt³⁴⁶.

b) Konfundierung von Aporetik und Topik? Zur Gleichsetzungsthese

Kontrastierend dazu gilt es nun die Kritik an *Viehweg* zu betrachten, die oben als *Gleichsetzungsthese* gekennzeichnet wurde und an deren eingangs bereits zitierte Formulierung durch *Kriele* hier noch einmal zu erinnern ist: Demnach ist bei „*Viehweg* (...) ‚topisches‘ Denken identisch mit ‚aporetischem‘ Denken und Gegenbegriff zu ‚Systemdenken‘ im Sinne Nicolai *Hartmanns*. Das ist eine Gegenüberstellung, die den klassischen Vertretern der Topik noch fern lag und deren Zweckmäßigkeit auch heute noch der Diskussion be-

³⁴³ *Viehweg*, Topik, S. 21 unter Zitierung von *Aristoteles*, Top I. 9. 1. 3.

³⁴⁴ *Viehweg*, Topik, S. 31.

³⁴⁵ *Hartmann*, Diesseits von Idealismus und Realismus, S. 160 ff, insbes. S. 163 f.

³⁴⁶ Vgl. auch *Coing*, ARSP 41 (1954/55), 439: *Viehweg* zeige, „daß die antike Topik der methodische Ausdruck des Problem Denkens ist“.

darf“³⁴⁷. Die hier behauptete Gleichsetzung von „Topik“ und „Aporetik“ macht *Kriele* an der *viehwegschen* Kennzeichnung der Topik als *Techne des Problemdenkens* fest. Zur Begründung seiner Bedenken führt *Kriele* aus, daß *Viehwegs* Feststellung, die Topik diene der Lösung von „Problemen“, für sich genommen nichtssagend bleibe. Aristoteles nämlich habe als „Problem“ schlicht Fragen der Form „Ist das so und so (oder nicht)?“ aufgefaßt, und solche Fragen lägen „durchaus auch den mathematischen oder logistischen Untersuchungen zurunde und werden dort mit Hilfe von Ableitungen aus dem axiomatischen System beantwortet“³⁴⁸. Folglich könne die Charakterisierung der Jurisprudenz als topisch verfahrenem Problemdenken überhaupt nur dann Sinn haben, wenn damit eine Besonderheit gekennzeichnet werde, die wiederum „nur in einer Eigentümlichkeit der Probleme oder in einer Eigentümlichkeit der Lösungsweise gefunden werden“³⁴⁹ könne.

Bedauerlicherweise verliert sich *Kriele* sodann in Ausführungen über die Lösungsweise - nämlich deren „Offenheit“, dazu bereits oben - ohne sich aber auf die Frage nach Eigentümlichkeiten der zu lösenden Probleme eingelassen zu haben. Dabei ignoriert *Kriele*, daß eine „Eigentümlichkeit der Probleme“ sich nicht nur aus der *Form* der Fragestellung ergeben kann, sondern auch aus der Eigentümlichkeit des Gegenstandsbereichs, auf den sich die Fragestellung bezieht³⁵⁰. Insofern bleibt schon sein Rückgriff auf *Aristoteles* ungenau, weil er übergeht, daß dessen Verständnis von „Problemen“ als Fragen der Form „Ist das so und so (oder nicht)?“ im Kontext mit der Erörterung *dialektischer* Probleme steht, die aus widerstreitenden *Meinungen* erwachsen und keineswegs auch durch Ableitung aus mathematischen Axiomen gelöst werden können³⁵¹. Indem *Kriele* damit die Spezifität des Gegenstandsbereichs, die nach *Viehweg* die Struktur einer Denkweise bestimmt, aus seiner Betrachtung ausblendet, verkennt er genau den Gesichtspunkt, auf den es *Viehweg* bei seiner Bezugnahme auf den Aporie-Begriff offensichtlich ankommt. Vor diesem Hintergrund erledigt sich er so gewichtig daherkommenden Einwand einer zweifelhaften Identifizierung von „Topik“ und „Aporetik“:

In begrifflicher Hinsicht ist die *Gleichsetzungsthese* nach *Kriele* schlicht ungenau, weil *Viehweg* Topik und Problemdenken (nicht: Aporetik) einander zwar zuordnet, aber nicht

³⁴⁷ *Kriele*, Rechtsgewinnung, S. 117; ebenso *Bokeloh*, Beitrag der Topik, S. 7.

³⁴⁸ *Kriele*, Rechtsgewinnung, S. 119, unter Hinweis auf *Aristoteles*, Top. I. 4. 4.

³⁴⁹ *Kriele*, Rechtsgewinnung, S. 119.

³⁵⁰ Dieser Einwand trifft auch *Canaris*, Systemdenken, S. 136, der meint, „alles wissenschaftliche Denken überhaupt“ sei Problemdenken, weil es Fragen behandle, deren Beantwortung nicht von vornherein klar ist.

³⁵¹ Dazu bereits oben S. 34 f.

gleichsetzt. Der Begriff der *Topik* bezeichnet eine Technik der Invention bzw. Prämissenfindung. Der Begriff des *Problemdenkens* bezeichnet Denkprozesse, innerhalb derer die Topik zur Anwendung gelangt, weil sich eine befriedigende Lösung nicht schon durch den Einsatz des Problems in ein anerkanntes System bzw. durch Ableitung aus wahren und ersten Sätzen erschließt (Problemdenken im engeren Sinne). Zugleich dient der Begriff des Problemdenkens zur *Bezeichnung von Denkweisen*, in denen *topisch-problemorientierten Denkprozessen insgesamt die führende Rolle* zukommt, *weil ihnen aporetische Fragestellungen zu Grunde liegen, die einer systematischen Erfassung nur begrenzt zugänglich sind* (Problemdenken im weiteren Sinne).

In sachlicher Hinsicht setzt sich *Kriele* weder mit *Viehwegs* Aporie-Begriff noch mit dem Verhältnis von Topik und *hartmannscher* Aporetik wirklich auseinander. Eine solche Auseinandersetzung erübrigt sich für ihn auch, weil er seinerseits meint, das „aporetische“ Denken im Sinne *Hartmanns*, auf das sich *Viehwegs* „Problemdenken“ beziehe, als bloße Forderung nach „Problemoffenheit“ im Sinne seines eigenen Konzepts des „offenen“ Systemdenkens deuten zu können, in welchem „Aporien“ eben nicht vorkommen³⁵². Inhaltlich weist die *Gleichsetzungsthese* bei *Kriele* also letztlich nicht über die *Verkürzungsthese* hinaus, wonach die Einordnung der Jurisprudenz als Problemdenken auf *Viehwegs* zu engem Verständnis von Systemdenken beruhe. Daß indes *Krieles* Konzeption des „offenen“ Systemdenkens gegenüber der *viehwegschen* Analyse des juristischen Denkens nicht zu überzeugen vermag, wurde bereits ausführlich dargelegt.

Ungeachtet dessen ist die *Gleichsetzungsthese* auch bei anderen Autoren wie insbesondere *Canaris* und *Gröschner* anzutreffen - wenngleich teilweise mit anderer Akzentuierung³⁵³. *Canaris* schließt sich der *Gleichsetzungsthese* im Sinne *Krieles* vertrauensvoll an³⁵⁴ und erklärt zur angeblichen Identifizierung von Topik und aporetischem Denken durch *Viehweg*: „(D)iese ist in höchstem Maße irreführend, ist doch auch die Denkweise in einwandfrei nicht-topischen Wissenschaften ‚aporetisch‘ im Sinne *Hartmanns*, da die Abweisung von in das (bisherige) System nicht einzuordnenden Problemen für *jede* Disziplin als Sünde wider den Geist der Wissenschaft angesehen werden muß; gewiß würde doch kein Phy-

³⁵² Vgl. *Kriele*, Rechtsgewinnung, S. 119 ff., insbes. S. 121 f.: „Vernünftigerweise verbinden sich System und aporetisches Denken im ‚offenen System‘“. Danach sind Topik und Aporetik zwar durchaus miteinander vereinbar. Faßte man indes *Kriele* folgend die Kennzeichnung der Topik als „Techne des Problemdenkens“ als gleichbedeutend mit „Techne des offenen Systemdenkens“ auf, wäre sie in der Tat sinnlos.

³⁵³ Vgl. *Canaris*, Systemdenken, 136 ff.; *Gröschner*, Dialogik, 199 ff.

³⁵⁴ Siehe dazu *Canaris*, Systemdenken, S. 136 ff., insbes. Fn. 11 und 16.

siker oder Chemiker ein den bisherigen Lehrsätzen widersprechendes Phänomen ignorieren, aber niemand wird auf den Gedanken kommen, Physik und Chemie deshalb der Topik zuzuordnen. Aporetisches Denken führt daher keineswegs notwendig zur Topik, sondern nur zur ‚Offenheit‘ des Systems³⁵⁵. Da sich also auch das naturwissenschaftliche Denken, das unzweifelhaft als Systemdenken einzuordnen sei, durch „Problemoffenheit“ auszeichne, sei der Hinweis auf die „Problemoffenheit“ des juristischen Denkens nicht geeignet, überhaupt irgendwelche Aufschlüsse über die Struktur gerade der Jurisprudenz zu geben - geschweige denn, etwa deren topischen Charakter nachzuweisen³⁵⁶.

Dem sind die schon früher gegen *Kriele* erhobenen Einwände entgegenzuhalten: Die „Offenheit“ des Systems, also gemäß *Canaris* „die Unabgeschlossenheit, die Entwicklungsfähigkeit, die Modifizierbarkeit des Systems“³⁵⁷, besagt für sich genommen nur, daß eine Denkweise immer als Zusammenspiel sowohl topisch-inventiver als auch systemorientierter Denkprozesse rekonstruiert werden muß. Denn jede „Systemöffnung“ setzt zunächst das vom Problemdenken vermittelte Verständnis von der Relevanz einer das bisherige System überschreitenden Problemstellung bzw. der Unangemessenheit einer aus dem bestehenden System abgeleiteten Problemlösung voraus und bedarf zu ihrer Realisierung topisch-inventiver Verfahren der Prämissenfindung oder -veränderung. Eine Kennzeichnung als Problem- oder Systemdenken erschließt sich daher erst im Hinblick auf Problem- bzw. Gegenstandsbereich einer Denkweise, der erklärt, ob sich darin gemäß der *Annäherungstheorie* eine fortschreitende Perfektionierung des zugrunde liegenden Systems und zugleich die *eindeutige und zwingende Lösbarkeit* von Problemen *wenigstens anstreben* läßt - oder ob demgegenüber die *latente* Wirksamkeit der Topik unaufhebbar bleibt. Diesen Gegenstandsbezug der *viehwegschen* Unterscheidung läßt *Canaris* nicht anders als *Kriele* außer Betracht, weshalb er ebenfalls keinen Einwand dagegen begründet, sondern lediglich deren Konturen bis zur Unkenntlichkeit verwischt.

Dagegen weist der Vorwurf einer Konfundierung von Topik und Aporetik bei *Gröschner* in eine andere Richtung³⁵⁸. *Gröschner* konstatiert, daß „eine teilweise sehr weitgehende Kritik“ *Viehweg* unterstellt habe, die Verflechtungen zwischen topischem und systematischem Denken verkannt zu haben. Als Ursache dafür betrachtet *Gröschner* nun die Über-

³⁵⁵ *Canaris*, Systemdenken, S. 137 f.

³⁵⁶ *Canaris*, Systemdenken, S. 139.

³⁵⁷ *Canaris*, Systemdenken, S. 61.

³⁵⁸ Siehe *Gröschner*, Dialogik, S. 199 ff.

nahme des *hartmannschen* Aporetik-Begriffs, der er sodann nachgeht, „um *Viehweg* gegen äußerlich gesehen zwar nicht ganz unverständliche, in der Sache aber doch unberechtigte Unterstellungen zu verteidigen“³⁵⁹. Dabei geht er grundsätzlich zutreffend davon aus, daß *Viehwegs* Verständnis der Topik in „Topik und Jurisprudenz“ im Sinne des von ihm bevorzugten Begriffs der „Dialogik“ zu verstehen sei, nämlich als konkret-praktische Erörterung meinungsmäßiger Prämissen³⁶⁰. Mithin sei die Dialogik ergebnisorientiert und setze die Möglichkeit, die gesuchten Antworten in einem „dialogischen Zwischen“ bestimmen zu können, gerade voraus³⁶¹. Der Aporetiker dagegen verfolge die ausweglose Frage nach dem „Wesen“ von Gegenständen und betreibe die Problemerkörterung dabei nur um der Problemerkörterung willen, also ohne sie um jeden Preis lösen zu wollen³⁶². Die Jurisprudenz dagegen habe „es nicht mit Aporien, die bestenfalls diskutiert werden können, zu tun, sondern mit Problemen, die in jedem Fall gelöst werden müssen“³⁶³. Dies habe auch *Viehweg* als Theoretiker der Praxis keinesfalls bestreiten wollen. Um so mißverständlicher aber sei es von *Viehweg*, „daß er die Topik der Logik nicht nur vorangestellt (...), sondern daß er der Topik auch noch die Aporetik zur Seite gestellt hat - was juristisch nicht ohne Mißverständnis der Aporetik und philosophisch nicht ohne Mißverständnis der Jurisprudenz begründbar ist“. Wenn es aber mit *Viehweg* Aufgabe der Jurisprudenz sei, zur Aporie der Gerechtigkeit „Stellung zu nehmen“, dann müsse dieses „Stellungnehmen“ nicht ein nur „rechtlich unverbindliches, rechtsphilosophisches oder rechtswissenschaftliches, sondern ein rechtsverbindliches, rechtspraktisches und insbesondere richterliches“ sein - und also keine aporetisches.³⁶⁴

Gröschner weist damit völlig zu recht darauf hin, daß die *hartmannsche* Aporetik auf das akademische Nachdenken über philosophische Fragen zielt und *insoweit* für die Jurisprudenz als denkerische Techne der Praxis nicht paßt. Trotzdem greift die Folgerung *Gröschners*, *Viehwegs* Anliegen hätte „unmißverständlich nur ohne Anlehnung an die Aporetik zum Ausdruck gebracht werden können“³⁶⁵, zu kurz. Wenn *Viehweg* die Gerechtigkeitsfrage als Aporie auffaßt, d.h. als Problem, das insofern nicht entscheidbar ist, als es

³⁵⁹ *Gröschner*, Dialogik, S. 200 Fn. 20.

³⁶⁰ Dem Dialogik-Konzept *Gröschners*, das er in „Dialogik und Jurisprudenz“ entfaltet, soll hier nicht vertieft nachgegangen werden.

³⁶¹ Vgl. *Gröschner*, Dialogik, S. 203.

³⁶² Vgl. *Gröschner*, Dialogik, S. 202.

³⁶³ *Gröschner*, Dialogik, S. 205 f. Zur parallel gelagerten Kritik *Blühdorns* an *Viehwegs* Deutung der Topik als Techne des Problem Denkens bereits oben S. 34 ff.

³⁶⁴ *Gröschner*, Dialogik, S. 205.

³⁶⁵ *Gröschner*, Dialogik, S. 206.

sich keiner eindeutigen oder „wahren“ Antwort zuführen läßt, dann schließt das natürlich die Möglichkeit nicht aus, praktische Entscheidbarkeit dadurch zu erreichen, daß der Problemerkörterung in einer wie auch immer näher zu bestimmenden Weise verfahrensmäßig oder autoritativ ein Ende gesetzt wird³⁶⁶. Tatsächlich geschieht dies hinsichtlich rechtlicher Probleme in zwei Stufen, nämlich abstrakt durch die Statuierung einer positiven Rechtsordnung und konkret durch die richterliche Entscheidung. In einem streng „aporetischen“ Sinne ließe sich darin eine unzulässige Festlegung, eine gewaltsame Erzwingung von Antworten erblicken, worauf aber ersichtlich weder *Hartmanns* Kritik des philosophischen Denkens noch der Ansatz *Viehwegs* hinaus will. *Viehweg* hebt den aporetischen Charakter der Gerechtigkeitsfrage vielmehr hervor, weil die daraus resultierende Ungewißheit unvermeidlich auch auf die Struktur des Rechtssystems und des juristischen Denkens durchschlägt. Erst die Bezugnahme auf den Aporie-Begriff im Rahmen der Unterscheidung zwischen Problem- und Systemdenken erklärt, warum juristische Systementwürfe unzulänglich bleiben müssen, und daß eben diese Unzulänglichkeit, indem sie bei der Herstellung konkreter Entscheidungen zur Einschaltung zur Topik zwingt, zugleich für die Wahrung des Problem- und Gerechtigkeitsbezugs Raum schafft.

Vor diesem Hintergrund erscheint *Viehwegs* Bezugnahme auf den Aporie-Begriff innerhalb seiner Konzeption also keineswegs überflüssig, sondern gerade geeignet, das besondere Spannungsverhältnis von Topik und Systematik innerhalb juristischer Entscheidungsprozesse in den Blick zu nehmen. Mithin kann auch die Einschätzung *Gröschners*, wonach sich *Viehweg* die Vehemenz seiner Kritiker ausgerechnet mit philosophiegeschichtlichen Ungenauigkeiten im Hinblick auf *Hartmann* eingehandelt habe, nicht geteilt werden³⁶⁷. Dies um so mehr, als bezweifelt werden darf, daß die Deutung „aporetischen“ Denkens durch *Kriele* und *Canaris*, wonach dieses nicht nur mit einem juristischen Systemdenken voll vereinbar³⁶⁸, sondern ebenso auch in den Naturwissenschaften anzutreffen sei, dem ursprünglichen Ansatz *Hartmanns* näher kommt als die Ausführungen *Viehwegs*.

³⁶⁶ *Ballweg*, Rechtswissenschaft und Jurisprudenz, Basel 1970, S. 105: „Der Konflikt wird nicht durch Lösung beendet, sondern durch Beendigung gelöst“.

³⁶⁷ Vgl. auch *Coing*, ARSP 41 (1954/55), 439, 442, der *Viehwegs* Bezugnahme auf *Hartmann* als außerordentlich einleuchtend beurteilt.

³⁶⁸ *Kriele*, Rechtsgewinnung, S. 121, zitiert die Formulierung von *H.J. Wolff* „Rechtswissenschaft ist systematisch oder sie ist nicht“ mit der Bemerkung, dies stehe mit dem aporetischen Denken in vollem Einklang; zustimmend *Canaris*, Systemdenken, S. 138 Fn. 16.

c) Gegenstandsbezug und „objektives System“

Tatsächlich läßt die von *Kriele* wie von *Canaris* geäußerte Kritik weniger Inkonsistenzen und Begründungsschwächen im Ansatz *Viehwegs* zu Tage treten als vielmehr den Umstand, daß ihnen dessen Resultate schlicht nicht zusagen. Wenn sie sich also gegen *Viehwegs* Bezugnahme auf den Aporie-Begriff sperren und dazu *Hartmann* als „Gewährsmann“ *Viehwegs* ins Feld führen, dann nicht, weil ihnen an der Kompatibilität der Ansätze *Viehwegs* und *Hartmanns* gelegen wäre, sondern als Vehikel für durchaus angreifbare *eigene* Prämissen. Anschaulich wird dies an einer von *Viehweg* zitierten Formulierung *Hartmanns*, die sich bei den Kritikern *Viehwegs* besonderer Beliebtheit erfreut, weil sie glauben, diese gegen *Viehweg* wenden zu könne: „Sie (die aporetische Denkweise) zweifelt nicht daran, daß es das System gibt und daß es vielleicht in ihrem eigenen Denken latent das Bestimmende ist. Darum ist sie seiner gewiß, auch wenn sie es nicht erfaßt“³⁶⁹.

Aus dieser Feststellung folgert *Kriele*, der Versuch einer Beschreibung des von *Hartmann* angesprochenen „vorausgesetzten Systems“ sei möglich und finde seine Bestätigung für juristische Systementwürfe darin, „daß die einzelnen Rechtssätze auf allerlei Weise (durch gemeinsame Voraussetzungen, Begriffe, Gründe u.a.) miteinander verschränkt sind und deshalb idealiter tatsächlich ein System bilden, das nur nicht endgültig erkennbar ist“; außerdem folgert *Kriele*, „daß er (der Systementwurf) nicht nur das Produkt subjektiver Willkür ist, sondern daß in ihm auch Wahrheit zum Ausdruck kommt“³⁷⁰. Diese Formulierungen deuten darauf hin, daß *Kriele* hier die klassische Unterscheidung zwischen einem „System der Gegenstände der Erkenntnis“ oder „objektiven“ Systems einerseits und einem „System der Erkenntnisse“ oder „wissenschaftlichen“ System andererseits, das das „objektive“ System abzubilden sucht, vorschwebt³⁷¹. In diesem Sinne wäre nach *Kriele* die positive Rechtsordnung als wissenschaftliches System zu betrachten, das eine überpositive „objektive“ Ordnung - immerhin annäherungsweise - repräsentiert. Eine solche überpositive Ordnung und einen wie auch immer vermittelten Zugriff darauf vorausgesetzt, wäre es für *Kriele* allerdings nur konsequent, sich im Hinblick auf *Viehweg* nicht mit dem Verhält-

³⁶⁹ *Hartmann*, Diesseits von Idealismus und Realismus, S. 164; zitiert bei *Kriele*, Rechtsgewinnung, S. 121, und *Canaris*, Systemdenken, S. 137.

³⁷⁰ So *Kriele*, Rechtsgewinnung, S. 121. Soweit *Kriele* hier lediglich meint, daß mit dem System wirkliche Einsichten *angestrebt* werden und sich darin ein anerkannter Schatz an Erfahrungswissen manifestiert, so bleibt darauf hinzuweisen, daß dies nach *Viehweg* für Topoikataloge nicht minder gilt.

³⁷¹ Zu dieser Unterscheidung *Canaris*, Systemdenken, S. 13. Vgl. ferner *Popper*, Logik der Forschung (1934), 9. Aufl., Tübingen 1989, S. 31 ff.

nis von Topik und Aporetik aufzuhalten, sondern gleich den aporetischen Charakter der Gerechtigkeitsfrage zu bestreiten. Freilich will *Kriele* diese Konsequenz nicht ziehen, und es ist hier nicht der Ort zu ergründen, was er mit zitierten Formulierungen wirklich meint. Immerhin ist es bemerkenswert, daß er sich im Nachwort zur zweiten Auflage seiner „Theorie der Rechtsgewinnung“ darüber verwundert zeigt, daß seine Ausführungen „Assoziationen an die vernunftrechtlichen Systeme des 17. und 18. Jhs. ausgelöst“ haben³⁷².

Auch *Canaris* sieht durch die eingangs wiedergegebene *Hartmann*-Passage seine eigene Konzeption bestätigt³⁷³. *Canaris* geht von der bereits erwähnten Unterscheidung zwischen „objektivem“ und „wissenschaftlichem“ System aus und stellt sodann für die juristische Systembildung fest, „daß sie nur dann sinnvoll möglich ist, wenn ihr Objekt, d.h. das Recht, ein derartiges ‚objektives‘ System überhaupt aufweist“³⁷⁴, was wiederum anhand der Strukturmerkmale „Ordnung“ und „Einheit“ zu bestimmen sei³⁷⁵. Danach könne das Vorliegen eines objektiven System im Hinblick auf die bestehende Rechtsordnung bejaht werden³⁷⁶, weil bereits der Gleichheitssatz - der seinerseits in der „Rechtsidee (als dem Inbegriff der obersten Rechtswerte)“ wurzele - die Kriterien von Ordnung und Einheit impliziere: Der Gleichheitssatz verlange nämlich, „einmal getroffene Wertungen“ konsequent zu verfolgen „und sie nur sinnvoll, d.h. aus sachlichem Anlaß zu durchbrechen, - mit anderen Worten: folgerichtig zu verfahren“. „Rationale Folgerichtigkeit“ sei aber gerade das, worauf es bei dem Merkmal der „Ordnung“ im Sinne des Systembegriffs ankomme, „und deshalb bildet das aus dem Gleichheitssatz folgende Gebot wertungsmäßiger Folgerichtigkeit den ersten entscheidenden Ansatz für die Verwendung des Systemgedankens in der Jurisprudenz“³⁷⁷. Zugleich sei auch das Merkmal der „Einheit“ erfüllt, weil es mit dem der „Ordnung“ korrespondiere; es gewährleiste insoweit, „daß die ‚Ordnung‘ des Rechts nicht in eine Vielzahl unzusammenhängender Einzelwertungen zerfällt, sondern sich auf verhältnismäßig wenige allgemeine Kriterien zurückführen läßt“³⁷⁸. Mithin sei der Systemge-

³⁷² *Kriele*, Rechtsgewinnung, S. 313.

³⁷³ Vgl. nochmals *Canaris*, Systemdenken, S. 137.

³⁷⁴ *Canaris*, Systemdenken, S. 13.

³⁷⁵ Unter Berufung auf *R Eisler*, Wörterbuch der philosophischen Begriffe, 4. Aufl., Berlin 1930, Bd. III, Stichwort „System“, und die Definition von *Kant*, wonach ein System „die Einheit der mannigfaltigen Erkenntnisse unter einer Idee“ bzw. „ein nach Prinzipien geordnetes Ganzes der Erkenntnis“ ist, s. *Canaris*, Systemdenken, S. 11 ff. Anknüpfend an *Canaris* dazu *Rehbock*, Topik und Recht, S. 165 ff.

³⁷⁶ Das „objektive“ System dabei indes nicht identisch mit dem geschriebenen Recht, gemeint ist vielmehr die „Sinneinheit“ der konkreten Rechtsordnung, d.h. deren „tragende Grundwertungen“ und „Rechtssprinzipien“, die wiederum ihren Geltungsgrund nicht notwendig im Gesetz finden, sondern teilweise auch unmittelbar in der „Rechtsidee“ oder in der „Natur der Sache“, s. *Canaris*, Systemdenken, S. 40 ff., 63, 66, 70; das „wissenschaftliche“ System besteht demgegenüber aus den „Lehrsätzen der Jurisprudenz“, ebd., S. 62.

³⁷⁷ *Canaris*, Systemdenken, S. 16.

³⁷⁸ *Canaris*, Systemdenken, S. 17.

danke „jedem positiven Recht immanent“, weil und sofern dieses eine bestimmte historische Konkretisierung der Rechtsidee darstelle³⁷⁹. Aufgabe eines juristischen Systembegriffs sei es entsprechend, „die wertungsmäßige Folgerichtigkeit und innere Einheit der Rechtsordnung darzustellen und zu verwirklichen“, nämlich als „*axiologische* oder *teleologische* Ordnung“³⁸⁰. Die Rechtsgewinnung aus einer solchen Ordnung soll sich mithin im Wege „axiologischen oder teleologischen Denkens“ vollziehen, wobei durchaus von Ableitbarkeit gesprochen werden könne, „sofern man nur beachtet, daß ‚Ableitung‘ nicht i.S. logischer Deduktion, sondern i.S. wertungsmäßiger Zuordnung zu verstehen ist“³⁸¹.

In diesen Ausführungen tritt noch einmal das Bestreben zu Tage, den Systemcharakter der bestehenden Rechtsordnung sowie den Systembezug des juristischen Denkens zu bestimmen, ohne auf den von *Viehweg* hervorgehobenen aporetischen Charakter der Gerechtigkeitsfrage einzugehen.

Zugleich wird eine bemerkenswerte Parallele in den Ansätzen von *Kriele* und *Canaris* sichtbar. Beide gehen nämlich davon aus, daß sich der von ihnen behauptete Systemcharakter der Rechtsordnung begrifflich nur erfassen lasse, wenn man sich vom „zu engen“ Maßstab der Logizität emanzipiere - und zugleich ist doch beiden sehr daran gelegen, den Anschluß an die Unterscheidung zwischen objektivem und wissenschaftlichem System zu wahren. Wie im weiteren noch auszuführen sein wird, verweist aber gerade diese Unterscheidung auf die deduktiven Systeme im Bereich der Naturwissenschaften und erscheint also - zumal in Anbetracht der von *Kriele* und *Canaris* selbst geforderten Eigenständigkeit eines juristischen Systembegriffs - als denkbar ungeeignet für eine Übertragung auf die Jurisprudenz. Das Doppelziel, das *Kriele* wie *Canaris* dabei mutmaßlich vorschwebt, ist einsichtig: Sie wollen einerseits die Bedeutung logischer Stringenz, so weit sie eben reicht, für die Jurisprudenz klargestellt und anerkannt wissen. Andererseits und darüber hinaus wollen sie den Systemcharakter der Rechtsordnung an einer weiteren, anders gearteten Form von Einheit und Ordnung ausweisen. Namentlich *Canaris* zufolge hat man sich diese andere Form von Ordnung im Sinne einer „Teleologik“ als der Logik ebenbürtig und ana-

³⁷⁹ *Canaris*, Systemdenken, S. 18, Fn. 37. Zwar seien Folgerichtigkeit und Einheit des Systems oft nur bruchstückhaft verwirklicht, doch besage diese „nichts gegen die grundsätzliche Möglichkeit des Systems, sondern macht nur deutlich, daß dessen vollständiger Ausführung ersichtlich gewisse Grenzen gesetzt sind“.

³⁸⁰ *Canaris*, Systemdenken, S. 18, 40 ff. m.w.N.

³⁸¹ *Canaris*, Systemdenken, S. 45, 88.

log vorzustellen³⁸². Indes bleibt die Struktur der von ihm postulierten „wertungsmäßigen Folgerichtigkeit“ und ihr Verhältnis zur logischen Folgerichtigkeit denkbar vage. Der Versuch, einen angeblich spezifisch juristischen Systembegriff unabhängig vom Maßstab der Logizität zu konzipieren, bleibt halbherzig, weil er letztlich von der Anlehnung an mathematisch-naturwissenschaftliche Kategorien lebt, ohne diesen indes gerecht zu werden. Nimmt man demgegenüber das Modell von objektivem und wissenschaftlichem System ernst, so erweist sich, daß gerade der *viehwegsche* Ansatz, der die Jurisprudenz von der Gerechtigkeitsfrage als Grundaporie her deutet, geeignet ist, die Bedeutung des Systems innerhalb der Jurisprudenz zu erfassen.

d) Gegenstandsbezug im naturwissenschaftlichen und im juristischen Denken

Um dies zu zeigen, bedarf es zunächst einer Klarstellung dessen, worauf die Unterscheidung zwischen objektiven und wissenschaftlichen System eigentlich zielt. Zu diesem Zwecke sei noch einmal an den von *Canaris* gegen *Viehweg* erhobenen Einwand erinnert, „die Abweisung von in das (bisherige) System nicht einzuordnenden Problemen“ sei „für jede Disziplin als Sünde wider den Geist der Wissenschaft“ anzusehen, und „gewiß würde doch kein Physiker oder Chemiker ein den bisherigen Lehrsätzen widersprechendes Phänomen ignorieren, aber niemand wird auf den Gedanken kommen, Physik und Chemie deshalb der Topik zuzuordnen“³⁸³. Evident führt *Canaris* hier - ganz im Einklang mit *Viehweg* - die Bereiche der Physik und Chemie als idealtypische Beispiele von Systemdenken ins Felde, und konstatiert, daß auch innerhalb dieser Disziplinen die Modifizierbarkeit des jeweiligen wissenschaftlichen Systems Grundvoraussetzung sei. Bezeichnend ist nun, woran *Canaris* dies festmacht. Denn wenn er von unzulässigen Problemabweisungen spricht, meint er ja nicht, daß ausgehend etwa vom wissenschaftlichen System der Physik eine neu auftauchende physikalische Problemstellung nicht als (noch) unerklärbar qualifiziert werden

³⁸² Vgl. zu dieser Gleichwertigkeit *Canaris*, Systemdenken, S. 45: „Schließlich kann es doch kein Zufall sein, daß sowohl dem Laien als auch häufig dem Juristen selbst juristisches Denken geradezu als ein Musterfall ‚logischen‘ Denkens erscheint; vergegenwärtigt man sich, daß in Wahrheit nicht formal-logisches, sondern nur teleologisches Denken den spezifischen Problemen der Jurisprudenz gerecht wird und allein ihre Argumentation zu tragen vermag, so wird deutlich, was hinter diesem Urteil steht: das Erlebnis einer besonderen Evidenz der Folgerichtigkeit und rationalen Überzeugungskraft *axiologischen* und *teleologischen* Denkens. Mag dessen Struktur auch noch wenig aufgeheilt sein, so wird man alles in allem doch sagen dürfen: *die Hypothese, daß die Folgerichtigkeit juristisch-axiologischen oder teleologischen Denkens rationaler Art und daher rational begründbar ist und daß sie sich somit in einem entsprechenden System erfassen läßt, ist hinreichend erhärtet, um als wissenschaftliche Prämisse brauchbar zu sein*“. Vgl. auch *Diederichsen*, NJW 1966, 699, der ebenfalls darauf hinweist, daß sich die Jurisprudenz „im konkreten Werterlebnis“ als sinnvolles Ganzes darstelle.

³⁸³ *Canaris*, Systemdenken, S. 137 f.

dürfte, sondern daß ein *den bisherigen Lehrsätzen widersprechendes Phänomen nicht ignoriert* werden darf. Für die im naturwissenschaftlichen Denken zu fordernde „Offenheit“ kommt es also darauf an, daß das *wissenschaftliche System* nicht in Widerspruch zur empirisch beobachtbaren Wirklichkeit, d.h. dem *objektiven System*, gerät.

Anders, als *Canaris* zu suggerieren sucht, ist diese Feststellung keineswegs nebensächlich oder trivial. Ausgehend von der *viehwegschen* Terminologie ergibt sich vielmehr folgendes: Innerhalb der Naturwissenschaften als Systemdenken (im weiteren Sinne) unterliegt sowohl die Gewinnung von Problemlösungen im Wege der Ableitung aus dem wissenschaftlichen System als auch die Modifikation dieses Systems zur Erfassung neuer Problemgehalte dem Anspruch logischer Folgerichtigkeit oder *Kohärenz*. Zur Erfüllung dieses Anspruchs muß das Systemdenken im engeren Sinne darin die führende Rolle einnehmen. Daß es das kann, erklärt sich nun aus der *Anbindung an die empirische Wirklichkeit* als Bezugsgröße³⁸⁴. Denn dort, wo der Gegenstandsbereich einer Denkweise durch Fragestellungen konstituiert wird, die auf die empirisch erforschbare Wirklichkeit zielen, findet das Problemendenken (im engeren Sinne), das im Hinblick auf eine bisher nicht näher bestimmte „Angemessenheit“ der zu erzielenden Ergebnisse die Prämissenfindung steuert, ebenfalls einen objektivierbaren Maßstab: nämlich den der *Korrespondenz* bzw. *Konvergenz* von wissenschaftlichem und objektivem System³⁸⁵. Um „angemessen“ zu sein, müssen die gesuchten Problemlösungen den jeweils betrachteten Bereich der empirischen gegebenen Wirklichkeit so genau und treffend wie möglich abbilden bzw. repräsentieren. Die Grundlage hierfür bildet die *Objektivität des Gegenstandsbereichs*, d.h. dessen von seiner Beschreibung unabhängigen und unveränderlichen Existenz, in Verbindung mit dem *Falsifikationsprinzip*³⁸⁶. Die Auswahl der Prämissen unterliegt demnach einer dahingehenden Prüfung, ob und inwieweit sie zutreffende Vorhersagen über empirisch meßbare Ausschnitte des Problembereichs ermöglichen, und im Falle bzw. für die Dauer ihrer Bestätigung - und nur dann - ist die „Angemessenheit“ der darauf gestützten Problemlösungen und mithin ihre Anerkennung gesichert. Innerhalb der Naturwissenschaften ermöglicht somit das Falsifikationsprinzip die Gewinnung der sowohl sachhaltigen als auch gesicherten Prämissen, die als Grundlage für die Errichtung stabiler und exakter Systeme erforder-

³⁸⁴ Maßgeblich ist dabei nicht, ob eine objektive Erkenntnis der empirischen Wirklichkeit möglich ist, sondern allein die Voraussetzung, daß beobachtungsunabhängig „etwas da ist“, das dem menschlichen Wahrnehmungsvermögen zugänglich ist - wie zerrbildhaft auch immer.

³⁸⁵ Grundlegend zur Prüfbarkeit und Bestätigungsfähigkeit von Sätzen *Popper*, Logik der Forschung; *Carnap*, Testability and Meaning, New Haven 1950.

³⁸⁶ Dazu *Popper*, Logik der Forschung, S. 15 ff., 47 ff.

lich sind³⁸⁷.

Zugleich kann der Umstand, daß die vom Problemenden her zu bestimmende „Angemessenheit“ von Problemlösungen am objektivierbaren Konvergenzkriterium ansetzt, auch die Zulässigkeit bestimmter systembedingter Problemabweisungen begründen. Denn wie bereits an früherer Stelle dargelegt, hängt die Frage, ob solche durch die Selektivität des Systemdenkens bedingten Problemabweisungen als *problemverkürzend* zu kritisieren sind, davon ab, ob die abgewiesenen Problemstellungen aus - außerhalb des Systems liegenden - Gründen eine Lösung und damit eine Systemmodifikation oder -erweiterung *fordern*. Gemäß dem Konvergenzkriterium ist dies aber nur dann der Fall, wenn sich solche Systemmodifikationen auf das Falsifikationsprinzip stützen können bzw. wenn umgekehrt bei Unterlassung solcher „Systemöffnungen“ die aus dem bestehenden System abzuleitenden Lösungen in Widerspruch zum Falsifikationsprinzip geraten. Solange dies nicht der Fall ist, können Problemstellungen aus Gründen der systemerhaltenden Kohärenz abgewiesen werden. Das Falsifikationsprinzip kann so die Prämissenfindung wie die durch das Problemenden induzierte „Offenheit“ bestehender (wissenschaftlicher) Systeme steuern und begrenzen, ohne daß deren Rückbindung an den vorgegebenen Problembereich (das objektive System) beeinträchtigt würde³⁸⁸. Infolgedessen ist innerhalb der Naturwissenschaften über weite Strecken eine Konzentration und Beschränkung auf systemdefinierte Fragehorizonte und gesicherte Antworten möglich ist³⁸⁹. Damit bewährt sich in den Naturwissenschaften gerade das dem Systemdenken immanente „Alles-oder-Nichts-Prinzip“, das, indem es zur Trennung des Klaren vom Unklaren hinführt, zwar nicht jede Frage beantwortet, aber Wissensbereiche sichert, innerhalb derer eindeutige Lösungen möglich und anzustreben sind.

Demgegenüber gilt für den Bereich aporetischer Fragestellungen, daß gerade die fehlende Rückbindung an einen empirisch gegebenen Gegenstand deren „Weglosigkeit“ ausmacht. Wirklichen Bestand hat hier, wie *Viehweg* hervorhebt, allein die Grundaporie, die sich im

³⁸⁷ Vgl. zur Illustration der Leistungsfähigkeit des naturwissenschaftlichen Systemdenkens im hier dargelegten Sinne nochmals *Feynman*, QED. The Strange Theory of Light and Matter, S. 3 ff., der betont, daß die Theorie der Quantenelektrodynamik seit weit mehr als fünfzig Jahren Bestand hat und alle bekannten physikalischen Phänomene mit Ausnahme der Gravitation und der Radioaktivität exakt beschreibt.

³⁸⁸ Den Zugang zu der Frage, warum sich Reichweite und Restriktionen der „Systemoffenheit“ im naturwissenschaftlichen Denkens sich von der „Offenheit“ anderer Denkweisen unterscheiden, verbaut sich *Kriele* dagegen bereits dadurch, daß er die Selektivität des Systemdenkens, d.h. dessen problemabweisende Wirkung, mit der Kritikwürdigkeit von *Problemverkürzungen* gleichsetzt; vgl. Rechtsgewinnung, S. 137 f.

³⁸⁹ So auch zutreffend hervorgehoben von *Garrn*, Rechtsproblem und Rechtssystem, Bielefeld 1973, S. 16.

Bereich des Rechts als Frage nach dem, was hier und jetzt gerecht sei, formulieren läßt. Diese Frage findet ihren Ursprung und Ansatzpunkt in einem nicht näher bestimmten Bereich der sozialen Um- und Innenwelt, und die jeweiligen Lösungen resultieren aus den „immer schon vorhandenen“ Verständniszusammenhängen, von denen man zunächst nicht weiß, ob sie sich als Ableitungszusammenhang rekonstruieren lassen und ob sie überhaupt überblickbar gemacht werden können³⁹⁰. Weil es also anders als im Bereich der Naturwissenschaften insoweit an einer verlässlichen empirischen Bezugsgröße fehlt, kommen als Maßstab für die „Angemessenheit“ sachhaltiger Problemlösungen letztlich nur die (inter-)subjektiv konstituierten und veränderlichen Ordnungsvorstellungen in Betracht, die ihrerseits „nicht als solche erfaßt“ werden und sich einer Objektivierung entziehen. Indem die juristische Denkweise mithin auf eine Bezugsgröße verwiesen bleibt, die selbst dem Ursprung und der Ausprägung nach unbestimmt und wandelbar ist, bleibt auch die „Angemessenheit“ der Antworten notwendig relativ zu und abhängig von den amorphen und ggf. inkohärenten Vorstellungswelten derer, die die Gerechtigkeitsfrage stellen und um die jeweiligen Lösungen ringen. Weswegen generell für das aporetischen Denken gilt, „daß dieses Denken nur mit fragmentarischen Einsichten rechnen kann“ und - permanent - auf die Topik verwiesen bleibt³⁹¹. In dem Maße aber, in dem sich die „Angemessenheit“ oder „Richtigkeit“ bisheriger Problemlösungen, die in Systementwürfen verarbeitet und diesen zugrunde gelegt werden, wieder in Zweifel ziehen läßt, lassen sich auch die aus Gründen der Systemerhaltung erfolgenden Problemabweisungen als problemverkürzend kritisieren.

Vor diesem Hintergrund muß der Versuch, die Unterscheidung zwischen objektivem und wissenschaftlichem System auf die Jurisprudenz anzuwenden, in Widersprüchlichkeiten führen. Zwar kann man, wie es sich in den Ausführungen *Krieles* ungewollt anzudeuten scheint, trotz des Fehlens einer empirisch beobachtbaren Bezugsgröße vom Vorhandensein eines objektiven Systems in Gestalt einer überpositiven Rechtsordnung ausgehen. Dies führt aber nicht weiter, da es jedenfalls an einem dem Falsifikationsprinzip entsprechenden Instrumentarium fehlt, welches gewährleisten könnte, daß die positive Rechtsordnung im Sinne eines wissenschaftlichen Systems mit dieser überpositiven Vorgabe korrespondiert³⁹². Man kann auch mit *Canaris* die positive Rechtsordnung selbst als objektives Sys-

³⁹⁰ Nochmals *Viehweg*, Topik, S. 32, 34: Die Topik ist nicht zu verstehen, „wenn man nicht die (...) Eingeschlossenheit in eine wie auch immer zu bestimmende Ordnung, die nicht als solche erfaßt wird, annimmt, gleichgültig, wie man sie im einzelnen gedanklich ausgestaltet“.

³⁹¹ *Viehweg*, Topik, S. 34.

³⁹² Zu den wenig überzeugenden Versuchen, das Falsifikationsprinzip für die Jurisprudenz fruchtbar zu machen, *Neumann*, Juristische Argumentationslehre, Darmstadt 1986, S. 37 ff., S. 41 ff.

tem zu deuten versuchen. Dagegen spricht jedoch, daß diese die Voraussetzungen einer „objektiven“, d.h. beschreibungsunabhängigen Vorgabe nicht erfüllt. Dabei ist gar nicht entscheidend, daß die positive Rechtsordnung Veränderungen durch den Gesetzgeber unterworfen ist, insoweit mag man von einer Abfolge verschiedener objektiver Systeme ausgehen. Erheblich ist jedoch, daß die positive Rechtsordnung zugleich permanenten Einflüssen durch die „Lehrsätze der Jurisprudenz“ - die nach *Canaris* als wissenschaftliches System fungieren - und durch die Rechtsprechung unterliegt. Da auch *Canaris* diese Einflüsse nicht abstreiten oder für schlichtweg unzulässig erklären will, interpretiert er sie als Konsequenz daraus, daß die positive Rechtsordnung im Lichte einer dieser selbst noch vorgeschalteten „Rechtsidee“ oder „Natur der Sache“ gesehen werden müsse³⁹³ - was aber wiederum zu der Annahme einer überpositiven Rechtsordnung und den damit verbundenen Schwierigkeiten führt.

2. Die Grundaporie als einheitsstiftendes Moment im Recht

a) Handlungsorientierung als Systemfunktion im Bereich der Gerechtigkeitsfrage

Ausweislich der bisherigen Überlegungen scheitern die Versuche von *Kriele* und *Canaris*, *Viehweg* anhand des von ihm selbst zitierten Satzes *Hartmanns* zu widerlegen, wonach die aporetische Denkweise nicht daran zweifeln, „daß es das System gibt und daß es vielleicht in ihrem eigenen Denken latent das Bestimmende ist“³⁹⁴. Ganz im Gegenteil offenbart sich in diesen Versuchen bei *Kriele* und *Canaris* die Tendenz, den fraglichen Satz als Hinweis auf eine ideale und allein metaphysisch zu begründende Entität zu interpretieren. Demgegenüber wird er im Kontext mit den Ausführungen *Viehwegs* plausibel:

Nach *Viehweg* bilden (inter-)subjektiv konstituierte Ordnungsvorstellungen sowohl die Grundlage dafür, daß sich Probleme überhaupt in bestimmter Weise stellen, als auch den Maßstab für die „Angemessenheit“ der Lösungen, deren Verträglichkeit zunächst nicht klar ist, von denen aber jeweils Richtigkeit und in ihrer Gesamtheit Verträglichkeit erwartet wird. Auch wenn es insoweit gelingt, bestimmte Problemkonstellationen und entsprechende Lösungen zu typisieren und in gewissem Grade logisch zu strukturieren, bleiben die so

³⁹³ *Canaris*, Systemdenken, S. 67 ff., insbes. S. 70 f.

³⁹⁴ S. oben Fn. 369.

entstehenden Systementwürfe doch weiterhin von den unterschiedlichen subjektiven Vorstellungswelten abhängig, denen auch die darin verarbeiteten Einzellösungen entstammen. Wenn also, wie *Hartmann* meint, die aporetische Denkweise gleichwohl nicht daran zweifelt, daß es „das System gibt“, so liegt es nahe, diese Vorstellung von der Metaebene her zu deuten und sie als heuristische Grundannahme aufzufassen.

Als unhinterfragbare Prämisse des Problemdenkens ist demzufolge die - möglicherweise kontrafaktische - *Erwartungshaltung* anzusehen, daß für die Vielzahl sich konkret stellender Problemlagen „richtige“ Einzellösungen existieren, die sich auf allgemeingültige und kohärente Grundprinzipien zurückführen lassen. Die Überzeugung, daß es „das System gibt“, beruht demnach nicht darauf, daß es tatsächlich - und sei es nur als reale Möglichkeit - existiert, sondern darauf, daß ein Bedürfnis danach besteht³⁹⁵. Damit kommt dem „vorausgesetzten System“ im Bereich aporetischer Fragestellungen der Stellenwert eines „methodologischen Apriori“ zu, das es ermöglicht, gewonnene Problemlösungen als angemessen und nicht kontingent zu betrachten, obwohl sich die ihnen letztlich zugrunde liegenden (inter-)subjektiven Vorstellungswelten tatsächlich einer allgemeingültigen und objektiven Beurteilung entziehen. Der Voraussetzung „des Systems“ kommt insofern die Funktion zu, es Menschen zu ermöglichen, sich die ihnen in vielerlei Hinsicht problematisch erscheinende Welt als sinnvolles und beständiges Ganzes vorzustellen und damit überschaubar zu machen. Diese Voraussetzung motiviert zu *Systembildungen*, die die eingenommene Erwartungshaltung bestätigen und es erlauben, die Komplexität der Probleme und die Unsicherheit der Lösungen durch Schematisierungen und Festsetzungen zu reduzieren³⁹⁶. In einem sehr weiten Sinne ließe sich menschliches Handeln und Denken insoweit *schlecht-hin* als notwendig „systemgebunden“ betrachten³⁹⁷. Die Annahme, daß es „das System gibt“, und die Anstrengungen, seiner habhaft zu werden, lassen sich demnach als Ausdruck der unabweisbaren *Notwendigkeit* auffassen, im Bereich aporetischer Fragestellungen überhaupt zu einer Verständigung über die Entscheidbarkeit praktischen Fragen zu kommen, d.h. *Handlungsorientierung und Handlungssteuerung zu ermöglichen*.

³⁹⁵ Wie ja auch etwa die Annahme, daß ein Gott existiere, zu Systemanstrengungen führen mag, ohne daß dies die tatsächliche Existenz eines Gottes wahrscheinlicher mache.

³⁹⁶ In diese Richtungweisend *Garrn*, Rechtsproblem, S. 13. *Garrn* nimmt hier *A. Gehlens* Formulierung von der „unfertigen Verfaßtheit des Menschen“ auf.

³⁹⁷ Vgl. *Garrn*, Rechtsproblem, S. 32, wonach jedes Denken einer Systemgebundenheit unterliegt, wenn man von System - im weiteren Sinne - bereits in Hinsicht auf eine wie auch immer geartete Ordnung spricht. Systemgebundenheit besteht mithin auch dort, wo das Rechtsdenken weniger durch die Begrifflichkeit umfassender Kodifikationen bestimmt, sondern in erster Linie Fallrechtsdenken ist. Eben deshalb können die Begriffe „Rechtssystem“ und „Rechtsordnung“ synonym verwendet werden. Vgl. auch *Schmitthoff*, Systemdenken und Fallrecht in der Entwicklung des englischen Privatrechts, JZ 1967, 1 ff.

In einem gewissen Sinne ist *Kriele* und *Canaris* deshalb durchaus zuzustimmen, wenn sie den „Systemgedanken“ als für die Jurisprudenz konstituierend betrachten. Nur entfaltet sich die Bedeutung der Systembildung im Bereich menschlicher Interaktionen, auf den die Gerechtigkeitsfrage zielt, nicht darin, eine *vorgegebene* Ordnung und Einheit zu entdecken und zu erfassen, sondern darin, eine *vorstellungsmäßige* Ordnung auszudenken und zu verwirklichen, die einen gemeinsamen Verständigungs- und Handlungsrahmen absteckt. Juristische Systementwürfe führen dazu frühere Verständigungsergebnisse auf allgemeine Gesichtspunkte zurück, die sie zugleich verobjektivieren und perpetuieren. Sie müssen in der Lage sein, die damit verbundene Erwartungshaltung zu erfüllen und in immer wieder neuen Kontexten eine zuverlässige und verbindliche Sinnstruktur auszuweisen³⁹⁸. Insoweit steigen die Anforderungen an die Differenziertheit eines Systems mit zunehmender Komplexität der Lebensverhältnisse. Doch kann die Dichte der Systemvorgaben, die den Genauigkeitsgrad der postulierten Ordnung markiert, weder die Vielgestaltigkeit der sich ergebenden Problemkonstellationen umfassend vorwegnehmen, noch darf sie die Tragfähigkeit der festgeschriebenen Verständigungsbasis überstrapazieren. Juristische Systementwürfe müssen also Raum für konkret-situativ ausgehandelte Lösungen belassen. Die Gerechtigkeitsfrage als Frage nach dem hier und jetzt jeweils Gerechten ist insoweit mit der „ewige(n) Sehnsucht des Menscheinges nach Einheit und Umspannung“³⁹⁹ intrinsisch verbunden, ohne darin indes ihre Auflösung finden zu können.

Obschon ein juristisches System demnach letztlich „nur“ auf (inter-)subjektiv konstruierten Vorstellungswelten beruht, innerhalb derer sich unpräzisierungsfähige oder irrationale Größen wie Gefühl, Geschmack, Phantasie oder Gewohnheit nicht ausschalten lassen, und für die ein Korrektiv in Gestalt eines „objektiven“ Systems nicht zur Verfügung steht, verkörpert es nicht bloß „subjektive Willkür“. Vielmehr ist zu beachten, daß „Subjektivität“ und „Willkür“ keineswegs gleichbedeutend sind. Daß Systementwürfe beliebigen Inhalts gleichermaßen angemessen und in der Lage sind, Handlungsorientierung zu gewährleisten und die Gerechtigkeitsvorstellungen der Rechtsadressaten im dazu erforderlichen Umfang zu repräsentieren und zu reproduzieren, darf man aber ebenso bezweifeln wie die Möglichkeit, aus den ihnen zugrunde liegenden Vorstellungen ein Naturrechtssystem zu destillieren. So schwierig es also auch sein mag, die für die Festlegung und Anerkennung rechtli-

³⁹⁸ Die *Kohärenz* eines Rechtssystems spielt deshalb nicht nur unter den Gesichtspunkten von Übersichtlichkeit und Arbeitseffektivität eine Rolle, sondern auch für die Akzeptabilität der daraus gewonnenen Lösungen, also als Bestandteil des Rechtssuchens selbst.

³⁹⁹ Die nach *Hartmann*, Diesseits von Idealismus und Realismus, S. 164, die Systembildung veranlaßt.

cher Inhalte bestimmenden Faktoren und Mechanismen präzise zu erfassen, so wenig scheint die hier dargelegte Sichtweise andererseits Anlaß zu geben, ihr Szenarien von Willkürherrschaft entgegenzuhalten⁴⁰⁰.

b) Bindung und Beweglichkeit im dogmatischen System

Viehweg folgend ist also zu konstatieren, daß die Suche nach dem hier und jetzt jeweils Gerechten eine permanente Verständigung erfordert, die eine durchgängige Systematisierung des Rechtsstoffes ausschließt, und doch von der Vorstellung einer Ordnung lebt, die Stabilität und Gewißheit vermittelt. Ein juristisches System muß deshalb eine erhebliche Flexibilität aufweisen, gleichzeitig aber gerade dann, wenn die Logik - meist schon nach wenigen Ableitungsschritten - nicht mehr weiterführt, das Postulat von Ordnung und Einheit aufrechterhalten können. Die strukturellen Anforderungen an das Rechtssystem lassen sich demnach nur unter Berücksichtigung seiner Funktion, Handlungsorientierung und -steuerung zu gewährleisten, angemessen verstehen. Ausgehend von einer solch *funktionalen* Betrachtungsweise gilt es im folgenden zu verdeutlichen, welcher Stellenwert dem Rechtssystem ausgehend von der Konzeption *Viehwegs* beizumessen und inwieweit diese geeignet ist, den Bindungsanspruch des Rechtssystem zu berücksichtigen. Damit ergibt sich zugleich ein wichtiger Ansatzpunkt für die Frage nach dem von den Kritikern *Viehwegs* eingeforderten spezifisch juristischen Systembegriff:

Soll ein juristischer Systementwurf Handlungsorientierung und -steuerung - also Bindungen - bewirken, muß er eine dauerhafte Verbindlichkeit erlangen. Wie ausgeführt lassen sich stabile Systeme aber grundsätzlich nur gewinnen, wenn die darin verarbeiteten Erkenntnisse sich anhand von Kriterien absichern lassen, die einer permanenten Hinterfragung langfristig standhalten. Im Bereich aporetischer Fragestellungen - wie der Gerechtigkeitsfrage - fehlen solche Kriterien indes. Um juristischen Systementwürfen trotzdem die Stabilität zu sichern, die sie benötigen, um dem unabweisbaren praktischen Bedürfnis nach ganzheitlicher Ordnung und Orientierung zu entsprechen, ist es also erforderlich, sie einer permanenten Hinterfragbarkeit zu *entziehen*. Dies geschieht durch autoritative Festschreibung, d.h. durch *Dogmatisierung*, und entsprechend lassen sich juristische Systembildun-

⁴⁰⁰ Das Verständnis sozialer und rechtlicher Konstruktionsprozesse soll nach *Viehweg* gerade verhindern, daß das positive Recht der Irrationalität verfällt, s. *Viehweg*, Zur Topik, insbesondere auf juristischem Gebiete (1981), in: *ders.*, Rechtsphilosophie und Rhetorische Rechtstheorie, Baden-Baden 1995, S. 210 ff. (213); *ders.*, Reine und Rhetorische Rechtslehre (1981), ebd., S. 214 ff. (216).

gen - wie *Viehweg* in späteren Aufsätzen ausführt - als *dogmatische Systeme* von *wissenschaftlichen* (zetetischen) Systemen abgrenzen, die demgegenüber Forschungszwecken dienen und auf Erkenntnisgewinn angelegt sind⁴⁰¹. Zugespitzt formuliert verlangt das Erfordernis der Handlungsorientierung für die Jurisprudenz mithin gerade das, was *Hartmann* für das philosophische Denken ablehnt, nämlich den Versuch, Probleme unbedingt zur Lösung zu führen und „ihnen auf Grund unbeweisbarer Voraussetzungen die Lösung zu erzwingen“⁴⁰². Jedoch ist die Dogmatisierung im Bereich juristischer Entscheidungen nicht Ausdruck mangelnder intellektueller Redlichkeit, sondern Grundlage dafür, überhaupt die Begründbarkeit und in diesem Sinne die Rationalität von Entscheidungen abzusichern, weil ein wissenschaftliches System, das die Funktionen des dogmatischen Systems unmittelbar selbst erfüllen könnte, nicht zu haben ist⁴⁰³. Das Dilemma, daß das dogmatische System seinerseits auf der Metaebene einer Legitimationsbasis bedarf, die unter Voraussetzungen der Säkularisierung wiederum nur ein wissenschaftliches System liefern könnte⁴⁰⁴, läßt sich dabei nicht beseitigen, sondern nur handhaben.

Unter diesen Voraussetzungen bleibt die im Rechtssystem postulierte Ordnung wie in jedem dogmatischen System ein Konstrukt, das die Suche nach dem hier und jetzt jeweils Gerechten präformieren, aber nicht ersetzen kann⁴⁰⁵. Der Gesetzgeber trifft im Gesamtzusammenhang der Wirklichkeit Ordnungsentscheidungen, die als temporäre Antworten die Frage nach Gerechtigkeit strukturieren und präzisieren, aber in ihrer Ausgestaltung von veränderlichen Verständnisvoraussetzungen abhängig bleiben⁴⁰⁶. Entsprechend verlangen die zur Vermittlung von Handlungsorientierung und -steuerung erforderlichen Bindungskräfte des Rechtssystems, daß die darin enthaltenen Festschreibungen situationsbezogene

⁴⁰¹ *Viehweg*, Systemprobleme, S. 101; vgl. *ders.*, Ideologie und Rechtsdogmatik (1969), in: *ders.*, Rechtsphilosophie und Rhetorische Rechtstheorie, Baden-Baden 1995, S. 86 ff.

⁴⁰² Vgl. *Hartmann*, Diesseits von Idealismus und Realismus, S. 166: „Diese Metaphysik ist ‚dogmatisch‘“.

⁴⁰³ *Viehweg*, Systemprobleme, S. 102.

⁴⁰⁴ Vgl. *Viehweg*, Systemprobleme, S. 102 f.

⁴⁰⁵ Dazu auch *N.Horn*, NJW 1967, 607: Das „notwendige Bestreben nach Verständigung, nach allgemeinen Festlegungen, nach Beherrschung der vielgestaltigen und drängenden Probleme durch das Außer-Frage-Stellen bestimmter Sätze, ist eine der maßgeblichen Triebkräfte einer jeden Gesetzgebung. Es kennzeichnet insbesondere auch die neuzeitlichen Kodifikationsbestrebungen. Diese waren freilich von einer Überschätzung der Möglichkeiten legislatorischer Festlegungen begleitet, einer Begeisterung für das eindeutige und perfekte Gesetzeswerk, die heute verflogen ist“.

⁴⁰⁶ Vgl. bei *Viehweg*, Topik, S. 99 ff., die Bezugnahme auf *v.Hippel*, Zur Gesetzmäßigkeit, der das Rechtssystem als Gefüge von Antworten auffaßt, das beanspruchen müsse, auf die Gerechtigkeitsfrage zu antworten und insoweit stets historische Aufgabe bleibe. Diese Trennung zwischen Problem- und Antwortseite als Ansatzpunkt für eine rechtliche Systematik findet sich auch schon bei *Salomon*, Grundlegung zur Rechtsphilosophie, 2. Aufl., Berlin 1925, S. 26 ff., 54 ff. *Salomon* tendiert allerdings dazu, der Problematik eine gleichsam ontologisch vorgegebene Struktur beizumessen; vgl. dazu *Blühorn*, Problemendenken, 462 ff. Hiervon ist der *viehwegsche* Ansatz abzugrenzen.

Ausfüllungen und Anpassungen im Wege der Interpretation zulassen, ohne aber generell aufgegeben oder hinterfragt werden zu müssen⁴⁰⁷. Daher kann „die Ableitung, die natürlich bei allem Denken unentbehrlich ist“, in der Jurisprudenz keine „führende Rolle“ einnehmen; „(a)usschlaggebend ist vielmehr eine besondere Prämissenwahl, die in einem bestimmten Rechtsverständnis im Hinblick auf die Grundaporie erfolgt“⁴⁰⁸. Wer dagegen „nicht über eine hinreichende juristische Prämissenkunde verfügt, das heißt, wer nicht gelernt hat, wo im Hinblick auf die Grundaporie im Rahmen eines bestimmten Rechtsverständnisses neue Prämissen eingeschaltet werden müssen und können, sondern sich berechtigt oder womöglich gehalten fühlt, der einmal eingeschlagenen Ableitung unbeirrt zu folgen, der wird in unserer Disziplin kaum Gehör finden“⁴⁰⁹.

Eine Entwertung der positiven Rechtsordnung wird durch die *viehwegsche* Konzeption damit weder intendiert noch impliziert, und sie läuft auch nicht auf eine Auflösung andernfalls bestehender rechtsstaatlicher Bindungen hinaus. Denn die Bindungskräfte eines dogmatischen Systems können sich immer erst im Zusammenspiel mit einem topisch-problemorientierten Denken entfalten, weil die Topik die geschmeidige Anpassung und situative Fortbildung der Begriffe und Sätze des Systems steuert und zu einer kontinuierlichen Verständigung über die vorstellungsmäßigen Grenzen und Kriterien der Problemlösungen verhilft. Indem die Topik hierzu an latente (inter-)subjektive Ordnungsvorstellungswelten anknüpft und appelliert, wirkt sie gleichzeitig - und dies ist entscheidend - auch konkretisierend und bestätigend auf diese zurück. Die so erzielte und permanent fortzuschreibende Verständigungsbasis macht die Überzeugungskraft der topischen Problemlösung aus und kann nicht ohne Verlust des „Beweisverständnisses“ überschritten werden⁴¹⁰. Also ermöglicht die Topik eine Berücksichtigung neuer Gesichtspunkte nur, wenn und soweit sie vor dem Hintergrund etablierter Lösungshorizonte sachgerecht scheinen.

Hervorzuheben gilt es allerdings, daß demzufolge die Bindungskräfte des juristischen Denkens über weite Strecken *faktischer* Art sind. Weil die Bestandteile des Rechtssystems

⁴⁰⁷ Ähnlich Garrn, Rechtsproblem, S. 18.

⁴⁰⁸ Viehweg, Topik, S. 104.

⁴⁰⁹ Viehweg, Topik, S. 105; insoweit auch Raiser, NJW 1964, 1208: „Juristen tragen eine gemeinsame Verantwortung dafür, daß die rechtliche Ordnung in den verschiedenen Gemeinschaften, in denen wir stehen, verwirklicht, aufrechterhalten und den sich wandelnden Lebensverhältnissen und gemeinsamen Wertvorstellungen angepaßt wird. (...) Theorien der Doktrin oder Problemlösungen der Judikatur, auch wenn sie zur ‚herrschenden Meinung‘ und zur ‚ständigen Rechtsprechung‘ geworden sind, können sich auf die Dauer doch nur behaupten und in den festen Bestand des positiven Rechts eingehen, wenn sie auch die Zustimmung des kritischen Gegenübers finden“.

⁴¹⁰ Vgl. Viehweg, Topik, S. 41 f.

zwar einen Ausgangs- und Anhaltspunkt der Suche nach dem jeweils Gerechten bilden, das Ergebnis dieser Suche aber nicht logisch determinieren können, sind es die Grenzen der topisch vermittelten Verständigungsbasis, die etwa bestimmen, wie weit die Interpretierbarkeit eines Begriffs reicht, ob eine „berichtigende Auslegung“ geboten erscheint, eine „Regelungslücke“ eine Analogie zu rechtfertigen vermag usw. Diese Bindungskräfte entfalten sich grundsätzlich unabhängig davon, wie eine Denkweise deklariert oder welche Methodik darin postuliert wird. So mögen zwar etwa Forderungen nach strikter Systembindung das Bild und Selbstverständnis der Jurisprudenz sowie das Rechtsverständnis der Entscheider beeinflussen. Dies führt aber nicht zu einer Stärkung der logischen (oder etwa teleologischen) Bindungen und verhilft dem Systemdenken nicht zur führenden Rolle, sondern verleiht lediglich dem „Systemargument“, das selbst als Topos fungiert, ein besonderes Gewicht.

In Anbetracht dessen darf die relative faktische Bindungskraft, die ein einmal etablierter Systementwurf - bei latentem Einfluß der Topik und damit permanenter Rückbindung an den Problembereich - tatsächlich zu entfalten vermag, nicht mit der (absoluten) normativen Bindungskraft identifiziert werden, die dieser Systementwurf etwa beanspruchen oder die ihm beigemessen werden mag. Umgekehrt führt ein topisches Rechtsverständnis, das keine vergleichbar weitgehenden normativen Ansprüche erhebt, auch nicht zur Auflösung der bestehenden Bindungen und der doch immerhin relativen Gleichförmigkeit und Konsistenz der Rechtspraxis. Vielmehr sind System- und Problemorientierung in gegenseitiger Beschränkung und Ergänzung an der Rechtsfindung beteiligt. Der Einfluß der Topik, die gleichsam zwischen Systemerfordernissen und Problemerfordernissen vermittelt, erweist sich daher zugleich als Bedingung wie Grenze juristischer Systembildung wie -bindung.

c) Nachträgliche Revidierung seiner Ausgangskonzeption durch *Viehweg*?

Den vorstehenden Ausführungen gemäß vermag der Begriff des dogmatischen Systems mithin den Systembezug des juristischen Denkens und zugleich dessen topisch-problemorientierte Struktur zu erfassen. Wie bereits erwähnt, hat *Viehweg* seine Vorstellung von einem dogmatischen System allerdings erst geraume Zeit nach dem Erscheinen von „Topik und Jurisprudenz“ entwickelt. Deshalb wird darin teilweise eine Relativierung und Richtigstellung der ursprünglich in „Topik und Jurisprudenz“ entwickelten Konzeption gesehen, d.h. das erst nachträgliche Eingeständnis, daß eine vollkommene Verwerfung

systematischer Komponenten in der Rechtswissenschaft zu weit gehe⁴¹¹. Nach hier vertretener Auffassung handelt es sich demgegenüber nicht um eine Zurücknahme früherer Überlegungen, sondern vor allem um eine Klarstellung und Weiterführung, so daß es aus Gründen der besseren Verständlichkeit zweckmäßig und im Anschluß an die zu „Topik und Jurisprudenz“ ausgeführten Überlegungen gerechtfertigt erscheint, den Gesichtspunkt des dogmatischen Systems - wie geschehen - im unmittelbaren Zusammenhang mit dem ursprünglichen Ansatz zu berücksichtigen. Hinsichtlich der Annahme einer nachträglichen Relativierung seiner Ausgangskonzeption durch *Viehweg* ist im übrigen folgendes festzuhalten:

Wie bereits im Rahmen der Analyse der Unterscheidung zwischen Problem- und Systemdenken dargelegt wurde, dient *Viehweg* diese Differenzierung vor allem dazu, die Struktur des juristischen Denkens in bewußter Kontrastierung zum deduktiv-systematischen Denken im Sinne der *Annäherungsthese* herauszuarbeiten und zugleich zu verdeutlichen, „daß die Terminologie wissenschaftstheoretischer Art auf unserem Gebiet nicht selten in eine falsche Richtung zeigt“⁴¹². Die Berechtigung dieses Anliegens wird im Hinblick auf die Terminologie von *Kriele* und *Canaris* bestätigt. Deren Forderung nach einem spezifisch juristischen Systembegriff - die zudem erst auf Grundlage von und in Auseinandersetzung mit dem Ansatz *Viehwegs* ihre dezidierte Formulierung gefunden hat - vermögen *Krieles* und *Canaris* innerhalb ihrer eigenen Konzeptionen selbst nicht befriedigend zu erfüllen, weil sie gerade an der Abgrenzung zum deduktiv-systematischen Denken scheitern. Ungeachtet dessen ist den Kritikern von „Topik und Jurisprudenz“ allerdings einzuräumen, daß diese Forderung insofern Unterstützung verdient, als der Verbindlichkeitsanspruch des positiven Rechts durch eine Kennzeichnung als „differenzierter Topoikatalog“ nicht hinreichend zum Ausdruck gelangt. Und insofern mag man die späteren Ausführungen *Viehwegs* zum Begriff des dogmatischen Systems als Antwort auf diese Forderung auffassen.

Eine Angleichung an das Verständnis von *Kriele* oder *Canaris* oder ein Zugeständnis an deren Kritik liegt darin jedoch nicht. Tatsächlich führt *Viehweg* die Einordnung des juristischen Denkens als Problemdenken (im weiteren Sinne) bereits in „Topik und Jurisprudenz“ zu der Frage, welche Konsequenzen sich daraus für die Systematik des positiven

⁴¹¹ Vgl. *Rehbock*, Topik und Recht, S. 12 f.; *Bokeloh*, Beitrag der Topik, S. 9; *Canaris*, Systemdenken, S. 135 Fn. 1a. Vgl. auch *Viehwegs* eigenen Hinweis auf die fraglichen Aufsätze im Vorwort zur 4. Auflage von „Topik und Jurisprudenz“, 1969 (abgedruckt in der 5. Auflage, S. 9), die m.E. nicht als Widerruf gedeutet werden kann.

⁴¹² *Viehweg*, Topik, 109.

Rechts ergeben. Insoweit geht *Viehweg* auch keineswegs davon aus, daß der Begriff des Systems notwendigerweise auf deduktive Systeme zu beschränken sei, sondern er spricht insofern von einem „System im weiteren Sinne“⁴¹³. Für den Bereich des Privatrechts sieht er Ansatzpunkte für ein entsprechendes Verständnis in den Entwürfen von *Fritz von Hippel* und *Walter Wilburg*⁴¹⁴. Beide Autoren beschäftigen sich in den von *Viehweg* in „Topik und Jurisprudenz“ zitierten Schriften mit der Frage, wie sich der Gerechtigkeitsanspruch als Bedingung eines jeden Rechtssystems auf dessen Struktur auswirkt bzw. wie er sich darin umsetzen und fördern läßt. Bei *von Hippel* interessiert *Viehweg* der Gedanke, der Aufbau des Privatrechts sei „gleichbedeutend mit dem Zwang zu positiver Beantwortung der immanenten Dauerfragen, mit deren Regelung sich für unseren Stern eine solche Organisationsform erst verwirklicht“⁴¹⁵. Im Hinblick auf *Wilburg* hebt *Viehweg* dessen Überlegung hervor, daß die Verabsolutierung einzelner Prinzipien die Rechtssuche behindere und nur ein System, das ein bewegliches Zusammenspiel verschiedener Gesichtspunkte erlaube, alle denkbaren Fälle in ihrer Eigenart zu erfassen vermöge⁴¹⁶. In beiden Konzeptionen findet er den Gedanken wieder, daß die „Gesamtstruktur der Jurisprudenz (...) nur vom Problem bestimmt werden“ könne⁴¹⁷. Entsprechend stellt *Viehweg* fest, „daß in der Grundaporie das einheitsstiftende Moment unserer Disziplin liegt; und es ist schwer einzusehen, wo sonst überhaupt eine sinnvolle Einheit auffindbar sein soll. (...) Es wird ersichtlich, daß alle Bestandteile des Rechtssuchens notwendigerweise unselbständig bleiben müssen, und daß es daher unerlaubt ist, den Versuch zu machen, sie vom Problemgrund loszulösen, um sie alsdann in einem isolierten Zustand in sich zu ordnen“⁴¹⁸.

Die zumindest temporär außer Frage gestellten Begriffe und Sätze des positiven Rechts dienen also einerseits dazu, der permanenten Rechtssuche Orientierung und Kontinuität zu verleihen, andererseits konkretisiert und manifestiert sich ihre Bedeutung immer erst im Hinblick auf die Frage nach dem hier und jetzt jeweils Gerechten im realen Rechtsgeschehen. Ihre inhaltliche Reichweite und ihr Verhältnis zueinander läßt sich demnach nicht

⁴¹³ Vgl. *Viehweg*, Topik, S. 99.

⁴¹⁴ *Diederichsen*, NJW 1966, 698 f., weist darauf hin, daß für diese Autoren „die Verbindlichkeit des Systemgedankens selbstverständlich“ sei und findet es deshalb befremdlich, „wenn *Viehweg* zum Beweis für seine These, daß zwischen den Begriffen und Sätzen der Jurisprudenz keine Verbindungen bestehen außer denen, die der jeweilige Problembezug mit sich bringt, ausgerechnet auf *Fritz von Hippel* und *Walter Wilburg* Bezug nimmt“. Tatsächlich zeigt diese Bezugnahme, daß auch *Viehweg* den „Systemgedanken“ nicht per se abweist.

⁴¹⁵ *Von Hippel*, Zur Gesetzmäßigkeit, S. 2 f.

⁴¹⁶ Vgl. *Viehweg*, Topik, S. 105 ff.; *Wilburg*, Entwicklung eines beweglichen Systems, insbes. S. 6, 14.

⁴¹⁷ *Viehweg*, Topik, S. 100, 109.

⁴¹⁸ *Viehweg*, Topik, S. 100

eindeutig definieren und festlegen läßt, vielmehr ist es nach *Viehweg* die Ausrichtung an der Grundaporie, die ihren inneren Zusammenhang und ihre Zugehörigkeit zu einem „System im weiteren Sinne“ begründet. *Viehwegs* spätere und prägnantere Kennzeichnung als *dogmatisches* System macht diese ursprüngliche Rekonstruktion nun aber ersichtlich nicht hinfällig, sondern baut darauf auf. Entsprechend ändert die *funktionelle* Betrachtung als dogmatisches System auch nichts an den *strukturellen* Erfordernisse, die *Viehweg* in „Topik und Jurisprudenz“ im Hinblick auf die Begriffe und Sätze des positiven Rechts formuliert: Diese müssen zweckmäßigerweise auf ein problemorientiertes Denken und das topisch vermittelte Zusammenspiel von Bindung und Beweglichkeit zugeschnitten bleiben.

d) Konsequenzen für einen spezifisch juristischen Systembegriff

Ausgehend vom Ansatz *Viehwegs* und korrespondierend zu dessen Kennzeichnung der Jurisprudenz als Problemdenken (im weiteren Sinne) gelangt man nach allem zu einem juristischen Systembegriff, wonach sich das Rechtssystem *funktionell* als dogmatisches System darstellt, das *strukturell* auf eine latente Wirksamkeit der Topik ausgelegt ist. Ein solcher Systembegriff scheint als spezifisch juristischer Systembegriff insofern zweckmäßig, als er die besondere Verflochtenheit systematisch-deduktiver und topisch-inventiver Momente eines *handlungsbezogenen* Denkens im Bereich der Gerechtigkeitsfrage als *Grundaporie* erfaßt⁴¹⁹, und damit den Unterschied zu Systemen mit *wissenschaftlicher Funktion*, denen der Anspruch auf eine *durchgängig deduktive Struktur* immanent ist, sichtbar werden läßt. Er zielt also, anders als *normative* Systembegriffe, nicht auf die Behauptung von oder die Anleitung zu *systematischer Folgerichtigkeit* (sei es logischer oder „teleologischer“), sondern primär auf die *Beschreibung und Erklärung systemischer Funktionalität*⁴²⁰. Dieser Systembegriff leugnet oder untergräbt den immanenten normativen Anspruch nicht, den das Rechtssystem im Hinblick auf seine innere Folgerichtigkeit und auf seine anwendungsbezogene Verbindlichkeit erhebt, sondern will ihn vielmehr in seiner tatsächlichen Bedingtheit verstanden wissen⁴²¹.

⁴¹⁹ Vgl. *Garm*, Rechtsproblem, S. 17 f..

⁴²⁰ S. auch *Garm*, Rechtsproblem, S. 20, 28 f. Vgl. ferner *Ballweg*, Rechtswissenschaft, S. 66 f., 77 ff., 83 ff., der sich an der Systemtheorie orientiert und ein kybernetisches Modell des Systems der Jurisprudenz entwickelt.

⁴²¹ *Garm*, Rechtsproblem, S. 28 ff., spricht von einem „unentwegte(n) Suchen nach systematischer Stimmigkeit“, dem die Wandelbarkeit der Rechtssätze sowie die „Disparität zwischen Problemvielfalt und Systemkapazität“ entgegensteht.

Dem so verstandenen Ansatz *Viehwegs* kann auch nicht entgegengehalten werden, daß die Kennzeichnung der Jurisprudenz als topisches Denken dem juristischen Selbstverständnis nicht gerecht werde. In diesem Sinne betont etwa *Diederichsen*, „daß das Selbstverständnis der Rechtswissenschaft bisher fast durchgängig die systematische Struktur unserer Disziplin vorausgesetzt“ habe⁴²². Ähnlich hebt *Canaris* hervor, daß das juristische Selbstverständnis, das zugleich ein Indiz für die Struktur der Rechtsordnung als Gegenstand der Jurisprudenz bilde, vom Systemgedanken geprägt sei⁴²³. Demgegenüber ist indes zu berücksichtigen, daß allein der Hinweis auf das juristische Selbstverständnis - auch wenn man diesem eine gewisse Indizwirkung beimessen will - die analytische Rekonstruktion des juristischen Denkens und seiner Voraussetzungen weder ersetzen noch widerlegen kann. Wie gezeigt haben *Diederichsen* und *Canaris* den Feststellungen *Viehwegs* in analytischer Hinsicht aber wenig entgegenzuhalten. Ein Einwand gegen *Viehweg* ließe sich daher allenfalls dann begründen, wenn das von *Canaris* und *Diederichsen* im Kern wohl zutreffend beschriebene juristische Selbstverständnis ausgehend von *Viehwegs* Ansatz nicht zu erklären wäre. Das ist jedoch nicht der Fall.

Insofern ist zunächst darauf hinzuweisen, daß entgegen dem Vorwurf der „Systemfeindlichkeit“ auch nach *Viehweg* das positive Rechtssystem - als dogmatisches System - den maßgeblichen Ausgangs- und Anknüpfungspunkt im Prozeß der rechtlichen Entscheidungsfindung. Die Effektivität eines dogmatischen Systems und die Leistung der Praxis liegt nach *Viehweg* eben darin, angemessene Ergebnisse unter Rückbindung an das System zu gewährleisten. Der angestrebte und zu wahrende Systembezug rechtlicher Entscheidungen ergibt sich dabei nicht von selbst, indem man die Lösung ohne weiteres aus dem System ableitet, sondern es bedarf regelmäßig eines nicht unerheblichen Argumentations- und Begründungsaufwandes, um diesen Systembezug auszuweisen. Soweit also die Praktiker in der Selbsteinschätzung ihrer Tätigkeit dem Systembezug einen besonderen Stellenwert einräumen, steht dies mit *Viehwegs* Verständnis grundsätzlich durchaus im Einklang. Ein Gegensatz zum juristischen Selbstverständnis ergibt sich erst insofern, als eine zwingende logische (oder teleologische) Systembindung angenommen oder behauptet und in diesem Sinne eine Einordnung als Systemdenken verlangt wird. Auch das ist aber nicht überraschend. Vielmehr entspricht ein solches Selbstverständnis den offiziellen Vorgaben und Rollenerwartungen, wie sie etwa von *Canaris* und *Diederichsen* gepflegt werden. Zugleich

⁴²² *Diederichsen*, NJW 1966, 699.

⁴²³ *Canaris*, Systemdenken, S. 15.

spiegelt sich darin die funktionelle Anforderung eines dogmatischen Systems wider, die Differenz zwischen Problemvielfalt und Systemkapazität latent zu halten⁴²⁴.

Insgesamt ist festzuhalten, daß *Viehwegs* Einordnung der Jurisprudenz als Problemdenken (im weiteren Sinne), das sich durch eine latente Wirksamkeit der Topik kennzeichnet, nach wie vor eine hohe Plausibilität für sich in Anspruch nehmen kann. Entgegen dem wohl vorherrschenden Verständnis geht schließlich wird *Viehwegs* Ansatz auch nicht durch das formelkompromißhaft anmutende Zugeständnis obsolet, daß das juristische Denken als Denken im „offenen“ System zwar gewisse topische Elemente aufweise, die aber nicht verabsolutiert werden dürften. Dies vermeintliche Zugeständnis geht an *Viehweg* vorbei, weil er eine derartige Verabsolutierung nie vorgenommen hat, und entsprechend hat die Postulierung eines „offenen“ juristischen Systems durch *Kriele* und andere die „Topik-Debatte“ zwar vordergründig zu einem Abschluß gebracht, die eigentlichen Implikationen und Probleme des Ansatzes *Viehwegs* aber verfehlt.

Ein solches Problem bildet etwa die Frage, ob und ggf. welche Konsequenzen sich aus der *viehwegschen* Einordnung des juristischen Denkens und seiner Deutung des Rechtssystems als dogmatischem System für die Beurteilung der geltenden Rechtsordnung ergeben. Wie weit kann danach die Regelungsdichte und der Ordnungsgrad des dogmatischen Systems reichen, um die Ziele von Handlungssicherheit und -steuerung optimal zu verwirklichen, ohne aber den konkreten Problembezug ungebührlich zu behindern? Sind die von *Viehweg* benannten unvermeidlichen Einbruchsstellen der Topik, insbesondere der Gebrauch der natürlichen Sprache, bereits ausreichende Gewährleistungen der erforderlichen Flexibilität, oder besteht konkreter Handlungsbedarf, weil namentlich die von *Viehweg* ins Auge gefaßte Zivilrechtsordnung an hinderlichen Erstarrungen leidet, die es zu beseitigen gilt?

Viehwegs Hinweis auf den Modellcharakter des *Wilburgschen* Vorschlags zur Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht, mit dem der Kerngedankengang in „Topik und Jurisprudenz“ schließt⁴²⁵, ist nicht ausreichend, um darüber letzte Klarheit zu vermitteln, gibt aber eine Richtung an. *Wilburg* selbst betrachtet ihn lediglich als Anfang und Anstoß für weitere Überlegungen⁴²⁶. Zugleich macht er deutlich, daß er seinem Anlie-

⁴²⁴ Dazu auch *Launhardt*, Methodenlehre aus rechtsrhetorischer Perspektive: Abschied von der Normativität?, *Rechtstheorie* 32 (2001), 141 ff. (155 ff.).

⁴²⁵ *Viehweg*, Topik, S. 110.

⁴²⁶ Vgl. *Wilburg*, Entwicklung eines beweglichen Systems, S. 3, 22.

gen, „das System des Privatrechts so zu gestalten, daß es ohne Verlust seines inneren Haltes die Eignung erlangt, die vielfältigen Kräfte des Lebens in sich aufzunehmen“, „zunächst dogmatische Bedeutung“ beißt, und erst in zweiter Linie an eine entsprechende Gesetzestechnik denkt⁴²⁷. Zugunsten einer höheren Elastizität von Gesetzen merkt er dabei an, daß diese nur scheinbar die Verantwortung des Richters erhöhe, denn der Stand des Richters sei anderenfalls noch viel schwerer, nämlich „wenn er Grundsätze anwenden soll, die zu unannehmbaren Konsequenzen führen. (...) Oft müssen Künste der Auslegung, die eine versteckte Korrektur des Gesetzes sind, oder Gewaltmittel der Sachverhaltsfeststellung zu diesem Zwecke helfen“⁴²⁸.

In diesem Sinne muß auch *Viehweg* verstanden werden: Sein Ziel ist zunächst ein vertieftes Verständnis der tatsächlichen Anforderungen und Restriktionen der Jurisprudenz, verbunden mit dem insbesondere an die Rechtswissenschaft verbundenen Appell, diese Anforderungen im Hinblick auf das geltende Recht zu berücksichtigen und im Bereich der Dogmatik wie der Methodik auf unrealistische Gewißheitserwartungen, wie sie sich mit dem Streben nach zunehmender Exaktheit und Technizität verbinden, zu verzichten. Vor allem aber sieht *Viehweg* in dieser Richtung noch erheblichen Forschungsbedarf. Danach liegt die Aufgabe der Rechtswissenschaft darin, die Jurisprudenz als Stil selbst zum Gegenstand wissenschaftlicher Untersuchungen zu machen, um die Prozesse des unablässigen Suchens nach dem jeweilig Gerechten, aus dem das positive Recht erst entspringt, und das sich anhand des positiven Rechts fortsetzt, weiter aufzuklären⁴²⁹.

Korrespondierend dazu bedarf es nach *Viehweg* der Rechtstheorie als einer „konzise(n) Theorie der im weitesten Sinne verstandenen Praxis“, die er erst in Ansätzen sieht⁴³⁰. Aber nicht nur deshalb hält sich *Viehweg* mit konkreten Forderungen für etwaige Umgestaltungen des Rechtssystems zurück. Die behutsame Flexibilisierung, die ihm offenbar vorschwebt, zielt im Kern ja gerade nicht auf eine Umstrukturierung, sondern darauf, die die Rechtsfindung ohnedies leitenden Prozesse zur ungestörten Wirksamkeit zu bringen. Das Zusammenspiel von Topik und Systematik, von Tendenzen zur Lockerung und zur Festigung rechtlicher Strukturen scheint insoweit einer Eigendynamik zu folgen, die gestört werden kann, aber letztlich in ständiger Anpassung an sich wandelnde gesellschaftliche

⁴²⁷ *Wilburg*, Entwicklung eines beweglichen Systems, S. 22.

⁴²⁸ *Wilburg*, Entwicklung eines beweglichen Systems, S. 23.

⁴²⁹ Vgl. *Viehweg*, Topik, S. 77, 81, 93.

⁴³⁰ *Viehweg*, Topik, S. 93. Zum Praxisbezug *Bokeloh*, Beitrag der Topik, S. 99 ff.; s. auch schon Fn. 13.

Bedürfnisse und Befindlichkeiten doch ihr eigenes Gleichgewicht sucht. Entsprechende Entwicklungen müssen dabei keineswegs das Banner der Topik vor sich her tragen. So ließe sich etwa auf die in jüngster Zeit erfolgte Neuordnung des Rechts der Leistungsstörungen im Rahmen der Schuldrechtsreform verweisen, die nicht nur dazu geführt hat, daß der Begriff der „Unmöglichkeit“ seine zentrale Stellung an den viel weiteren der „Pflichtverletzung“ abtreten mußte, sondern auch zu einer Vielzahl von Verweisen auf die Berücksichtigungsfähigkeit besonderer Umstände, der beiderseitigen Interessen, der Zumutbarkeit oder Billigkeit⁴³¹. Man könnte hierin durchaus eine Befreiung von verfehlten oder nicht mehr zeitgemäßen, den Problembezug störenden systematischen Fixierungen sehen, die allerdings auch neue Unsicherheiten geschaffen hat, welche durch allmählich nachwachsende Dogmatisierungen wieder behoben werden.

Entsprechende Überlegungen sind hier indes nicht weiter zu verfolgen. Vielmehr gilt es den Blick nun darauf zu richten, wie *Viehweg* selbst und andere, ihm nahestehende Autoren den topischen Ansatz auch jenseits breit geführter Debatten fortgeführt haben.

⁴³¹ Vgl. etwa §§ 275 IV, 281 II, 284, 286 II Nr. 4 BGB (n.F.).

2. Teil: Von der Topik zur Rhetorischen Rechtstheorie

I. Entfaltung der Rechtsrhetorik in *Viehwegs* späteren Schriften

Viehweg hat seine bereits in „Topik und Jurisprudenz“ angestellten Überlegungen später in zahlreichen kleineren Schriften fortgeführt. Sie behandeln vor allem zwei Themenbereiche, nämlich das *Verhältnis der Rechtsphilosophie zur Rechtswissenschaft und zur Rechtsdogmatik* und die *argumentative Struktur eines entscheidungsbezogenen juristischen Denkens*. Sie bilden den Gegenstand dieses Kapitels. Die sprachtheoretischen Überlegungen, die *Viehweg* im Hinblick auf den zweiten Themenbereich anstellt, genauer: die Verbindung von Rhetorik und Semiotik, bilden zugleich den Hauptanknüpfungspunkt für die Arbeiten späterer Autoren, die in der Tradition *Viehwegs* stehen („Mainzer Schule“). Vorrangig konzentrieren sich diese Autoren wie auch *Viehweg* auf die Aufklärung rechtlicher *Herstellungsprozesse* (*Ballweg, Schreckenberger, Seibert, Rodingen*); in den Arbeiten von *Sobota* rückt dann der *Darstellungsaspekt* in den Vordergrund. Von diesen Ansätzen handelt Kapitel II. Um den Stand der Rhetorischen Rechtstheorie und ihre Stellung in der aktuellen Debatte geht es ausgehend davon schließlich in Kapitel III.

1. Das Verhältnis von Rechtsphilosophie, Rechtswissenschaft und Rechtsdogmatik

a) Dogmatisches Meinungsdenken und zetetisches Forschungsdenken

Eine Klärung der Aufgaben von und der Zusammenhänge zwischen *Rechtsphilosophie, Rechtswissenschaft* und *Rechtsdogmatik* bildet insbesondere für den späteren *Viehweg* ein wichtiges Anliegen. Die bereits in „Topik und Jurisprudenz“ formulierte These, daß die Jurisprudenz als besonderes Verfahren der Problemerkörterung aufzufassen und als solches zum Gegenstand rechtswissenschaftlicher Forschung zu machen sei, findet damit eine Präzisierung und wird zugleich in einen größeren Rahmen gestellt.

Als Ausgangspunkt für seine Dreiteilung⁴³² der Rechtsdisziplin erweist sich dabei wie schon in „Topik und Jurisprudenz“ eine Differenzierung unterschiedlicher Denkweisen, die

⁴³² *Viehweg* spielt insoweit auf die Aufgliederung einer „vollständigen Rechtswissenschaft“ in drei Unterdisziplinen an, vgl. *ders.*, *Ideologie und Rechtsdogmatik*, S. 87, unter Hinweis auf *G. Hugo*, *Lehrbuch eines civilistischen Cursus*. Erster Band, welcher die Juristische Encyclopädie enthält, 2. Aufl. 1799 (1. Aufl. 1792), § 16.

allerdings gegenüber der zwischen Problem- und Systemdenken eine veränderte Akzentsetzung aufweist. In „Topik und Jurisprudenz“ zielt die Gegenüberstellung von Problem- und Systemdenken (im weiteren Sinne) primär darauf, die *strukturellen* Unterschiede dieser Denkweisen sichtbar zu machen und im Hinblick auf die verschiedenartige Beschaffenheit der ihnen jeweils zugrunde liegenden *Gegenstandsbereiche* zu erklären. Dagegen tritt später die Unterscheidung zwischen *dogmatischem* Denken oder *Meinungsdenken* einerseits und *zetetischem* Denken oder *Forschungsdenken* andererseits in den Vordergrund⁴³³, zu deren Abgrenzung *Viehweg* primär bei der *funktionellen* Ausrichtung der Denkweisen ansetzt⁴³⁴.

Das Meinungsdenken charakterisiert *Viehweg* dahingehend, „daß es an einer fixierten Meinung (Dogma oder Dogmata) festhält, sie einerseits *außer Frage* stellt und andererseits in vielfältiger Weise ausdenkt. Auf dem Felde des Rechts geschieht das mit dem Ziele, in einer mehr oder weniger großen sozialen Gruppe ein möglichst störungsfreies, rechtliches Verhalten zu bewirken, sowie Störungen dieses Verhaltens angemessen zu beseitigen. Das rechtsdogmatische Denken hat also primär eine näher angebbare *soziale Funktion* (...) (D)iese Funktion strukturiert dieses Denken und determiniert es in seinem Fortgang“⁴³⁵. Im Gegensatz dazu hat das Forschungsdenken nach *Viehweg* eine primär *kognitive Funktion*, durch die es strukturiert und determiniert wird: „Das Forschungsdenken ist *tentativ*. Es entwirft seine Prämissen versuchsweise, ändert sie ab und nimmt sie notfalls wieder zurück“⁴³⁶. Demgemäß spricht *Viehweg* von *Dogmatikbereichen*, wo einmal gewonnene Antworten der Fraglichkeit entzogen und jedenfalls für eine bestimmte Zeit absolut gesetzt werden, und von *Forschungsbereichen*, wo auch Grundannahmen und Schlüsselbegriffe einen stets hypothetischen und angreifbaren Charakter behalten⁴³⁷.

Korrespondierend zur Unterscheidung zwischen dogmatischem und zetetischem Denken differenziert *Viehweg* zwischen *Systemen* mit *dogmatischen bzw. zetetischen Funktion*.

⁴³³ Die Unterscheidung zwischen Dogmatik und Zetetik geht zurück auf die griechische Skepsis, vgl. *Ballweg*, Rechtswissenschaft, S. 15 m.w.N.

⁴³⁴ Siehe insbes. *Viehweg*, Zur Geisteswissenschaftlichkeit der Rechtsdisziplin (1958), in: *ders.*, Rechtsphilosophie und Rhetorische Rechtstheorie, Baden-Baden 1995, S. 23 ff.; *ders.*, Systemprobleme, S. 97 ff.; *ders.*, Ideologie und Rechtsdogmatik, S. 86 ff.

⁴³⁵ *Viehweg*, Ideologie und Rechtsdogmatik, S. 87; vgl. auch *ders.*, Some Considerations Concerning Legal Reasoning (1969), in: *ders.*, Rechtsphilosophie und Rhetorische Rechtstheorie, Baden-Baden 1995, S. 107 ff.; *ders.*, Zur Geisteswissenschaftlichkeit, S. 24: „Wir nennen das dogmatische Denken Meinungsdenken, weil es sich zum Ziele setzt, eine wie auch immer mit Autorität ausgestattete Meinung auszudenken“.

⁴³⁶ *Viehweg*, Ideologie und Rechtsdogmatik, S. 88.

⁴³⁷ Vgl. *Viehweg*, Systemprobleme, S. 100.

Erläuternd stellt er dazu fest: „Die funktionell geschiedenen Systeme können nun, was leicht ersichtlich ist, wiederum unterschiedliche Strukturen aufweisen. Man kann insbesondere *serielle*, *deduktive*, *kybernetische*, *neuzeitlich-dialektische* und *klassisch-dialektische* Systeme strukturell unterscheiden“⁴³⁸. Obwohl all diese Strukturen laut *Viehweg* grundsätzlich sowohl im Bereich der Dogmatik wie auch der Forschung auftreten können, sind sie nicht gleicher Weise geeignet, die jeweilige Systemfunktion zu erfüllen. Danach entspricht der dogmatischen Funktion eines Systems eine *klassisch-dialektische* bzw. *topische* Struktur am besten. Das topische System „stammt aus der Rhetorik, bleibt ihr strukturell verbunden und beschränkt sich darauf, ein Argumentationssystem zu sein. Es ist problemorientiert, d.h. ein nach Problemen geordnetes Ganzes. Es bietet zur Lösung seiner Problematik sowohl auf dem Felde der Forschung als auch auf dem der Dogmatik die Zusammenstellung von Gesichtspunkten (Topoi). Das *topische System* ist ersichtlich in dauernder Bewegung, und seine jeweilige Formulierung gibt lediglich eine Argumentationsetappe im Umgang mit der aufgezeigten Problematik an. (...) Werden bestimmte Problembeantwortungen der weiteren Erörterung entzogen, entsteht (...) aus einem zetetischen System ein dogmatisches System mit direkter Wirkung“⁴³⁹.

Ein entscheidender Vorteil der neu akzentuierten Einteilung *Viehwegs* liegt - wie bereits an anderer Stelle angesprochen - darin, daß sie keinen Raum mehr für die Fehldeutung läßt, *Viehweg* schließe für den Bereich der Jurisprudenz schlechthin jede Systembildung aus oder verkenne, daß der Begriff des „Systems“ auch auf andere als deduktive Systeme bezogen werden kann. Zugleich ist die neue Begrifflichkeit von vornherein stärker auf die Rechtsdisziplin zugeschnitten. So ist der Begriff des Forschungsdenkens im Vergleich zu dem des Systemdenkens (im weiteren Sinne) weiter gefaßt, denn ein zetetisches Denken ist durchaus auch im Bereich von Fragestellungen möglich, in denen eine fortschreitende deduktive Systematisierung im Sinne der *Annäherungsthese*, d.h. ohne Verlust des Problembezugs, nicht zu erreichen ist, etwa im Bereich der Geistes- oder Sozialwissenschaften. Dies ermöglicht es *Viehweg*, die Rechtsdisziplin insgesamt besser zu erfassen und in Dogmatikfächer und Forschungsfächer, genauer: in *Rechtsdogmatik* (Privatrecht, Öffentliches Recht, Strafrecht), *Rechtsforschung* bzw. *Rechtswissenschaft* (etwa Rechtssoziologie, Rechtsethnologie, Rechtsgeschichte) und *Rechtsphilosophie* (Rechtstheorie) als Grundla-

⁴³⁸ *Viehweg*, Systemprobleme, S. 103, unter Hinweis auf A. Diemer, Grundriß der Philosophie, Meisenheim 1964, Bd. II, S. 92 ff.

⁴³⁹ *Viehweg*, Systemprobleme, S. 106.

genforschung einzuteilen⁴⁴⁰. Eine solche Betrachtungsweise gestattet es, die einzelnen Fächer ins Verhältnis zu setzen und ihre Wechselbezüge zu untersuchen. Dabei vermag sie *Viehweg* zufolge „der Eigenart unseres Faches näherzukommen“ als die „Klassifikationen in Natur- und Geisteswissenschaften, in Real- und Idealwissenschaften, in erklärende und verstehende Wissenschaften, in Seins- und Sollenswissenschaften und ähnliche“, die „schwer vermeidbare Starrheiten (zeigen), die eine zwanglose und abstrichlose Gruppierung unseres Stoffes nicht erlauben und wesentliche Momente unseres Wissensbereiches lediglich am Rande erscheinen lassen“⁴⁴¹.

Es bleibt allerdings anzumerken, daß die in ihrer Zielrichtung veränderten Unterscheidung zwischen Forschungsdenken und Meinungsdenken für sich genommen hinsichtlich der strukturellen Analyse der verschiedenen Denkweisen hinter *Viehwegs* Unterscheidung zwischen Problem- und Systemdenken an Prägnanz zurückbleibt. Es empfiehlt sich daher, immer beide Differenzierungen im Auge zu behalten und sie als wechselseitige Ergänzungen aufzufassen.

b) Anforderungen an ein dogmatisches Rechtssystem

Im weiteren sind die Aufgaben und Beziehungen der von *Viehweg* bestimmten Fächer einer vollständigen Rechtsdisziplin näher zu betrachten. Dafür ist noch einmal bei *Viehwegs* Verständnis der Rechtsdogmatik und den Voraussetzungen eines dogmatischen Rechtssystems anzusetzen. Ausgehend von seiner funktional ausgerichteten Sichtweise muß nach *Viehweg* jede auf Dauer gerichtete Gruppierung von Menschen, um ihren Zusammenhalt zu ermöglichen, eine Meinung über das, was sie für das Gerechte hält, bilden und festlegen. Eine solche verfestigte Rechtsmeinung (Dogma) erfüllt ihre soziale Funktion dadurch, daß sie die Koordination des Verhaltens einer Mehrheit von Menschen ermöglicht. Die fixierte und verbindlich gemachte Rechtsmeinung kann dabei in einem geringeren oder höheren Grade gedanklich entfaltet und rationalisiert werden⁴⁴². Eine rationalisierte Rechtsmeinung und das dazu gehörige Denkgefüge bezeichnet *Viehweg* als *Rechtsdogma-*

⁴⁴⁰ *Viehweg*, Zur Geisteswissenschaftlichkeit, S. 25 unter Hinweis auf die ähnliche Einteilung bei *P. Koschaker*, Europa und das Römische Recht, 2. Aufl., München/Berlin 1953, S. 284, 337 ff.; *ders.*, Systemprobleme, S. 100.

⁴⁴¹ *Viehweg*, Systemprobleme, S. 99 f.

⁴⁴² *Viehweg*, Über den Zusammenhang zwischen Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtsdogmatik (1960), in: *ders.*, Rechtsphilosophie und Rhetorische Rechtstheorie, Baden-Baden 1995, S. 35 ff. (35).

*tik*⁴⁴³, verstanden als *dogmatisches System*⁴⁴⁴. Viehwegs besonderes Interesse gilt der Beschaffenheit dieser Dogmatizität. Wie bereits an früherer Stelle dieser Arbeit bereits angesprochen, findet er, daß das dogmatische System „jedenfalls sowohl über eine hinreichende Stabilität als auch über eine geeignete Flexibilität verfügen“ muß⁴⁴⁵. „Es muß des näheren einerseits eine einheitsstiftende, als unveränderlich festgehaltene Basisdoktrin besitzen und andererseits möglichst viel ergänzende und interpretierende Einfälle zulassen, deren Verträglichkeit mit der Basisdoktrin darlegbar erscheint“⁴⁴⁶.

Die *Basisdoktrin* umfaßt die Grunddogmata einer jeweiligen Rechtsdogmatik und stellt deren Einheitlichkeit sicher. Innerhalb der bestehenden Rechtsordnung ist diese Basisdoktrin im Grundgesetz verfassungsmäßig verankert⁴⁴⁷. Sie ermöglicht es, das dogmatische System im Wechsel der Situationen als solches aufrechtzuerhalten, indem sie für alle Rechtsschöpfung (einschließlich der richterlichen Rechtsfortbildung) als Kreationstheorie und für alle Auslegung als Interpretationstheorie fungiert⁴⁴⁸. Als äußerster Rahmen einer Rechtsdogmatik dient sie als Deutungsvorschrift für alle anderen darin enthaltenen Sätze und Begriffe. Dabei muß die Basisdoktrin „implizit oder explizit eine materiale *Rechtstheorie* als Letztbegründung enthalten. Das heißt: sie (muß) eine Theorie enthalten, die auf die Frage, was man letztlich für das *Justum* hält, sachhaltig antwortet“⁴⁴⁹. Gleichzeitig muß diese materiale Rechtstheorie - verstanden als *dogmatische Grundtheorie* - mit der Behauptung auftreten, im Hinblick auf den rechtlichen Fragenbereich eine befriedigende Ganzheit von Antworten bieten zu können und keine wesentlichen Antworten schuldig zu bleiben. „Man kann daher sagen, daß ihr notwendigerweise eine *holistische Intention* innewohnt. Sie muß jedenfalls behaupten, daß mit ihrer Hilfe eine bestimmte Sozialproblematik ohne

⁴⁴³ Viehweg, Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtsdogmatik, S. 35 f.

⁴⁴⁴ Vgl. Viehweg, Systemprobleme, S. 101: „Denn will man Handlungen und Handlungsgefüge mit rationaler Begründung (oder Rechtfertigung) steuern, muß man offenbar ein System voraussetzen, welches dogmatisierte, d.h. der Fraglichkeit entzogene Behauptungen enthält“.

⁴⁴⁵ Viehweg, Systemprobleme, S. 102; vgl. ders., Zwei Rechtsdogmatiken (1960), in: ders., Rechtsphilosophie und Rhetorische Rechtstheorie, Baden-Baden 1995, S. 176 ff. (177).

⁴⁴⁶ Viehweg, Systemprobleme, S. 102.

⁴⁴⁷ Dazu Viehweg, Rechtsphilosophie als Grundlagenforschung, S. 49 f., 55 f. Rechtshistorische Beispiele für unterschiedliche Grundtheorien ferner bei Viehweg, Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtsdogmatik, S. 37 f.

⁴⁴⁸ Vgl. Viehweg, Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtsforschung, S. 38 f.; ders., Über die Zukunft der Rechtsphilosophie als Grundlagenforschung (1969), S. 116 ff. (121): „Infolgedessen läßt sich zeigen, daß die Jurisprudenz eine durch ihre Basisdoktrin programmierte, fortgesetzte Willensbildung darstellt. (...) Man kann auch sagen, daß die Jurisprudenz eine *fortschreitende Dogmatisierung* betreibt, indem sie im Rahmen der Grundentscheidungen (dogmata) einen Entscheidungsprozeß fortsetzt. Das hat Hans Kelsen schon seit langem in seiner Weise festgestellt“.

⁴⁴⁹ Viehweg, Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtsforschung, S. 36.

störende Reste lösbar sei“⁴⁵⁰.

Vor diesem Hintergrund kann eine Rechtsdogmatik offensichtlich nicht irgendeine beliebige Rechtsmeinung als Basisdoktrin herausbilden und pflegen. Vielmehr kann die Rechtsdogmatik ihre soziale Funktion der Verhaltensregulierung nur dann erfüllen, wenn sich ihre Basisdoktrin und die darin enthaltene Grundtheorie auf der Metaebene hinreichend stützen läßt oder aus anderen Gründen unhinterfragt bleibt. Sie muß also in besonderer Weise legitimiert sein. Eine solche Legitimation kann etwa im Wege einer religiösen Fundierung erreicht werden. Fehlt oder entfällt allerdings ein entsprechendes Glaubensfundament, „treten notwendigerweise dadurch Schwierigkeiten auf, daß man bei der jetzt erforderlichen Begründung vornehmlich auf die Hilfe der Forschung angewiesen ist. Diese kann aber, je anspruchsvoller und kritischer ihr zetetisches System wird, nur fragmentarisches Wissen anbieten, das bei weitem nicht ausreicht, um die Funktion eines dogmatischen Systems zu erfüllen“⁴⁵¹.

Es bestehen demzufolge wechselseitige Abhängigkeiten zwischen dem rechtsdogmatischen System und der diesem zugrunde liegenden Grundtheorie einerseits und den zetetischen Systemen von Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie andererseits. Anknüpfend an diese Überlegung versucht *Viehweg*, Aufgaben und Grenzen der zetetischen Rechtsfächer näher zu bestimmen.

c) Begründung und Begrenzung der Dogmatik durch Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie

Unter *Rechtsphilosophie* versteht *Viehweg* in erster Linie philosophische *Grundlagenforschung*, d.h. ein zetetisches Denken, das nach den Fundamenten und Voraussetzungen der Rechtsdisziplin fragt⁴⁵². Als schwerpunktmäßige Themen einer so verstandenen Rechtsphilosophie betrachtet er die Grundstruktur und die materiale Grundtheorie des Rechts⁴⁵³. Hinsichtlich der Bedeutung, die der Rechtsphilosophie für die materiale Grundtheorie - also die zur Begründung einer Rechtsdogmatik erforderlichen Basisdoktrin - zukommt, ist

⁴⁵⁰ *Viehweg*, Ideologie und Rechtsdogmatik, S. 88 f.

⁴⁵¹ *Viehweg*, Systemprobleme, S. 102.

⁴⁵² *Viehweg*, Rechtsphilosophie als Grundlagenforschung, S. 46; *ders.*, Zukunft der Rechtsphilosophie, S. 120.

⁴⁵³ *Viehweg*, Rechtsphilosophie als Grundlagenforschung, 1961, S. 51, unter Hinweis auf die Wiener IVR-Resolution von 1959, ARSP 45 (1959), 600.

Viehweg zufolge zu differenzieren. Danach spielt die Rechtsphilosophie zunächst eine ganz wesentliche Rolle bei der Hervorbringung der Grundtheorie, weil eine solche ohne rechtsphilosophische Vorüberlegungen und Implikationen nicht auskommen kann. Dahingehend stellt *Viehweg* fest, daß sich „aus der Rechtsphilosophie (...) eine Rechtstheorie (ergibt), die als Grundtheorie eine Rechtsdogmatik ermöglicht“⁴⁵⁴. Insofern hebt *Viehweg* allerdings klarstellend hervor, daß Rechtsphilosophie und Grundtheorie nicht verwechselt werden dürfen⁴⁵⁵. Denn soweit die (vor allem traditionelle) Rechtsphilosophie materiale Rechtstheorien entwickelt, müssen diese aus einer zetetischen Haltung heraus als bloße Entwürfe betrachtet werden, die nach Funktion und Status von einer verbindlich fixierten Grundtheorie deutlich zu unterscheiden sind. Damit ist zugleich die zweite Rolle angesprochen, die der Rechtsphilosophie im Hinblick auf die materiale Grundtheorie zukommt: Sie setzt nämlich ihre Forschung fort und macht die nunmehr dogmatisierte Grundtheorie zu ihrem Forschungsgegenstand⁴⁵⁶. Die Rechtsphilosophie fungiert also gleichsam als Gegenspielerin der Grundtheorie, „indem sie deren eventuellen Nimbus der Selbstverständlichkeit zerstört und (sich) unablässig bemüht, die Qualität dieser Doktrin durch Analyse und Kritik zu verbessern“⁴⁵⁷.

Mit Blick gerade auf diese zweite Aufgabe zählt *Viehweg* im übrigen auch und gerade solche Ansätze zur Rechtsphilosophie, die ganz in seinem Sinne ein unbegrenztes und radikales Hinterfragen zulassen und verlangen, zur eigenen Bezeichnung aber den Begriff der *Rechtstheorie* bevorzugen⁴⁵⁸. Als kennzeichnend für diese Ansätze erachtet *Viehweg*, daß sie von konkret anzutreffenden Rechtsphänomenen ausgehen mit dem Ziel, deren Struktur in logischer oder soziologischer oder beider Hinsicht zu ermitteln⁴⁵⁹. Die Gerechtigkeitsfrage, die im Mittelpunkt der traditionellen Rechtsphilosophie steht, tritt damit zugunsten einer strukturellen Analyse in den Hintergrund, wobei insbesondere eine wissenschaftliche, d.h. optimal nachprüfbar Sprache erreicht werden soll. Entsprechend liegt die Bedeutung der Rechtstheorie für die Rechtsdogmatik in ihrer kritischen Funktion: „Sie kann Grundannahmen falsifizieren, demzufolge Begriffsbildungen korrigieren, logische Ungenauigkeiten

⁴⁵⁴ *Viehweg*, Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtsdogmatik, S. 39.

⁴⁵⁵ Vgl. *Viehweg*, Zukunft der Rechtsphilosophie, S. 122.

⁴⁵⁶ *Viehweg*, Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtsdogmatik, S. 39.

⁴⁵⁷ *Viehweg*, Zukunft der Rechtsphilosophie, S. 122.

⁴⁵⁸ Diese neue Rechtstheorie hat sich als Theorie des positiven Rechts herausgebildet und wurzelt vor allem in der von *Jeremy Bentham* und *John Austin* im 19. Jh. begründeten „analytical jurisprudence“. Als wichtigste neuere Repräsentanten sind *Kelsen* und *Hart* zu nennen, für die skandinavische Rechtstheorie ist ferner *Hägerström* hervorzuheben. Zur Abgrenzung und Entstehung dieser Rechtstheorie s. auch *Dreier*, Allgemeine Rechtstheorie, S. 17 ff.

⁴⁵⁹ *Viehweg*, Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtsdogmatik, S. 40.

beseitigen und anderes mehr⁴⁶⁰.

Es bleibt allerdings die Frage, inwieweit die Rechtsphilosophie darüber hinausgehend in der Lage ist, zur materialen Grundtheorie der Rechtsdogmatik auch inhaltlich Stellung zu nehmen und ihr die erforderliche Legitimation zu verschaffen. Insoweit wurde bereits festgestellt, daß *Viehweg* zufolge das zetetische Denken im Bereich des Rechts nur fragmentarisches Wissen liefern kann, „das bei weitem nicht ausreicht, um die Funktion eines dogmatischen Systems zu erfüllen“. Eine zetetische Rechtstheorie, die als materiale Grundtheorie eine Rechtsdogmatik im ganzen tragen könnte, ist danach nicht abzusehen. Um ihre Funktion erfüllen und die ihr zugrunde liegende Sozialproblematik umfassend lösen zu können, bleibt die Grundtheorie der Rechtsdogmatik darauf verwiesen, die Grenzen dessen zu überschreiten, „was nach näher anzugebenden Kriterien einer Forschungstheorie als ‚wißbar‘ bezeichnet werden darf. (...) Man kann dann sagen, daß Erkenntnis durch Bekanntheit zu ergänzen sei, oder Wissen durch Glauben, oder in älterer Sprechweise *ratio* durch *fides*, oder *scibilia* durch *credibilia* oder ähnliches mehr⁴⁶¹. Unter diesem Gesichtspunkt läßt sich nach *Viehweg* die Basisdoktrin oder materiale Grundtheorie auch als *Rechtsideologie* auffassen: „Denn man sagt ja, daß eine bloße Ideologie sich von einer wissenschaftlichen Theorie insbesondere dadurch unterscheidet, daß sie bedenklich holistisch sei und dabei ihren kognitiven Gehalt überziehe“⁴⁶².

Dabei handelt es sich - wie *Viehweg* ausdrücklich betont - um einen neutralen Ideologiebegriff, der schlicht eine Theorie mit sozialer Funktion auf dem Gebiet des Rechts bezeichnet. Mit diesem Begriff beabsichtigt *Viehweg* keine Abwertung, sondern eine Sprechweise, die einerseits einen vorurteilsfreien Vergleich verschiedener Rechtsideologien - etwa unserer mit der marxistisch-leninistischen oder islamischen - ermöglicht, andererseits aber keine durchgehende Gleichbewertung impliziert, sondern dazu zwingt, Möglichkeiten und Kriterien einer metaideologischen Beurteilung zu reflektieren⁴⁶³. Insoweit tritt *Viehweg* namentlich der These des Marxismus-Leninismus entgegen, wonach eine

⁴⁶⁰ *Viehweg*, Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtsdogmatik, S. 41. Zur Bedeutung einer hinlänglichen Beschreibung des Phänomens „Recht“ *ders.*, Rechtsphilosophie als Grundlagenforschung, S. 48.

⁴⁶¹ *Viehweg*, Ideologie und Rechtsdogmatik, S. 90.

⁴⁶² *Viehweg*, Ideologie und Rechtsdogmatik, S. 89, unter Bezugnahme auf *R.König/ W.Kaupen*, Ideologie und Recht - Soziologische Anmerkungen zum Thema, in: Maihofer (Hg.), Ideologie und Recht, Frankfurt/Main 1969, S. 147 ff.

⁴⁶³ Insbes. im Hinblick auf *Viehwegs* Auseinandersetzung mit dem Marxismus-Leninismus wird der zeitgeschichtliche Hintergrund der *viehwegschen* Ausführungen deutlich spürbar, was ihre Aktualität aber nicht beeinträchtigt. S. auch *Viehweg*, Zwei Rechtsdogmatiken, S. 178 ff.; *ders.*, Rechtsphilosophie als Grundlagenforschung, S. 54, 58.

metaideologische Diskussion letztlich stets auf eine Selbsttäuschung hinauslaufe und sich lediglich darin erschöpfe, eine Ideologie gegen eine andere auszuspielen⁴⁶⁴.

Neben der Forderung nach einer vergleichenden *Prämissenanalyse*, die nach Auffassung *Viehwegs* noch keineswegs in umfassender Weise erfolgt ist, verweist er dabei auf zwei mögliche Kriterien. Eines sieht er im logischen Gewicht, wonach solche Dogmatiken vorzuziehen sind, deren Grundtheorie einen besseren *logischen Zusammenhang* aufweist. Als weiteres benennt er die Forderung, daß darin das „Wißbare“ darin überwiegen müsse: „In der von uns oben gewählten Sprechweise könnte man sagen, man verlange hier eine möglichst große Quote von scibilia und möglichst wenig credibilia (wobei die Sicherung beider Begriffe hier vorausgesetzt sei). Das eben erwähnte Postulat scheint uns heute sogar fast selbstverständlich. Es ist es aber nicht. Zum Beispiel wird in der Dogmendiskussion zwischen der griechischen christlichen Kirche einerseits und der römischen christlichen Kirche andererseits von jener gern ihre religiöse Glaubensbereitschaft betont und das westliche Wissenwollen gerügt. Man will sozusagen großgläubig sein und nicht kleingläubig“⁴⁶⁵.

Natürlich ist sich *Viehweg* darüber bewußt, daß die genannten Kriterien unzureichend bleiben. So ergibt sich hinsichtlich des Kriteriums der Logizität die Schwierigkeit, daß sich nicht ohne weiteres feststellen läßt, welches logische Gewicht einzelne Sätze innerhalb des Gesamtgefüges einer mehr oder minder vage gefaßten Grundtheorie zukommt. Und das ergänzende Kriterium des „Wißbaren“ als Kriterium der Sachhaltigkeit ist natürlich keineswegs gesichert. Immerhin aber läßt sich versuchen, damit wenigstens eine Richtung anzugeben. Indem *Viehweg* sich im weiteren gerade darum bemüht, wird deutlich, wie wichtig es ihm ist herauszustellen, daß seine Rekonstruktion der Jurisprudenz nicht auf einem gleichgültigen oder bequemen Relativismus beruht, nicht auf Kleingläubigkeit, sondern auf Wissenwollen. Wobei die Frage nach den wissensmäßigen Voraussetzungen einer Antwort auf die Gerechtigkeitsfrage das „Risiko der Feststellung ein(geht), daß ein immer weiterfragendes Denken, wenigsten auf dem hier interessierenden Gebiete, fortgesetzt zum Nichtwissen führt“⁴⁶⁶.

Ungeachtet dieser Einschränkung gelangt *Viehweg* dahin, daß das gesuchte wissensmäßige Kriterium nur in einem angemessenen Menschenbild bestehen kann und also auf das anth-

⁴⁶⁴ *Viehweg*, *Ideologie und Rechtsdogmatik*, S. 91.

⁴⁶⁵ *Viehweg*, *Ideologie und Rechtsdogmatik*, S. 92.

⁴⁶⁶ *Viehweg*, *Rechtsphilosophie als Grundlagenforschung*, S. 57.

ropologische Gebiet verweist. Dahingehend formuliert *Viehweg* die Hoffnung, daß hier Resultate zu erzielen seien, „die jedenfalls mehr sind als nichts“. „Dabei ist es (...) auch hier empfehlenswert, die Erwartungen herabzusetzen und keine Absolutheitsansprüche zu stellen, die in ihrer Enttäuschung so leicht zum Nihilismus führen. (...) Annehmbar erscheint lediglich ein auf möglichst breiter Erfahrungsbasis fußendes hypothetisches, unvollständiges und daher auch überholbares Menschenbild, welches die eigentümliche Beschaffenheit zu zeigen versucht, die allem menschlichen Sein gemeinsam ist. Wenn man annimmt, daß das Recht dem Menschen ermöglichen *soll*, als Mensch zu leben, muß es jedenfalls diese Beschaffenheit achten und gewährleisten“⁴⁶⁷.

Dieser Gedanke ist, wie *Viehweg* freimütig einräumt, keineswegs neu, sondern fester Bestandteil der Geschichte der abendländischen Rechtsphilosophie, worauf hier nicht weiter einzugehen ist. Hervorzuheben ist allerdings, daß *Viehweg* die Bezugnahme auf den empirischen Menschen mit der Einsicht in dessen Situationsverhaftung verbindet. Diese schließt nach *Viehweg* nicht nur historische Universaldeutungen aus, sondern macht zugleich deutlich, daß eine Rechtsdogmatik und ihre Grundtheorie nicht losgelöst von dem in einem bestimmten Geschichtsraum entstandenen Kulturkreis beurteilt werden kann⁴⁶⁸. Danach muß eine materiale Grundtheorie aufnehmen, was im jeweiligen Rechtsraum überhaupt als Gerechtigkeitsproblematik angesehen wird und in welcher Richtung die Grundantworten verlaufen, wenn sie den Rahmen rechtsdogmatischer Argumentation wirksam abstecken und begrenzen will. Die bestehenden Rechtsvorstellungen sind also auf engste verbunden mit einem Geflecht von Faktoren politischer, gesellschaftlicher, wirtschaftlicher, technischer, gewohnheitsmäßiger, sittlicher, religiöser und halbreligiöser Art. In diesem Bereich ergibt sich nach *Viehweg* ein wichtiges und breites Forschungsfeld für die von ihm der *Rechtswissenschaft* zugeordneten Fächer, also der Rechtssoziologie, Rechtsethnologie, Rechtspsychologie, Rechtsgeschichte usw.

Insgesamt ist es *Viehweg* vor diesem Hintergrund ein besonderes Anliegen, den engen Zusammenhang von Rechtsphilosophie, Rechtswissenschaft und Rechtsdogmatik und zugleich die Notwendigkeit zu betonen, keines dieser Gebiete aufzugeben⁴⁶⁹: Gerade weil

⁴⁶⁷ *Viehweg*, Rechtsphilosophie als Grundlagenforschung, S. 59 m.w.N.

⁴⁶⁸ Vgl. *Viehweg*, Rechtsphilosophie als Grundlagenforschung, S. 56, 59.

⁴⁶⁹ Vgl. nur *Viehweg*, Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtsdogmatik, insbes. S. 43 f.; *ders.*, Was heißt Rechtspositivismus? (1968), in: *ders.*, Rechtsphilosophie und Rhetorische Rechtstheorie, Baden-Baden 1995, S. 166 ff. (174 f.).

die Rechtsdogmatik ihren Charakter als Dogmatik wahren muß und dabei nach *Viehweg* aufgrund ihrer sozialen Funktion unvermeidlich ideologische Züge im angegebenen Sinne aufweist, bedarf sie der kritischen Reflexion seitens der Rechtsphilosophie. Dabei kommt der Rechtsphilosophie die Aufgabe zu, eine optimale Gestaltung der dogmatischen Grundtheorie zu ermöglichen sowie zu verhindern, daß die illusionären Momente darin überhand nehmen. Insoweit gilt es nach *Viehweg*, die Rationalität der Rechtsdogmatik jedenfalls im Sinne einer größtmöglichen Diskutierbarkeit zu gewährleisten⁴⁷⁰. Daneben bedarf die Rechtsdogmatik, die einer stetigen Fortentwicklung im täglichen Treiben in den Parlamenten, Gerichtssälen und Ämtern unterliegt, der Beratung und Information durch eine hinlänglich breit angelegte rechtswissenschaftliche Forschung. Umgekehrt sind Rechtsphilosophie und Rechtswissenschaft bei der Formulierung ihrer Fragestellungen auf die Beobachtung der Rechtsdogmatik und Rechtspraxis angewiesen.

2. Rechtsrhetorik als Theorie vom begründenden Reden

a) Der Rückgriff auf die Semiotik

In den 70er-Jahren wird die Frage nach der Struktur juristischer Argumentation und den Voraussetzungen rationalen Begründens zu einem zentralen Thema der rechtstheoretischen Debatte und zum Gegenstand verschiedener sog. *Argumentationstheorien*⁴⁷¹. Ausgehend von der Einsicht, daß rechtliches Entscheiden sich durch die Gesetze nicht umfassend steuern und auf die Erkenntnis vorgegebener Inhalte beschränken läßt, verbindet diese Ansätze die Frage, ob und wie sich eine rationale Begründung für die jeweilige Entscheidung erreichen läßt bzw. welche Anforderungen an die juristische Argumentation sich insoweit ergeben. Die bereits in „Topik und Jurisprudenz“ formulierte Überlegung *Viehwegs*, wonach die Diskussion „offenbar die einzige Kontrollinstanz“ für juristische Problemerkörterungen bildet und „daher jedes Interesse daran (besteht), wenigstens diese Diskutierbarkeit so klar

⁴⁷⁰ Vgl. *Viehweg*, Zwei Rechtsdogmatiken, S. 183; *ders.*, Positivismus und Jurisprudenz (1971), in: *ders.*, Rechtsphilosophie und Rhetorische Rechtstheorie, Baden-Baden 1995, S. 159 ff. (164).

⁴⁷¹ Bezeichnend dafür ist die Themenwahl auf dem Weltkongreß für Rechts- und Sozialphilosophie in Brüssel 1971, s. dazu: Die juristische Argumentation, ARSP Beiheft Nr. 7 (1972); ferner ein von der DFG gefördertes Symposium „Juristische Argumentationstheorie“ 1977, dazu *Rodingen*, Juristische Argumentationstheorie. Bericht über das gleichnamige Rundgespräch vom 3. - 5. 11. 1977 in München, Rechtstheorie 9 (1978), 236 ff., sowie etwa die Tagung der Deutschen Sektion der IVR 1978 ebenfalls in München, vgl. dazu Argumentation und Recht, ARSP Beiheft Nr. 14 (1980).

und einfach wie möglich zu gestalten“⁴⁷², wird dabei aufgegriffen⁴⁷³. Allerdings vollzieht sich die Debatte um Argumentation und Recht unter veränderten Vorzeichen und führt zu anderen Schwerpunktsetzungen. So wird etwa der Stellenwert der modernen Logik für die juristische Argumentation neu hinterfragt; Deduktivität und Exaktheit werden nicht mehr primär unter dem Gesichtspunkt einer gesetzesgebundenen Entscheidungsfindung betrachtet, sondern als Anforderungen einer kontrollierbaren Darstellung diskutiert⁴⁷⁴. Aber nicht nur zur Konstruktion neuer Begründungsmodelle, auch zur Re- und Dekonstruktion rechtsdogmatischer Argumentationen werden verstärkt sprachtheoretische Ansätze rezipiert. Mit deren Hilfe wird einerseits versucht, semantische Regeln für die Bestimmung bzw. Festsetzung der Bedeutung gesetzlicher Begriffe aufzustellen⁴⁷⁵; andererseits werden sie herangezogen, um Formen eines unreflektierten juristischen Sprachgebrauchs und verdeckte Wertungen sichtbar zu machen⁴⁷⁶.

Schließlich erscheint das Verhältnis von juristischer und moralischer Argumentation, von Rationalität und Konsensorientierung vor dem Hintergrund namentlich der von *Habermas* entwickelten Diskurstheorie in einem veränderten Licht⁴⁷⁷. Die von dieser Entwicklung ausgehenden Impulse nimmt nun umgekehrt auch *Viehweg* auf, indem er die in „Topik und Jurisprudenz“ entwickelte Konzeption einer *formalen Topik*, also seine Analyse der topischen Struktur juristischen Redens, mit Mitteln der Sprachtheorie und im Sinne einer rhe-

⁴⁷² *Viehweg*, Topik, S. 43, 45.

⁴⁷³ Etwa *Kriele*, Rechtsgewinnung, vgl. S. 136, 198, 314, indem er dem topischen Ansatz das Konzept einer Bewertung der Entscheidungsfolgen im Hinblick auf das Allgemeininteresse bzw. das jeweils fundamentale Interesse als Kriterium vernünftiger juristischer Argumentation vorschlägt. Dies setzt allerdings voraus, daß über Inhalt und Rangordnung zu berücksichtigender Allgemeininteressen bereits Klarheit besteht, dazu *Larenz*, Methodenlehre, 6. Aufl., S. 150. S. ferner die Bezugnahme auf *Viehweg* bei *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation(1978), 4. Aufl., Frankfurt/Main 2001, S. 43 Fn. 72, der anmerkt, daß er „in einem gewissen Sinne die Intentionen der juristischen Topik aufnimmt“.

⁴⁷⁴ Zum Erfordernis einer deduktiven Urteilsstruktur einerseits *Rödig*, Theorie des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens, Berlin 1973, S. 3; *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, S. 273 - 283; *J.Schmidt*, Begründung - Einige Probleme eines rechtstheoretischen Problems, in: Kaulbach/Krawietz (Hg.), Recht und Gesellschaft, FS Schelsky, Berlin 1978, S. 549 ff.; *Koch/Rüßmann*, Juristische Begründungslehre, München 1982, S. 48 ff., 69; andererseits *Struck*, Zur Theorie juristischer Argumentation, Berlin 1977, S. 45 ff.; *Neumann*, Rechtsontologie und juristische Argumentation, Heidelberg/Hamburg 1979, S. 10 ff.; *Simon*, Die Unabhängigkeit des Richters, Darmstadt 1975, S. 68 ff.

⁴⁷⁵ *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, S. 263, 278 f.; *Koch*, Der unbestimmte Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, in: *ders.* (Hg.), Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie, Kronberg 1976, S. 186 ff. (202, 208); *Rüßmann*, Zur Abgrenzung von Rechts- und Tatfrage, ebd., S. 242 ff. (253 f.); *Koch/Rüßmann*, Juristische Begründungslehre, S. 56 f.

⁴⁷⁶ Vgl. *D.Horn*, Rechtssprache und Kommunikation, Berlin 1966; *Rodingen*, Ansätze zu einer sprachkritischen Rechtstheorie, ARSP 58 (1972), 161 ff.; *Seibert*, Von Sprachgegenständen zur Sprache von juristischen Gegenständen, ARSP 58 (1972), 43 ff.; *Neumann*, Rechtsontologie.

⁴⁷⁷ Dazu unten S. 144.

torischen Argumentationstheorie neu zu fassen sucht⁴⁷⁸.

Als Ansatzpunkt dient *Viehweg* insofern die in der neueren Semiotik gebräuchliche und auf *Morris* zurückgehende Unterscheidung zwischen syntaktischer, semantischer und pragmatischer Dimension einer Sprechweise. Danach behandelt die Syntax das Verhältnis sprachlicher Zeichen untereinander, die Semantik das Verhältnis zwischen sprachlichen Zeichen und Bezeichnetem, und die Pragmatik das Verhältnis zwischen sprachlichen Zeichen und Sprechern, d.h. situativen Zusammenhang, in dem die Zeichen von den Beteiligten jeweils benutzt werden⁴⁷⁹. Anhand dieser Differenzierung läßt sich nach *Viehweg* eine situative Betrachtungsweise einer nichtsituativen gegenüberstellen. Die *nichtsituative* Betrachtungsweise kennzeichnet sich demzufolge dadurch, daß sie sich auf die syntaktisch-semantische Dimension konzentriert und die Pragmatik nur ausnahmsweise und ergänzungshalber in den Blick nimmt⁴⁸⁰. Nach *Viehweg* fordert und fördert eine solche Sichtweise Feststellungen, die dem zeitlichen Wandel entzogen sind. Sie entspricht einem Verständnis, das der Sprache eine vornehmlich *deskriptive* Funktion beimißt und eine möglichst allgemeingültige Bedeutungsfestlegung sprachlicher Ausdrücke intendiert⁴⁸¹. Im abendländischen Kulturbereich hat sich diese Sichtweise gemäß *Viehweg* über weite Strecken als vorherrschend und prägend erwiesen. Demgegenüber rückt innerhalb einer *situativen* Betrachtungsweise die pragmatische Dimension in den Vordergrund. Ihr besonderes Interesse richtet sich nicht auf die Abbildungsfunktion, sondern auf die *direktive* Funktion der Sprache, die sich in der koordinierenden, dirigierenden und normierenden Wirkung wechselseitiger Sprechhandlungen entfaltet⁴⁸². Für *Viehweg* ist nun entscheidend, „daß die Rhetorik von alters her die eben erwähnte Pragmatik an erster Stelle im Auge hatte“⁴⁸³. Denn nach rhetorischer Auffassung erweisen sich Intention und Position eines Sprechers für dessen Rede als konstituierend, was bedeutet, daß eine Rede nicht losgelöst vom Hin-

⁴⁷⁸ *Viehweg*, Topik, S. 111 ff. (Anhang zur Fortentwicklung der Topik in der 5. Aufl. von 1974); *ders.*, Notizen zu einer rhetorischen Argumentationstheorie, S. 191. Als Themenfelder einer solchen Argumentationstheorie benennt *Viehweg* „die Sprachproblematik, Fragen der operativen Logik sowie neu gestellte Begründungsfragen“.

⁴⁷⁹ Grundlegend *Morris*, Foundations of the Theory of Signs, in: International Encyclopedia of Unified Science, Vol. I, 1938, No. 2, S. 1 ff. (deutsch: Grundlagen der Zeichentheorie, München 1972); s. dazu *Viehweg*, Topik (Anhang), S. 111.

⁴⁸⁰ Dazu *Viehweg*, Notizen zu einer rhetorischen Argumentationstheorie, S. 194; *ders.*, Schritte zu einer Rhetorischen Rechtstheorie, 200 ff.; *ders.*, Rhetorik, Sprachpragmatik, S. 208; *ders.*, Zur Topik, S. 210 f.

⁴⁸¹ Vgl. *Viehweg*, Rhetorik, Sprachpragmatik, S. 208: Die arhetorische Geistigkeit „geht daher darauf aus, Welt abzubilden, und entwirft dementsprechend Weltbilder“.

⁴⁸² Zur Überlegung, daß die Sprache sich aus ihrer Abbildungsfunktion heraus nicht hinreichend erklären läßt, *Viehweg*, Zur Topik, S. 211, unter Hinweis auf *Wittgenstein*, Philosophische Untersuchungen, Nr. 88, in: Werkausgabe Bd. I, Frankfurt/Main 1969.

⁴⁸³ *Viehweg*, Topik (Anhang), S. 112.

tergrund der jeweiligen *Redesituation* betrachtet werden kann. Entsprechend weist - wie *Viehweg* hervorhebt - auch schon *Morris* darauf hin, daß die Rhetorik historisch betrachtet als frühe und verkürzte Stufe der (semiotischen) Pragmatik angesehen werden könne⁴⁸⁴. Nach *Viehweg* läßt sich deshalb statt von einer situativen oder nichtsituativen auch von einer *rhetorischen* oder *antirhetorischen* Sichtweise sprechen⁴⁸⁵.

Vor diesem Hintergrund verzeichnet *Viehweg* mit Genugtuung eine allgemeine Wende hin zur Pragmatik, die er insbesondere als Versuch versteht, „erneut und mit neuen Mitteln, die pragmatische Situation, aus der alle Rede stammt, als Startsituation zu reflektieren, um aus ihr die weiteren gedanklichen Hervorbringungen verständlich zu machen“⁴⁸⁶ - und die seines Erachtens nach zugleich zu einer überfälligen Rückbesinnung auf die Rhetorik führen muß.

b) Topik und Pragmatik

Für *Viehweg* ergibt sich damit, daß eine rechtliche Argumentationstheorie als *Theorie vom begründenden Reden* an die Rhetorik anknüpfen und die Aufgabe verfolgen muß, Voraussetzungen und Bedingungen von Argumentationen in pragmatischer Hinsicht abzuklären: „Es ist erforderlich, den unablässigen Herstellungsprozeß zu untersuchen, der in der Redesituation sprachliche Bedeutung produziert. Denn es ist hier unerlaubt, vereinfachend anzunehmen, daß diese Bedeutungen ein für allemal situationsentrückt festliegen“⁴⁸⁷. „Nur wenn man diesen Herstellungsprozeß hinreichend durchleuchtet, gewinnt man Einblick in den direktiven Aufbau einer sozialen Welt“⁴⁸⁸.

Das entspricht im Kern dem Anliegen, *Viehweg* bereits in „Topik und Jurisprudenz“ verfolgt. Entsprechend ist auch festzustellen, daß die Bezugnahme auf die Semiotik zunächst und vor allem zu einer Bestätigung und terminologischen Adaption seiner topischen Re-

⁴⁸⁴ *Viehweg*, Schritte zu einer Rhetorischen Rechtstheorie, S. 200 f.; vgl. *Morris*, Foundations of the Theory of Signs, S. 30.

⁴⁸⁵ *Viehweg*, Schritte zu einer Rhetorischen Rechtstheorie, S. 201; *ders.*, Rhetorik, Sprachpragmatik, S. 208.

⁴⁸⁶ *Viehweg*, Topik (Anhang), S. 112, unter Bezugnahme auf *Lorenz*, Elemente der Sprachkritik, Frankfurt/Main 1970; *Emge*, Über die Unentbehrlichkeit des Situationsbegriffs für die normativen Disziplinen, Wiesbaden 1966. S. dazu *von Savigny*, Die Philosophie der normalen Sprache, Frankfurt/Main 1969.

⁴⁸⁷ *Viehweg*, Rhetorik, Sprachpragmatik, S. 208; s. auch *ders.*, Topik (Anhang), S. 115: „Sie muß in erster Linie versuchen, den intellektuellen Herstellungsprozeß abzuklären, der sich in der Redesituation auf der Suche nach Verständigung abspielt. (...) Er ist als ein im Miteinander und Gegeneinander betriebenes Verfahren verständlich zu machen, und zwar als ein Verfahren, das nicht auf bereits fixierten Behauptungen beruht, sondern um deren Auffindung und Fixierung erst einmal ringt“

⁴⁸⁸ *Viehweg*, Schritte zu einer Rhetorischen Rechtstheorie, S. 204.

konstruktion des juristischen Denkens verhilft. Für die Topoi ergibt sich insoweit eine Kennzeichnung als „pragmatische und situative Suchformeln“, die „ex tempore et situatio-
ne Sprech- und Denkhandlungen an(regen), die von den Beteiligten angenommen oder zurückgewiesen werden können“⁴⁸⁹. „Sie sind deshalb immer schon direktiv und nicht nur beschreibend. Man beachte, daß stets und überall und nicht zuletzt in der Rechtswelt redend erfunden wird. Die rhetorische Topik ist nicht darum bemüht, Inventionen zu beseitigen, sondern sie diskutierbar zu machen“⁴⁹⁰. Wie *Viehweg* hervorhebt, läßt sich diese Bedeutung der Topik dagegen ausgehend von einer antirhetorischen, syntaktisch-semantischen Sprachauffassung nicht erfassen, zumal die Topoi „in aller Regel weder einer wohlgeordneten Semantik noch einer straff gefügten Syntax genügen“⁴⁹¹.

Die Ausblendung der pragmatischen Dimension begünstigt und erklärt für *Viehweg* zudem die von ihm in „Topik und Jurisprudenz“ kritisierte Fehldeutung der Jurisprudenz als Systemdenken: „Denn hat man einmal ein Denkgefüge von den Störungen der pragmatischen Ausgangssituation, soweit wie irgend möglich, befreit, kann man über dessen isolierten syntaktischen Aufbau weitgehend störungsfrei verfügen. Auf diese Weise führte im Anfang der Neuzeit die Betonung der Syntax zu den großen und beliebten Zeichenhierarchien der Vernunftrechtssysteme, deren Isolierung schon *Montesquieu* kritisierte“⁴⁹². Die isolierende Syntaktisierung betonte das deduktive System und war offenbar dazu geeignet, die Axiomatisierung zu fördern (...). Dabei hat sich im juristischen Bereich (...) die eben erwähnte Axiomatisierung stets auf besonders qualifizierte und politisch meist erbittert umkämpfte Axioma gestützt, sodaß man gerade durch sie und deren Situationsbezogenheit auf außersyntaktische, letztlich situative und pragmatische Erörterungen verwiesen wurde“⁴⁹³.

Eine besondere Akzentuierung erfährt nun ferner die Überlegung, daß eine antirhetorische Sichtweise auf juristischem Gebiet in semantischer Hinsicht zu isolierenden Vergegenständlichungen tendiert: „Denn hier werden sehr häufig Produkte der Rechtssprache als außersprachliche, von der Rechtssprache lediglich abgebildete Gegenstände vorgestellt. Auf diese Weise schuf man zuweilen selbständige Gegenstandsfelder, die das Rechtsdenken

⁴⁸⁹ *Viehweg*, Rhetorik, Sprachpragmatik, S. 209.

⁴⁹⁰ *Viehweg*, Schritte zu einer Rhetorischen Rechtstheorie, S. 203 f., unter Verweis auf *Seibert*, Zur Fachsprache der Juristenausbildung, Berlin 1977, insbes. Abschnitt III. S. auch *Viehweg*, Zur Topik, S. 211 f.

⁴⁹¹ *Viehweg*, Rhetorik, Sprachpragmatik, Rechtstheorie, 1978, S. 208.

⁴⁹² Dazu *Viehweg*, Modelle juristischer Argumentation in der Neuzeit (1972), in: *ders.*, Rechtsphilosophie und Rhetorische Rechtstheorie, Baden-Baden 1995; S. 127 ff.

⁴⁹³ *Viehweg*, Topik (Anhang), S. 113; vgl. auch *ders.*, Zur Topik, S. 213.

anzutreffen vermeinte und dementsprechend beschrieb, obgleich es sie selbst herstellte. (...) Bei alledem liegt jedenfalls ein semantisches Denkmuster zugrunde. Es führt den praktizierenden Juristen vielfach zu der Überzeugung, daß das, was in casu hic et nunc als gerecht zu ermitteln ist, sich mit hinreichender Sicherheit letztlich doch aus der Wortbedeutung des einschlägigen Rechtstextes ergebe“⁴⁹⁴. Dabei erachtet *Viehweg* solche Vergegenständlichungen keineswegs als schlechthin unzulässig, sondern erkennt an, daß sie „auch in der Rechtswelt eine gewisse Hilfe leisten“ können, indem sie der Abkürzung und Veranschaulichung dienen. Nur muß nach *Viehweg* dabei beachtet werden, daß man sie im Gebrauch „pragmatisieren, d.h. in den Kontext einer Situation bringen, genauer: ihre Isolierung, die durch die fixierende Definition entstand, wieder beseitigen“ muß⁴⁹⁵.

Die kritische Betrachtung von Ontologisierungen im juristischen Sprachgebrauch ist allerdings nicht der einzige Aspekt, den *Viehweg* im Zusammenhang mit seiner Hinwendung zur Semiotik den früheren Überlegungen hinzufügt. Dabei sucht er den Anschluß an Ansätze aus dem Bereich der Logik und der praktischen Philosophie, die ebenfalls die Bedeutung der Pragmatik betonen, und die er im Hinblick auf die Entwicklung einer juristische Argumentationstheorie als richtungsweisend betrachtet. Darauf ist nunmehr einzugehen.

c) Operative Logik und kommunikative Pflichten

Gemäß den bisherigen Feststellungen ergibt sich für *Viehweg*, daß sich eine Theorie vom begründenden Reden nicht auf die Suche oder Festlegung allgemein verbindlicher syntaktischer und semantischer Regeln beschränken kann, weil juristische Kommunikationsprozesse und der Umgang mit Rechtstexten nur unter Einbeziehung der pragmatischen Dimension hinreichend transparent und verständlich gemacht werden können. Demnach erscheint - wie *Viehweg* wohl auch im Hinblick auf die an „Topik und Jurisprudenz“ geäußerte Kritik besonders hervorhebt - eine rhetorisch-pragmatische Betrachtungsweise gerade auch unter dem rechtsstaatlichen Gesichtspunkt der optimalen Nachprüfbarkeit rechtlicher Argumentationen geboten. Wie sich eine entsprechende pragmatische Kontrolle gestalten

⁴⁹⁴ *Viehweg*, Topik (Anhang), S. 113 f.

⁴⁹⁵ *Viehweg*, Schritte zu einer Rhetorischen Rechtstheorie, S. 201 f. Als Extrembeispiel für juristischer Ontologisierungsbestrebungen verweist *Viehweg* auf A. Reinach, Zur Phänomenologie des Rechts - Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts, München 1953, S. 14, 16, s. *ders.*, Zur Topik, S. 212 f.: „Indem der verehrte Verfasser sich bemühte zu zeigen, daß es rechtliche Gebilde gibt, die ‚ein Sein besitzen, so gut wie Zahlen, Bäume oder Häuser‘, meinte er, wie er versicherte, zwar ‚nichts Dunkles und Mystisches‘, aber im Sinne unserer Überlegungen sicherlich etwas ganz und gar Unrhetorisches“.

könnte, sucht *Viehweg* im weiteren zu verdeutlichen.

Dabei setzt er zunächst bei der Frage nach der Logizität rechtlicher Argumentationen an. Innerhalb eines antirhetorischen Modells, so stellt *Viehweg* fest, bildet die Nachprüfung der logischen Zusammenhänge im Sinne einer syntaktischen Kontrolle eine zentrale Aufgabe⁴⁹⁶. Dabei besteht nach *Viehweg* die Gefahr, daß dieser Aspekt überbewertet wird. Dahingehend erinnert er noch einmal an die Schwierigkeiten, die der Errichtung eines axiomatisch-deduktiven Begründungssystem - also einer Kalkülierung - im Bereich des Rechts entgegenstehen, insbesondere auch im Hinblick auf die sich damit ergebenden semantischen Probleme: „Da ein ungedeuteter Kalkül natürlich nicht als Rechtslogik angeboten werden kann, müssen für die benutzten Zeichen sachhaltige Deutungsanweisungen gegeben werden. Das könnte in thesi durch eine mehr oder weniger umfängliche Deutungsvorschrift, die für alle in diesem Bereich aufgestellten Kalküle gilt, geschehen. In praxi würde freilich eine solche Kalkülierung, die auch mit situativen Innovationen rechnen müßte, an ihrer hohen Kompliziertheit scheitern. Infolgedessen bleibt man nach wie vor und im großen und ganzen hier auf die permanente Interpretation von Fall zu Fall angewiesen“⁴⁹⁷.

Viehweg hält es insofern für wenig aussichtsreich, sich einseitig auf syntaktisch-semantische Fragen zu konzentrieren, und entsprechend geht er auf die vielfältigen neueren Ansätze, die sich mit der Anwendbarkeit der modernen Logik auf dem Gebiet des Rechts auseinandersetzen, nicht näher ein⁴⁹⁸. Interessanter erscheint es *Viehweg*, das Kriterium der Folgerichtigkeit *pragmatisch* zu fassen, d.h. eine *operative Logik* zu entwickeln, die nicht nach dem logischen Zusammenhang von Sätzen, sondern nach der *Folgerichtigkeit sprachlicher Handlungen in der Gesprächssituation* fragt⁴⁹⁹. Einen entsprechenden Ansatz in der Logik sieht *Viehweg* namentlich in der Dialogik nach *Lorenzen* und *Lorenz*, die zur sog.

⁴⁹⁶ *Viehweg*, Antirhetorische und rhetorische Kontrolle, S. 219.

⁴⁹⁷ *Viehweg*, Antirhetorische und rhetorische Kontrolle, S. 220; ferner *ders.*, Notizen zu einer rhetorischen Argumentationstheorie, S. 195.

⁴⁹⁸ Grundlegend ist dabei die Frage, ob der Anwendungsbereich der Logik auf wahrheitsfähige Sätze zu beschränken sei und ob als solche nur deskriptive Sätze in Betracht kommen. Dazu sowie zur Forderung nach einer speziell auf Normsätze zugeschnittenen deontischen Logik *Schreckenberger*, Über den Zugang der modernen Logik zur Rechtsdogmatik, in: Ballweg/Seibert (Hg.), Rhetorische Rechtstheorie, FS *Viehweg*, Freiburg/München 1982, S. 155 ff.

⁴⁹⁹ *Viehweg*, Topik (Anhang), S. 116; *ders.*, Notizen zu einer rhetorischen Argumentationstheorie, S. 193, unter Verweis auf *V. Richter*, Untersuchungen zur operativen Logik der Gegenwart, Freiburg/München 1965. Klarstellend bemerkt *Viehweg* dazu, „daß hier nicht etwa von einer neuen Logik die Rede ist, sondern von neuen, unkonventionellen Logikgestalten“.

Erlangener Schule gehören⁵⁰⁰.

Wie *Viehweg* darlegt, erlaubt es die Dialogik, „den Dialog als ein geregeltes Spiel zwischen zwei Spielern oder Parteien aufzufassen. Diese werden in rhetorischer Tradition Proponent (oder Respondent, oder Defendent) einerseits und Opponent andererseits oder einfach W (weiß) und S (schwarz) genannt. Ihre Redehandlungen sind die Züge des Dialogspiels, die eine zusammengesetzte oder einfache Aussage (hier mit Behauptung gleichgestellt) angreifen oder verteidigen. Die allgemeine Spielregel gibt in einer Tabelle an, welche Möglichkeiten des Angriffs und der Verteidigung bestehen, und die spezielle Spielregel gibt an, wann ein Angriff oder eine Verteidigung im Verlauf des Dialogs (ebenfalls in einem Tableau beschreibbar) stattfinden kann. Derjenige Spieler, dem es gelingt, alle denkbaren Züge des Gegenspielers im Dialog zu seinem Vorteil zu beantworten, ist Gewinner des Dialogs. Er ist, so sagt man in Anlehnung an neuere Spieltheorien, im Besitz der Gewinnstrategie für diesen Dialog. Der Begriff der Gewinnstrategie bestimmt, was hier logisch wahr oder falsch ist“⁵⁰¹.

Konkrete Konsequenzen für die Nachprüfbarkeit juristischer Argumentationen ergeben sich aus dem hier von *Viehweg* skizzierten dialogischen Modell freilich nicht. Auch vermag es nicht die von *Viehweg* formulierte Zielsetzung einer Theorie des begründenden Redens zu erfüllen, nämlich den „unablässigen Herstellungsprozeß“ aufzuklären, „der in der Redesituation sprachliche Bedeutung produziert“, und damit einhergehend den „direktiven Aufbau einer sozialen Welt“ transparent zu machen. Vielmehr setzt dieses Modell eine eindeutige definitorische Festlegung der denkbaren Spielkonstellationen und möglichen Spielzüge voraus und muß daher entweder hinter der Komplexität realer Argumentationen weit zurückbleiben oder aber selbst überkomplex werden⁵⁰². Insofern ließe sich gegen entsprechende Modelle ebenso wie gegen die von *Viehweg* kritisierten, ausschließlich syntaktisch-semantisch ausgerichteten Konzeptionen einwenden, daß sie schon „an ihrer

⁵⁰⁰ Unter Bezugnahme auf *Kamlah/Lorenzen*, Logische Propädeutik, Mannheim u.a. 1967, insb. S. 189; *Lorenz*, Elemente der Sprachkritik, insb. S. 149 ff. Vgl. auch *Lorenzen/Schwemmer*, Konstruktive Logik, Ethik und Wissenschaftstheorie, Mannheim u.a. 1973; *Lorenzen/Lorenz*, Dialogspiele als semantische Grundlage von Logikkalkülen, Darmstadt 1978. Einen Versuch aus neuerer Zeit, die situativ handelnden Personen in logische Operationen einzubeziehen, bildet etwa das Modell der „Pragma-Logik“ nach *Mudersbach*, Eine Logik für Sprechen und Denken im Alltag, in: Weingartner/Schurz (Hg.), Beiträge des 20. Internationalen Wittgenstein-Symposiums, Bd. 2, Wien 1997, S. 672 ff.

⁵⁰¹ *Viehweg*, Notizen zu einer rhetorischen Argumentationstheorie, S. 193 f.

⁵⁰² Dahingehende Bedenken bzgl. der Brauchbarkeit spieltheoretischer Modelle für die Analyse juristischen Handelns und Entscheidens auch bei *Ballweg*, Rechtswissenschaft, S. 74 f.; vgl. ferner die kritische Beurteilung der Dialogik bei *Bayer*, Plausibilität und juristische Argumentation, Konlenz 1975, 33 ff.

hohen Kompliziertheit scheitern“ müßten. Im übrigen weist *Viehweg* selbst ausdrücklich darauf hin, daß auch „eine streng geregelte Dialogführung keineswegs das freie Spiel der kommunikativen Invention ersetzen kann“⁵⁰³. Gleichwohl sieht er in ihr „das logische Muster, das der pragmatischen Redesituation am besten entspricht und daher am ehesten geeignet ist, diese zu kontrollieren“⁵⁰⁴. Vor allem aber interessiert *Viehweg* die Dialogik als Grundlage für weitere Überlegungen, die in den Bereich der praktischen Philosophie verweisen⁵⁰⁵.

Diese Überlegungen umreißt *Viehweg* wie folgt: „Ist das Begründen notwendigerweise ein Reden und Unterreden, so ist das eine Tätigkeit, die nur dadurch möglich wird, daß sie bestimmten Kommunikationspflichten genügt. Die rhetorische Blickwendung führt also zur Frage nach dem gegenseitigen richtigen Verhalten der Redenden. Begründendes Reden, so kann man formulieren, bedeutet Behauptungen aufstellen, die einer Verteidigungspflicht (*officium defensionis*) unterliegen und die nur dann Bestand haben, wenn sie dieser Verteidigungspflicht genügen können. Der Dialog zwischen Defendent und Opponent ist daher auf die in ihm enthaltenen Verpflichtungen und ihre Differenzierungen zu untersuchen“⁵⁰⁶. Entsprechend begrüßt *Viehweg* das im Bereich der Philosophie zu verzeichnende Interesse an dem damit angesprochenen Fragenkreis, und weist gleichzeitig darauf hin, daß entsprechende kommunikative Pflichten dem „Verständnis des praktizierenden Juristen sehr naheliegen. Denn dieser kennt seine Prozeßpflichten, die ihm als Behauptungs-, Begründungs-, Verteidigungs- und Erläuterungspflichten obliegen. Er kennt das *onus probandi*, die Beweislast, als eine der effektivsten Prozeßinstitutionen, welche die Verletzung der aus der Redesituation immer schon erwachsenden kommunikativen Verpflichtungen mit empfindlichen Sanktionen ausstattet, um *non-liquet*-Entscheidungen zu verhindern. (...) Hier interessiert: Die Beweislastverteilung und die Fähigkeit, den Beweis zu führen, spielen in den meisten juristischen Verfahren die entscheidende Rolle. Das bedeutet aber, daß im Kern eine Verfahrenspflicht entscheidet, die aus jeder kommunikativen Redesituation zu rechtfertigen ist. Es entscheidet also ein fundamentales rhetorisches *Officium*, und es ist sehr bemerkenswert, daß diesem neuerdings von der Philosophie ein außerordentliches

⁵⁰³ *Viehweg*, *Topik* (Anhang), S. 116.

⁵⁰⁴ *Viehweg*, *Topik* (Anhang), S. 116.

⁵⁰⁵ Insoweit verweist *Viehweg* auf *Kambartel*, *Was ist und soll Philosophie?*, Konstanz 1968, der ebenfalls der Erlangerer Schule zuzurechnen ist, s. auch *Kambartel* (Hg.), *Praktische Philosophie und konstruktive Wissenschaftstheorie*, Frankfurt/Main 1974.

⁵⁰⁶ *Viehweg*, *Notizen zu einer rhetorischen Argumentationstheorie*, S. 195; so auch *ders.*, *Topik* (Anhang), S. 118; *ders.*, *Rhetorik, Sprachpragmatik*, S. 207 f.

Gewicht gegeben wird. (...) Kurz gesagt: Wenn einer redet, muß er sein Reden rechtfertigen können. (...) Nur dergestalt bleibt ein rationaler Dialog im Gange, der die Rechtfertigung theoretischer und praktischer Behauptungen im optimalen Umfang ermöglicht⁵⁰⁷.

Die damit angesprochenen Aspekte gilt es im folgenden näher zu betrachten. Zutreffend ist, daß das Beispiel der juristischen Begründungs-, Erläuterungs- und Beweispflichten geeignet ist, den direktiven Charakter sprachlicher Äußerungen als wechselseitige Handlungen innerhalb eines kommunikativen Entscheidungs- bzw. Verständigungsprozesses plastisch zu machen. Einleuchtend ist ferner, entsprechende Verfahrenspflichten als Kriterien der Rationalität des Entscheidungsprozesses und der daraus erwachsenden Resultate einzuordnen: Als *formelle* Vorgaben strukturieren sie den Entscheidungsprozeß und machen ihn damit transparent und nachvollziehbar. Damit einhergehend stellen sie in *funktionaler* Hinsicht sicher, daß trotz gegebener erkenntismäßiger und zeitlicher Limitierungen in jedem Fall ein Ergebnis herbeigeführt werden kann. Schließlich dienen sie in *materieller* Hinsicht dazu, willkürliche oder zufällige Ergebnisse zu verhindern, was freilich voraussetzt, daß eine Angabe sachhaltiger Gründe überhaupt für möglich und sinnvoll gehalten wird⁵⁰⁸. Einer Klärung bedarf aber *Viehwegs* weitergehende Feststellung, wonach die dahingehenden juristischen Verfahrenspflichten als Ausprägungen *immer schon bestehender kommunikativer Verpflichtungen* aufzufassen seien, deren Einhaltung eine konstituierende Bedingung jedes rationalen Dialogs bilde.

Dazu ist zunächst noch einmal bei *Viehwegs* Topik-Analyse anzusetzen. Danach handelt es sich bei der Topik um ein Verfahren zur Gewinnung von Prämissen, aus denen sich eine plausible Lösung für eine konkrete Problemstellung ergibt. Dabei helfen die Topoi, die für diese Problemstellung einschlägigen Gesichtspunkte und Argumente - d.h. zugleich: mögliche Gründe - zu finden, die bei der Prämissenbildung zu berücksichtigen und geeignet sind, die Zustimmung der Gesprächspartner zu erlangen. Entsprechend betont *Viehweg*, daß der Topik nicht nur Auffindungs-, sondern auch Begründungsfunktion zukommt⁵⁰⁹. Steht demnach also mit der Topik ein allgemeines Begründungs(gewinnungs)verfahren zur Verfügung, erscheint es grundsätzlich schlüssig, das Bestehen korrespondierender Begründungs- und Rechtfertigungspflichten anzunehmen und als allgemeine Kriterien eines ratio-

⁵⁰⁷ *Viehweg*, Topik (Anhang), S. 118 f.

⁵⁰⁸ Vgl. *Neumann*, Argumentationslehre, S. 2 f.

⁵⁰⁹ *Viehweg*, Notizen zu einer juristischen Argumentationstheorie, S. 196; s. auch *Garrn*, Zur rhetorischen Begründungsfunktion juristischer Topik, in: *Schirren/Ueding* (Hg.), Topik und Rhetorik. Ein interdisziplinäres Symposium, Tübingen 2000, S. 499 ff.; kritisch *Horak*, Rationes Decidendi, insbes. S. 49 ff., 63 f.

nen Dialogs heranzuziehen⁵¹⁰. Allerdings kann die verfahrensmäßige Ausgestaltung des Dialogs in Form wie auch immer näher zu bestimmender kommunikativer Begründungs- und Rechtfertigungspflichten nichts daran ändern, daß die Rationalität der gewonnenen Resultate in materieller Hinsicht *notwendig beschränkt* bleibt, d.h. relativ zu den Vorstellungen der Gesprächspartner, die sie im jeweiligen Kontext für zustimmungsfähig halten. Nach *Viehweg* ist jedoch „eine wesentliche Erweiterung der Rationalität“ bereits dann erreicht, wenn der inhaltliche Herstellungsprozeß verfahrensmäßig so angelegt ist, daß „einerseits die einschlägigen Problemfelder und andererseits das Spiel der angebotenen, akzeptierten oder zurückgewiesenen Topoi klar unterscheidbar formuliert“ werden⁵¹¹. Dies entspricht seiner bereits in „Topik und Jurisprudenz“ getroffenen Feststellung, wonach die Diskussion „offenbar die einzige Kontrollinstanz“ bleibt, so daß es „wenigstens diese Diskutierbarkeit so klar und einfach wie möglich zu gestalten“ gilt⁵¹². Die Forderung nach klarer und transparenter Argumentation wird insofern noch einmal unterstrichen. Freilich ist anzumerken, daß *Viehweg* den Inhalt der von ihm angenommenen kommunikativen Verpflichtungen im übrigen nicht weiter präzisiert.

Schwerer wiegt indes, daß einige der späteren Formulierungen *Viehwegs* zugleich geeignet scheinen, die Stringenz seiner ursprünglichen Topik-Konzeption zu verwässern. Irritierend ist es etwa, wenn *Viehweg* unterschiedslos von einer anzustrebenden optimalen „Rechtfertigung theoretischer *und* praktischer Behauptungen“⁵¹³ im Wege eines rationalen Dialogs spricht. Denn der hier von *Viehweg* ins Auge gefaßten pragmatisch-rhetorischen Dimension kommt für die Rechtfertigung theoretischer Behauptungen eben nicht die zentrale Stellung zu, die sie bei der Rechtfertigung praktischer Behauptungen erlangt, weil theoretische Behauptungen einer syntaktisch-semantischen Kontrolle zugänglich sind, die grundsätzlich nicht an die konkreten Gesprächspartner und den jeweiligen Kontext gebunden bleibt. Insofern kann auf die bereits ausführlich entfaltete Unterscheidung zwischen Problem- und Systemdenken verwiesen werden. Der Gebrauch von Formulierungen, die seine früheren Differenzierungen tendenziell verwischen, ist freilich kein Zufall, sondern erklärt sich aus *Viehwegs* Bestreben, Anschluß an andere zeitgenössische Ansätze zu suchen, die unter

⁵¹⁰ Dazu *Viehweg*, Notizen zu einer rhetorischen Argumentationstheorie, S. 195: „Bei der Kompliziertheit der Welt, der Kürze unseres Lebens und der Begrenztheit unserer Fähigkeiten hat die Verpflichtung, unsere Wirklichkeit nicht durch unbegründete Behauptungen zu entstellen, allgemeines Interesse“.

⁵¹¹ *Viehweg*, Rhetorische Rechtslehre, S. 216 f. Vgl. auch *ders.*, Zur Topik, S. 212: „Topoi werden in der Bemühung um eine gemeinschaftliche Meinungsbildung (...) angeboten, angenommen oder abgelehnt. Sie ermöglichen dergestalt eine kommunikative, wechselseitig überprüfbare Kreation“.

⁵¹² *Viehweg*, Topik, S. 43, 45.

⁵¹³ *Viehweg*, Topik (Anhang), S. 119 (Hervorhebung d. Verf.).

Hinwendung zur Pragmatik „die Diskussion oder den Diskurs in den Mittelpunkt der Erörterungen“ rücken, und seiner damit verbundenen Hoffnung auf „eine gewisse Einheitlichkeit der Theorie vom juristischen Denken“⁵¹⁴. Ein solches Bestreben geht aber zu weit, wenn es tatsächlich vorhandene Gegensätze überspielt. So ist im Hinblick auf *Viehwegs* Berufung auf Autoren der Erlanger Schule darauf hinzuweisen, daß deren Überlegungen eine ganz andere Zielrichtung aufweisen als seine eigenen, denn diese fassen nicht nur eine argumentative Absicherung im Kontext, sondern die Möglichkeit einer *universellen Begründbarkeit* normativer Behauptungen ins Auge. Dies gilt ebenso für die von *Habermas* entwickelte Theorie des praktischen Diskurses, an dessen Terminologie *Viehwegs* Rede von kommunikativen Verpflichtungen anzuknüpfen scheint. Diese Zielrichtung ist zugleich maßgeblich für die rechtstheoretische Rezeption dieser Ansätze, namentlich durch *Alexy*, der seine Theorie der juristischen Argumentation insbesondere auf *Habermas*, aber auch auf die Erlanger Schule stützt⁵¹⁵. Zwar ist es vorliegend weder möglich noch erforderlich, auf die Übereinstimmungen und Abweichungen der genannten Konzeptionen, ihre Deutung durch *Alexy* sowie schließlich die breit geführte Debatte dazu näher einzugehen. Geboten erscheint aber eine immerhin skizzenhafte Betrachtung der diskurstheoretischen Überlegungen, um die wichtigsten Diskrepanzen zu *Viehweg* deutlich zu machen.

d) Exkurs: Faktische Verständigung oder idealer Konsens?

Im Zentrum dieser Überlegungen steht die These von *Habermas*, daß nicht nur theoretischen, sondern auch normativen Äußerungen grundsätzlich Wahrheitsfähigkeit zukomme⁵¹⁶. *Habermas* nimmt an, mit jeder sprachlichen Äußerung verbinde sich der Anspruch der Berechtigung dieses Sprechakts⁵¹⁷. Dieser *Geltungs- bzw. Richtigkeitsanspruch*, der theoretischen wie praktischen Behauptungen gemeinsam sei, bilde den maßgeblichen Anknüpfungspunkt für die Wahrheitsfähigkeit: Nicht der semantische Gehalt und die inhaltliche Übereinstimmung mit tatsächlich bestehenden Sachverhalten sei entscheidend, sondern

⁵¹⁴ Vgl. *Viehweg*, Zur Topik, S. 213, unter Hinweis auf *Alexys* Theorie der juristischen Argumentation.

⁵¹⁵ *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, S. 134 ff.

⁵¹⁶ *Habermas*, Wahrheitstheorien, in: Fahrenbach (Hg.), Wirklichkeit und Reflexion, FS Schulz, Pfullingen 1973, S. 211 ff. (242 ff., 252 ff.); vgl. *ders.*, Diskursethik - Notizen zu einem Begründungsprogramm, in: *ders.*, Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln, 1983, S. 53 ff. (78), wonach „normative Geltungsansprüche einen kognitiven Sinn haben und wie Wahrheitsansprüche behandelt werden können“. Vgl. zu Korrekturen an seinem Wahrheitsbegriff in neuerer Zeit *Habermas*, Wahrheit und Rechtfertigung. Zu Richard Rortys pragmatischer Wende, in: *ders.*, Wahrheit und Rechtfertigung, Frankfurt/Main 1999, S. 230 ff.; 256 f.

⁵¹⁷ Anknüpfungspunkt dafür ist die von *Austin* begründete Theorie der Sprechakte, vgl. *Austin*, How to do Things with Words (1962), 2. Aufl., Oxford 1975; ausführlich dazu *Habermas*, Was ist Universalpragmatik?, in: Apel (Hg.), Sprachpragmatik und Philosophie, Frankfurt/Main 1976, S. 174 ff. (204 ff.).

vielmehr, ob sich der mit einer Behauptung erhobene Geltungsanspruch im Rahmen eines *Diskurses* durch Angabe von Gründen einlösen lasse. Der *Korrespondenztheorie* der Wahrheit stellt er damit eine *Konsens*theorie der Wahrheit entgegen: Theoretische wie praktische Behauptungen seien dann berechtigt und wahr, wenn sie die *potentielle Zustimmung aller möglichen Gesprächspartner* erlangten⁵¹⁸, d.h. ein nicht bloß faktischer, sondern ein *begründeter, ausschließlich auf der Kraft der besseren Argumente* beruhender *Konsens* bestehe⁵¹⁹. Entscheidend dafür seien die formalen Eigenschaften des Diskurses, nämlich die Beachtung der für den Diskurs geltenden Regeln einer *pragmatischen Logik*. Entsprechende Diskursregeln gewinnt *Habermas* aus der Bezugnahme auf eine *ideale Sprechsituation*, die Kommunikationsbedingungen fordere, unter denen alle Gesprächspartner gleichberechtigt und von äußeren wie inneren Zwängen freigestellt sind⁵²⁰. Jedes sprach- und handlungsfähige Subjekt müsse danach ungestört am Diskurs teilnehmen, jede Behauptung problematisieren und jede Befindlichkeit äußern dürfen⁵²¹. Freilich sieht *Habermas*, daß sich solche Bedingungen in wirklichen Diskursen immer nur annäherungsweise verwirklichen lassen. Gleichwohl bilde die ideale Sprechsituation kein bloßes Konstrukt, weil der mit jedem Sprechakt verbundene Geltungsanspruch notwendig die (kontrafaktische) Unterstellung ihrer Verwirklichung impliziere und der Grad ihrer tatsächlichen Verwirklichung zugleich einen Maßstab für jeden faktisch erzielten Konsens biete⁵²².

Ausgehend davon entwickelt *Alexy* einen Katalog von Regelgruppen und Argumentformen für den allgemeinen praktischen Diskurs⁵²³. Diese Regeln statuieren *Habermas* folgend eine *Begründungspflicht* für aufgestellte Behauptungen, eine Verteilung von *Argumentationslasten*, die *Gleichberechtigung* der Gesprächspartner, die *Freiheit der Themenwahl* und ein *Verbot innerer und äußerer Zwänge*. Ferner enthält der Katalog Regeln zur Spezifizierung der Begründungsanforderungen, und zwar einerseits unter dem Gesichtspunkt der *Universalisierbarkeit* und andererseits im Hinblick auf eine Überprüfbarkeit der historisch-

⁵¹⁸ *Habermas*, Wahrheitstheorien, S. 219.

⁵¹⁹ *Habermas*, Wahrheitstheorien, S. 239 ff. Ein Argument ist danach die Begründung, die dazu motivieren soll, den Geltungsanspruch einer Behauptung oder einer Bewertung anzuerkennen. Für die Analyse der formalen Argumentstruktur beruft sich *Habermas* auf *S.E.Toulmin*, *The Uses of Arguments*, Cambridge 1958, S. 95 ff.

⁵²⁰ *Habermas*, Wahrheitstheorien, S. 255 ff.

⁵²¹ Für praktische Diskurse wird damit zugleich das *Universalisierungsprinzip* zur kommunikativen Regel, weil gemäß *Habermas* eine behauptete Norm unter den Bedingungen einer idealen Sprechsituation nur dann Zustimmung erlangen kann, wenn *alle sie wollen* können, wenn also ihre Folgen mit den Interessen und Bedürfnissen *aller* vereinbar sind.

⁵²² Vgl. *Habermas*, Zwei Bemerkungen zum praktischen Diskurs, in: *ders.*, *Zur Rekonstruktion des Historischen Materialismus*, Frankfurt/Main 1976, S. 338 ff. (339); *ders.*, *Wahrheitstheorien*, S. 259.

⁵²³ Dazu *Alexy*, *Theorie der juristischen Argumentation*, S. 361 ff.

gesellschaftlichen sowie der individuell-psychischen *Entstehungsgeschichte* der moralischen Regeln, die den Auffassungen der Sprecher zugrunde liegen. Hinzu kommt eine Regelgruppe, die *Alexy* als *Grundregeln* bezeichnet und deren Geltung er als „Bedingung jeder sprachlichen Kommunikation, in der es um Wahrheit oder Richtigkeit geht“, ansieht⁵²⁴. Danach darf sich kein Sprecher *widersprechen* und jeder Sprecher nur das behaupten, *was er selbst glaubt*; verlangt wird außerdem ein *situationsunabhängiger* Sprachgebrauch sowie die *Gemeinsamkeit* des Sprachgebrauchs verschiedener Sprecher. Die *Argumentformen* schließlich betreffen die Begründbarkeit einzelner normativer Behauptungen entweder durch Regeln oder durch Hinweise auf Folgen, die Begründung der Regeln ihrerseits sowie die Begründung von Präferenzrelationen zwischen Regeln und Prinzipien.

Nach Maßgabe dieser Regeln lassen sich nach *Alexy* bestimmte Werturteile als *diskursiv unmöglich* und falsch (etwa: Zulässigkeit von Sklaverei) und andere als *diskursiv notwendig* und richtig qualifizieren. Allerdings räumt *Alexy* ein, daß dazwischen ein breiter Bereich des *diskursiv Möglichen* liege, innerhalb dessen miteinander unvereinbare normative Behauptungen jeweils ohne Verstoß gegen die Diskursregeln begründbar seien. Die insoweit bestehenden Grenzen des allgemeinen praktischen Diskurses begründen laut *Alexy* die Notwendigkeit rechtlicher Regeln⁵²⁵. Vor dem Hintergrund dieser Überlegung sucht er in einem weiteren Schritt die von ihm erarbeiteten allgemeinen praktischen Diskursregeln für die juristische Argumentation fruchtbar zu machen. Grundlegend dafür ist seine Annahme, daß der juristische Diskurs einen *Sonderfall des allgemeinen praktischen Diskurses* bilde, weil sich die rechtliche Entscheidungstätigkeit nicht auf die Erkenntnis vorgegebener Gesetzesnormen reduzieren lasse, sondern ein vernünftiges Urteilen erfordere⁵²⁶. Die Regeln des allgemeinen praktischen Diskurses sind nach *Alexy* daher in der juristischen Argumentation nicht suspendiert, sondern bedürfen lediglich einiger Ergänzungen und Modifikationen, die eine größtmögliche Vernünftigkeit von Entscheidungen bei gleichzeitiger größtmöglicher Gesetzesnähe bewirken sollen. Im Ergebnis gelangt *Alexy* dabei zu einem weiteren Regelkatalog, der Elemente der klassischen Methodenlehre, Regeln der empirischen und dogmatischen Argumentation sowie der Präjudizienverwendung mit den Diskursregeln kombiniert und als Grundsteinlegung zu einer juristischen Argumentationsgrammatik dienen soll, die alle zulässigen Argumente in ihrer Gewichtung zueinander umfaßt⁵²⁷.

⁵²⁴ *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, S. 234.

⁵²⁵ Vgl. *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, S. 256.

⁵²⁶ *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, S. 32, 38, 261 ff.; *ders.*, Theorie der Grundrechte, S. 498 f.

⁵²⁷ Vgl. die Übersicht bei *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, S. 364 ff.

Bereits dieser stark komprimierte Überblick macht sichtbar, daß *Viehweg* im Bereich der Diskurstheorie vergeblich nach Verbündeten sucht. Grundlegend für den Ansatz *Viehwegs* ist ja gerade der Gedanke, daß sich im Bereich praktischer Fragen wie der Gerechtigkeitsfrage keine gesicherte Erkenntnis möglich ist. Eben weil sich also *keine wahren* und zeitübergreifenden Antworten gewinnen lassen, bleibt die Gerechtigkeitsfrage problematisch und verlangt eine permanente Verständigung über das *hier und jetzt* jeweils Gerechte. Wenngleich demnach das Erfordernis einer *faktischen* Verständigung im Bereich praktischer Fragen nach *Viehweg* einen zentralen Stellenwert einnimmt, liegt es ihm völlig fern, den Konsens im Sinne der Konsensustheorie zum Wahrheitskriterium zu erheben. Dies wäre auch mit seinem Anliegen, die verschiedenen Funktionen und Bedingungen der im Bereich theoretischer und praktischer Fragen anzutreffender Denkweisen deutlich als System- und Problemdenken unterscheidbar zu machen, nicht vereinbar. Allerdings braucht hier die Frage, ob der Konsens *überhaupt* als Wahrheitskriterium in Betracht kommt, nicht weiter verfolgt zu werden⁵²⁸. Denn auch unabhängig von dieser prinzipiellen Frage läßt sich zeigen, daß der diskurstheoretische Ansatz erheblichen Einwänden ausgesetzt ist und ausgerechnet an der Stelle, wo *Viehweg* Gemeinsamkeiten sucht, nämlich bei der Einschätzung der *Pragmatik*, von dessen Verständnis abweicht.

Zunächst geht auch die Diskurstheorie von der Überlegung aus, daß die Sprache nicht auf ihre deskriptive Funktion reduziert werden könne, und daß es zur Beurteilung sprachlicher Äußerungen erforderlich sei, die Pragmatik zu berücksichtigen, also das Verhältnis der Sprecher zu den von ihnen hervorgebrachten Äußerungen. Insoweit richtet sie ihr Interesse darauf, was Sprecher *tun*, indem sie etwas sagen, d.h. auf die Handlungsfunktion, die dem Vollzug eines Sprechaktes zukommt, und stellt fest, daß es neben den Regeln der Logik und Grammatik weitere - pragmatische - Regeln geben müsse, die gerade diesen Handlungsaspekt betreffen und über das Gelingen eines jeweiligen Sprachakts entscheiden⁵²⁹. Dabei beruft sie sich sowohl auf *Austins* Theorie der Sprechakte, wonach Sprechakte notwendig konventionelle Handlungen seien, die erst durch die ihnen zugrunde liegenden Re-

⁵²⁸ Ablehnend dazu etwa *Albert*, *Transzendente Träumereien*, Hamburg 1975, S. 149 ff.; *Wellmer*, *Ethik und Dialog*, Frankfurt/Main 1986, S. 69 ff. Anzumerken ist im übrigen, daß *Habermas* die von *Alexy* formulierten Grundregeln, die auf logisch-semantischer Ebene anzusiedeln sind, in seine eigne Konzeption integriert und damit dem substantiellen Aspekt neben den rein prozeduralen Anforderungen ein größeres Gewicht eingeräumt hat; vgl. *Habermas*, *Diskursethik - Notizen zu einem Begründungsprogramm*, in: *ders.*, *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln*, Frankfurt/Main 1983, S. 98 f., dazu *Neumann*, *Argumentationslehre*, S. 74 f.

⁵²⁹ *Alexy*, *Theorie der juristischen Argumentation*, S. 79 f.

geln ermöglicht würden, als auch auf *Wittgensteins* Konzeption der Sprachspiele⁵³⁰. Bis zu dem Punkt, daß die Regelmäßigkeit sprachlichen Handelns als Funktionsbedingung sprachlicher Verständigung anzusehen sei, ist der Diskurstheorie auch nicht zu widersprechen. Sodann geht die Diskurstheorie aber erheblich weiter, indem sie das Gelingen von Sprechakten als Einlösbarkeit von Geltungsansprüchen definiert und unterstellt, daß die Regeln sprachlichen Handelns in den Bedingungen dieser Einlösbarkeit - nämlich den Bedingungen einer fiktiven idealen Sprechsituation - eine unhintergehbare Vorgabe fänden. Ausgehend davon behauptet sie die Geltung eines präzise rekonstruierbaren *universalen Regelsystems*, das bis hin zu der Forderung reichen soll, die Sprecher dürften einen Ausdruck nicht mit verschiedener Bedeutung und nur in verallgemeinerbarer Weise benutzen.

Alexy selbst räumt allerdings ein, daß demgegenüber nach *Wittgenstein* eine „unsägliche Verschiedenheit“ der Sprachspiele bestehe. Laut *Wittgenstein* könnten die Regeln der einzelnen Sprachspiele „nur durch Berücksichtigung nicht-verbaler Verhaltens und anderer faktischer Umstände“ und nur vor dem Hintergrund der ihnen jeweils zugrunde liegenden „Lebensformen“ und „Weltbilder“ erfaßt werden, die aber ihrerseits „nicht begründbar und damit nicht kritisierbar“ seien⁵³¹. Den Regeln, die ein Sprachspiel bestimmen, käme demnach lediglich kontextbezogener, paradigmatischer Charakter zu. Ihre Einhaltung oder Mißachtung könnte das Gelingen oder die Fehlerhaftigkeit einer sprachlichen Äußerung immer nur dann begründen, wenn ein gemeinsames Wirklichkeitsmodell, eine geteilte „Lebensform“, als Verständigungsgrundlage bereits vorausgesetzt ist. Der These von der unsäglichen Verschiedenheit der Sprachspiele und der Nichtbegründbarkeit der ihnen zugrunde liegenden Lebensformen hält *Alexy* zwar entgegen, „daß faktisch über Lebensformen und Weltbilder diskutiert“ würde und etwa „ein Dialog zwischen Christen und Kommunisten durchaus möglich“ sei⁵³². Im übrigen könne *jede* Voraussetzung diskutiert (also kritisiert und begründet) werden; daraus, daß die Diskussion von Voraussetzungen wiederum Voraussetzungen verlange, folge lediglich, daß nicht alle Voraussetzungen *zugleich* zu begründen seien⁵³³.

⁵³⁰ *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, S. 70 ff., insb. S. 73 f., 79 mit entsprechenden Nachweisen. Zweifel an der Rezeptionsweise *Austins* äußert *Busse*, Juristische Semantik, S. 177 f.

⁵³¹ Vgl. *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, S. 71 ff. m.w.N. Ob diese Deutung dem *wittgensteinischen* Verständnis tatsächlich entspricht, ist freilich umstritten - wie eigentlich das gesamte Werk *Wittgensteins*. Sie entspricht aber der wohl vorherrschenden juristischen Rezeptionsweise.

⁵³² *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, S. 76.

⁵³³ Kritisch zu diesen Einwänden wiederum *Busse*, Juristische Semantik, S. 176 f.

Jedoch steht gar nicht in Frage, ob *überhaupt* ein „Dialog zwischen Christen und Kommunisten“ möglich ist, sondern ob er in Form eines allen Differenzen vorausliegenden Metasprachspiels geführt werden kann, innerhalb dessen sich die Sprecher von ihren lebensweltlich geprägten Vorstellungen emanzipieren und zu einer gemeinsamen und situationsunabhängigen Begründungssprache finden. Diese Möglichkeit bleibt zu bestreiten⁵³⁴. Ihre Annahme beruht auf der unzutreffenden Voraussetzung einer *gleichsinnigen* Wiederholbarkeit sprachlicher Ausdrücke aus. Die funktionell erforderliche Regelmäßigkeit von Sprache, d.h. die regelgeleitete Wiederholbarkeit sprachlicher Ausdrücke, erfordert und gewährleistet aber keineswegs Gleichsinnigkeit im Sinne vollkommener Bedeutungsidentität. Vielmehr geht die Verwendung sprachlicher Ausdrücke in wechselnden - und niemals identischen - Kontexten unvermeidlich mit Sinnverschiebungen und divergierenden persönlichen Assoziationen einher, die ihrerseits zugleich modifizierend auf die jeweils angewendeten Regeln zurückwirken⁵³⁵.

Da es mithin an der Stabilität von Sprachgebrauchsregeln fehlt und diese ihre modifizierende Anwendung selbst nicht steuern können, steht auch kein inhaltlich neutrales Kriterium für die Beurteilung eines richtigen oder falschen Sprachgebrauchs zur Verfügung⁵³⁶. Indem die Diskurstheorie bei ihrem Konzept des rationalen praktischen Diskurses gleichwohl von einer gemeinsamen und situationsunabhängigen Begründungssprache ausgeht, nimmt sie eine Idealisierung vor, die den Blick auf reale Verständigungsprozesse und die praktische Durchsetzung eines Sprachgebrauchs verstellt. Mit ihrer Bezugnahme auf eine *ideale* Sprechsituation, die von allen Faktoren absieht, die die Spezifität einer wirklichen Gesprächssituation ausmachen, blendet sie also gerade aus, was nach *Viehweg* im Zentrum der Pragmatik als einer *situativen* Betrachtungsweise steht, nämlich die komplexen *direkti-*

⁵³⁴ Dazu *Christensen*, Was heißt Gesetzesbindung? Eine rechtslinguistische Untersuchung, Berlin 1989, S. 190 ff. m.w.N.; vgl. auch *Herbert*, Zum Einfluß Wittgensteins auf die Rechtstheorie, Baden-Baden 1995, S. 214 f.

⁵³⁵ Gerade diese Modifizierbarkeit der Regeln ist als strukturelle Voraussetzung ihrer Wiederholbarkeit und Wirksamkeit anzusehen; vgl. *Christensen*, Gesetzesbindung, S. 193 f., 194 f.: „Tatsächlich ist nicht die stabile Regel und ein mit sich identischer Sinn die Voraussetzung der Wiederholbarkeit, sondern umgekehrt die Wiederholung oder Wiedervergegenwärtigung der Ausdruckskette die konkrete Voraussetzung für die Idealität des Sinns“.

⁵³⁶ S. *Busse*, Juristische Semantik, S. 182 f. sowie S. 176: „Das regelhafte Handeln erweist sich im Befolgen einer Regel. Mithin kann die Regel kein externer Wegweiser sein, der eine außer der sprachlichen Praxis selbst stehende Gewissheit verbürgt. Jeder Diskurs über die Richtigkeit einer Regelbefolgung kann daher in einen Diskurs über die Richtigkeit der angesetzten Regelformulierung münden. Da die Regel (als Form einer Praxis) von der in einem Rechtfertigungsdiskurs verwendeten Regelformulierung streng zu trennen ist, kann sie kein objektives und der sprachlichen (Interpretations)-Praxis externes Kriterium sein, welches einen interpretativen Diskurs beenden könnte. Im Zweifel beruft sich nämlich jeder Proponent oder Opponent auf seine eigene Regelformulierung als die allein richtige oder der ‚wirklichen Regel‘ entsprechend, wie alle Analysen von sog. ‚semantischen Kämpfen‘ erwiesen haben“.

ven Wirkungen wechselseitiger Sprechhandlungen und die *inventiven* Anteile der sprachlichen Verständigung, die auch eine „streng geregelte Dialogführung keineswegs (...) ersetzen kann“⁵³⁷.

Damit ist freilich nicht gesagt, daß das Ziel eines „klaren und sinnvollen Sprechens“⁵³⁸ falsch und nicht wenigstens anzustreben sei⁵³⁹. Nur wird dessen Realisierung nicht dadurch gewährleistet, daß man ausgehend von der lediglich *fiktiven Annahme* der Möglichkeit eines begründeten Konsenses die Bedingungen einer idealen Sprechsituation zu zwingenden Prämissen faktischen sprachlichen Handelns erklärt. Daher vermag die Diskurstheorie mit den von ihr formulierten Regeln auch nicht zu erweisen, daß und wie eine universale Begründung praktischer Behauptungen tatsächlich möglich ist, sondern sie setzt ein jenseits aller Gegensätze liegendes Einverständnis über praktische Fragen voraus, das sie so dann als Funktion dieser Regeln rekonstruiert⁵⁴⁰. Mit *Christensen* läßt sich insoweit festhalten: „Die mangelnde sprachtheoretische Einlösbarkeit einer universalen Konzeption kommunikativer Kompetenz stellt aber auch den kritischen Konsens als Fluchtpunkt für die allgemeine Theorie des praktischen Diskurses in Frage. Wenn die Universalität eines pragmatischen Codes bzw. seiner regelgeleiteten Transformation nicht garantiert werden kann, dann ist eine rationale Einigung zwischen verschiedenen Personen nur noch unter der Bedingung möglich, daß diese ein sprachliches Bedeutungssystem, eine empirische Weltansicht und eine hinreichende Menge von Werten miteinander teilen. Diese Einschränkungen sind aber identisch mit den Grenzen einer bestimmten Lebensform“⁵⁴¹.

Insgesamt ergibt sich damit, daß auch die Diskurstheorie eine umfassende rationale Nachprüfbarkeit praktischer Aussagen nicht gewährleisten kann. Es mag hier dahingestellt bleiben, welcher grundsätzliche Stellenwert dem diskurstheoretischen Ansatz und namentlich den präzise ausgearbeiteten Regelformulierungen *Alexys* im Sinne eines *normativen* Leitbildes für die Gewinnung und Etablierung praktischer Argumentationsstandards beizumessen ist. Ebenso wenig ist vorliegend der *Sonderfallthese* und der Frage nachzugehen, inwieweit eine Anwendung der Diskursregeln mit den institutionellen Rahmenbedingungen

⁵³⁷ *Viehweg*, Topik (Anhang), S. 116.

⁵³⁸ *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, S. 185.

⁵³⁹ *Viehweg*, Notizen zu einer rhetorischen Argumentationstheorie, S. 195.

⁵⁴⁰ Zum Vorwurf einer Vermischung logischer und moralischer Postulate bzw. den materiellen Voraussetzungen, die in den Diskursregeln selbst bereits impliziert sind, etwa *Weinberger*, Logische Analyse als Basis der juristischen Argumentation, in: Krawietz/Alexy (Hg.), Metatheorie juristischer Argumentation, Berlin 1983, S. 191 ff.

⁵⁴¹ *Christensen*, Gesetzesbindung, S. 195.

und normativen Vorgaben juristischer Entscheidungsprozesse überhaupt vereinbar wäre⁵⁴². Selbst wenn man diese Anwendbarkeit bejahte, bliebe nach der Relevanz für die Wahl zwischen rechtlichen Entscheidungsalternativen zu fragen, da doch nach *Alexys* eigener Auffassung die rechtlichen Vorgaben bereits als Konkretisierungen des diskursiv Möglichen anzusehen sind. In jedem Fall bleibt die von *Viehweg* angestrebte analytische Rekonstruktion tatsächlicher Meinungsbildungs- und Überzeugungsprozesse unverzichtbar, wenn man eine realistische Vorstellung von den Voraussetzungen und Grenzen der Rationalität rechtlichen Entscheidens erreichen will.

⁵⁴² S. Neumann, Argumentationslehre, S. 86 ff. m.w.N.

II. Fortführung der Rhetorischen Rechtstheorie durch neuere Autoren

Im Gegensatz zu einer *normativen* juristischen Argumentationstheorie im Sinne *Alexys*, die die Rationalität und vernünftige Begründbarkeit rechtlichen Entscheidens zu erweisen und zu gewährleisten sucht, sind die Ansätze der *Viehweg* nachfolgenden Autoren im Kern dadurch gekennzeichnet, daß sie eine ausschließlich *analytische* und *empirische* Betrachtungsweise anstreben und fordern. Als vorrangige Aufgabe erachten sie nicht die Formulierung von Regeln und Anleitungen, die die juristische Entscheidungstätigkeit steuern und inhaltlich rechtfertigen sollen, sondern dessen unvoreingenommene und nüchterne Rekonstruktion. Die besondere Akzentuierung der *Pragmatik* gegenüber Syntaktik und Semantik und die gezielte Untersuchung der *Situationsbezogenheit* sprachlichen Handelns zum Zwecke der Aufklärung spezifischer Anforderungen des juristischen Sprachgebrauchs bilden dabei die allen gemeinsame Grundlage⁵⁴³. Unterschiede ergeben sich hinsichtlich der theoretischen Einbettung und Zielrichtung der pragmatischen Analysen.

1. Pragmatische Analysen der Rechtssprache und Sprachkritik

a) Entscheidungs- und Begründungszwang als rhetorische Zwänge (*Ballweg*)

Grundlage für den Ansatz *Ottmar Ballwegs* ist zunächst eine mit *Viehweg* im Ergebnis weitgehend übereinstimmende disziplinäre und funktionelle Einordnung der Jurisprudenz⁵⁴⁴. Bezugnehmend auf die *aristotelische* Zuordnung des Rechts zum Bereich des praktischen Denkens (*phronesis/prudentia*) gelangt *Ballweg* zu folgender Kennzeichnung⁵⁴⁵: „Da (...) Meinungen den Inhalt der *phronesis* und damit des Rechts bilden, ist die Rhetorik für deren Behandlung zuständig, denn diese hat dort ihre Berechtigung, wo man in einer Sache mit guten Gründen verschiedener Meinung sein kann. (...) Recht und Wis-

⁵⁴³ Zugleich ergeben sich damit wichtige Berührungspunkte insbes. zur Ethnomethodologie (dazu *Morlok/Kölbel/Launhardt*, *Recht als soziale Praxis*, S. 18 f. m.w.N.) und zum Konstruktivismus (vgl. schon Fn. 169), zum juristischen Nutzen konstruktivistischer Ansätze ferner *Strauch*, *Wie wirklich sehen wir die Wirklichkeit*, JZ 2000, 1020 ff. m.w.N.

⁵⁴⁴ Womit *Ballweg* „das gesamte juristische Handlungs- und Entscheidungssystem unter Einschluß der mit ihm verbundenen Lehre“ meint, *ders.*, *Rechtsphilosophie als Grundlagenforschung der Rechtswissenschaft und der Jurisprudenz*, in: *JbRSoz*, Bd. II, 1972, S. 44 ff. (44).

⁵⁴⁵ Vgl. *Ballweg*, *Prolegomena einer rhetorischen Didaktik des Rechts*, in: *Ziemske u.a. (Hg.)*, *FS Kriele*, München 1997, S. 1067 ff. (1067), unter Hinweis auf *Aristoteles*, *Nikomachische Ethik*, München 1991, VI, 3, S. 234; *ders.*, *Ein wissenschaftliches Lehrschema für den juristischen Unterricht*, in: *Burkei/Polter (Hg.)*, *Rechtsfragen im Spektrum des Öffentlichen*. *FS Armbruster*, Berlin 1976, S. 253 ff.; *ders.*, *Rhetorische Funktionen von Meinungen*, in: *Schirren/Ueding (Hg.)*, *Topik und Rhetorik. Ein interdisziplinäres Symposium*, Tübingen 2000, S. 569 ff.

senschaft (gemeint ist immer nur Naturwissenschaft) bearbeiten sehr verschiedene Probleme, kurz gesagt: wertende und wertfreie. Auch sind die Funktionen verschieden; Recht hat eine Verständigungsfunktion, Wissenschaft dagegen hat eine Beherrschungsfunktion. (...) Während der Wissenschaftler sich auf die meßbare Empirie beschränken kann, hat der Jurist es mit der Praxis des Lebens zu tun. Er sieht sich mit Lebenssituationen konfrontiert, die er nicht auf Versuchskonstellationen einengen kann⁵⁴⁶.

Vor diesem Hintergrund betrachtet *Ballweg* sodann zwei spezifische Anforderungen, denen die Jurisprudenz unterliegt, nämlich *Entscheidungszwang* und *Begründungszwang*⁵⁴⁷: Um ihre Aufgaben der Konfliktneutralisierung und Handlungssteuerung erfüllen zu können, müsse die Jurisprudenz alle vorgelegten Problemen einer Entscheidung zuführen, die in ihrer Differenziertheit der sozialen Wirklichkeit entsprechen. Die Entscheidungen sollten zudem kontrollierbar sein; insofern bestehe ein Begründungszwang⁵⁴⁸. Die Dogmatik als außer Frage gestelltes rechtliches Meinungsgefüge entspreche diesen Anforderungen, indem es zugleich Entscheidbarkeit und Begründbarkeit gewährleiste. Sie unterliege dabei einer *Spannung von Rigidität und Flexibilität*, die sich wiederum auf die Sprache der Dogmatik auswirke: Entscheidungs- und Begründungszwang verlangten als rhetorische Zwänge eine Sprache, die Aussagen über alle Erscheinungen der sozialen Wirklichkeit möglich machen, also keine interpretationsfreie, sondern im Gegenteil eine hochinterpretierbare, d.h. umgangssprachliche, juristische Fachsprache⁵⁴⁹.

Der Jurist sehe sich daher gezwungen, „sich einer Sprache zu bedienen, die ihn in die Lage versetzt, auf alles und jedes eine Antwort geben zu können. Und sollte dieses Sprachsystem an einer Stelle schweigen, muß er trotzdem reden, also interpretieren“⁵⁵⁰. Der Rechts-

⁵⁴⁶ *Ballweg*, Prolegomena, S. 1068 ff. *Ballweg*, Rechtsphilosophie als Grundlagenforschung, S. 45, betont im übrigen, daß alle Versuche, Meinungen Wahrheitscharakter zuzusprechen, deren rationale Diskutierbarkeit nur behindern, weil sie darauf hinauslaufen, sie der Diskussion zu entziehen. *Klenner*, Neue Justiz 7 (1992), 286, bezeichnet *Ballweg* deshalb als „Fundamentalisten“, weil glaubt, demnach „wäre der kaum diskutierwürdige Satz, daß im rechtwinkligen Dreieck das Hypothenusenquadrat gleich der Summe der beiden Kathetenquadrate ist, weniger rational als die höchst diskutierwürdige Behauptung, daß 3 die Quadratwurzel von 10 sei“. Diese Äußerung macht deutlich, daß *Klenner* weder *Viehweg* noch *Ballweg* verstanden hat.

⁵⁴⁷ Dazu *Ballweg*, Rechtswissenschaft, S. 108 ff.; *ders.*, Rechtsphilosophie als Grundlagenforschung, S. 44.

⁵⁴⁸ Vgl. § 313 III ZPO, § 267 StPO; § 39 I VwVfG; § 117 II, III VwGO; § 30 I 2 BVerfGG.

⁵⁴⁹ *Ballweg*, Rechtswissenschaft, S. 114: „Indem eine Auswahl aus den Ausdrücken der Umgangssprache getroffen wird und diese limitierte Zahl der nunmehr zu Begriffen erklärten Ausdrücke den ganzen nicht eingeschränkten Objektbereich ‚bedeuten‘ soll“; „wird die Interpretierbarkeit dieser Sprache im Verhältnis zur Alltagssprache gesteigert. Dahingehend verweist *Ballweg* auch auf *P. Lerche*, Stil, Methode, Ansicht. Polemische Bemerkungen zum Methodenproblem, DVBl. 1961 (76), 690 ff. (697): „Die Wirklichkeit soll gerade nicht in ihrer Vielfältigkeit gespiegelt, sondern gebändigt werden“.

⁵⁵⁰ *Ballweg*, Lehrschema, S. 256.

sprache, die das gewährleisten kann, kommen *Ballweg* zufolge drei Merkmale zu: „Sie enthält *Wesensbegriffe*. Wesensbegriffe sind interpretierbar, so daß man z.B. vom ‚Wesen des Vertrags, des Staates, der Familie, des Rechts‘ usw. sprechen kann. Statt vom ‚Wesen‘ spricht man synonym auch von der ‚Natur des Rechtsverhältnisses, von der ‚Natur der Sache‘ usw. Die Ambiguität dieser essentialistischen Begriffe ermöglicht deren Interpretation. Eine erhebliche Rolle spielt dabei die *Hypostasierung* oder Reifikation der Begriffe, das heißt, die Begriffe werden wie Tatsachen behandelt und verstanden. Diese Verdinglichung der Rechtsbegriffe macht ebenfalls ihre Interpretation möglich. Schließlich steht eine Eigenart der Rechtssprache im Zusammenhang mit dem Essentialismus und der Verdinglichung, nämlich die *ontologisierende Sprechweise*, so als hätten die Begriffe ein Sein oder spiegelten ein solches wider“⁵⁵¹. Daran werde zugleich sichtbar, „daß das Recht eine Sprachwelt aufbaut, die als Welt, als Lebenswelt, als Wirklichkeit erlebt wird“⁵⁵².

Zur Erklärung dieses Befundes und als Instrument zur vertiefenden rhetorischen Analyse der Rechtssprache schlägt *Ballweg* sodann ein semiotisches Schema vor, das er auf Grundlage der durch *Morris* getroffenen Unterscheidung von Syntax, Semantik und Pragmatik entwickelt⁵⁵³: Kennzeichnend für die Rechtssprache sei, daß die Beziehung der Zeichenbenutzer zu den Zeichen, den Objekten und zu den anderen Zeichenbenutzern während des ganzen Zeichenbenutzungsvorgangs nicht unterbrochen werden könne. Die Zeichenbenutzer (s) unterhielten vielmehr Dauerbeziehungen zu den Zeichen (z) und den Objekten (o) mit entsprechenden Eingriffs- und Veränderungsmöglichkeiten. Dagegen gelinge bei formalisierten Wissenschaftssprachen die Aufhebung der Subjektbeziehung sowohl zu den Zeichen als auch zu den Objekten. Dies liege daran, daß erst die das wissenschaftliche Denken kennzeichnenden Restriktionen, nämlich auf Meßbarkeit im Objektbereich und der Methoden auf Meß- und Quantifizierbarkeit, auch eine Restriktion der Zeichenverwendung im Sprachbereich erlaubten⁵⁵⁴. Entscheidend ist nun, daß nach *Ballweg* die von *Morris* entwickelte Zeichentheorie nicht ausreicht, um die Vielfalt der Beziehungen der Zeichenbenutzer in der Rechtssprache zu erfassen⁵⁵⁵. Sein Vorschlag geht deshalb dahin, die Rei-

⁵⁵¹ *Ballweg*, Prolegomena, S. 1074 (Hervorhebungen von mir).

⁵⁵² *Ballweg*, Prolegomena, S. 1074. Grundlegend in dieser Richtung *Berger/Luckmann*, Die gesellschaftliche Konstruktion der Wirklichkeit (1969), 5. Aufl., Frankfurt/Main 1997; ferner *Wolff*, Der rhetorische Charakter sozialer Ordnungen, Berlin 1976.

⁵⁵³ Dazu *Ballweg*, Phronetik, S. 57 ff.; *ders.*, Entwurf einer analytischen Rhetorik, in: Schanze/Kopperschmidt (Hg.), Rhetorik und Philosophie, München 1989, S. 229 ff. (S. 235 ff.).

⁵⁵⁴ Ausführlich zu diesen Restriktionen als Abgrenzungskriterien szientistischen und prudentiellen Denkens, *ders.*, Rechtswissenschaft, S. 46 ff.

⁵⁵⁵ Nach *Ballweg* handelt es sich bei Semiotik um ein Teilgebiet der Rhetorik, während *Morris* die Rhetorik unzutreffend als eine verkürzte Semiotik begreife, vgl. *ders.*, Entwurf, S. 235 m.w.N.

henfolge Syntaktik (z – z), Semantik (z – o), Pragmatik (z – s) umzukehren und die Semiotik um zwei Disziplinen⁵⁵⁶ zu einem Modell einer analytischen Rhetorik zu erweitern⁵⁵⁷:

I. Phronetik	1. Agontik	s – s
	2. Ergontik	s – o
	3. Pithaneutik/Agoretik	s – z
II. Holotaktik	4. Ontotaktik	o – o
	5. Axiotaktik	o – z
	6. Teleotaktik	o – s
III. Semiotik	7. Pragmatik	z – s
	8. Semantik	z – o
	9. Syntaktik	z – z

Gegenstand der *Phronetik* ist nach *Ballweg* die Frage, wie sich die Zeichenbenutzer innerhalb von Sprachsystemen selbst definieren, positionieren und relationieren. Innerhalb der *Phronetik* soll die *Agontik* die aktiven Wirkungsbeziehungen zwischen den Zeichenbenutzern und ihr Verhältnis zueinander offenlegen (s – s). Zur Illustration verweist *Ballweg* auf das Sprachsystem Recht, das jeweils mit der Definition des Rechtssubjekt beginnt und davon ausgehend die Rechtsverhältnisse festlegt. Die *Ergontik* zielt auf die Beziehung der Subjekte zu den Objekten (s – o), d.h. das mit der Bezeichnung eines Objekts verbundene Interesse. In der ergontischen Dimension werden nach *Ballweg* die Beziehungen zur sprachlichen Objektwelt im weitesten Sinne festgelegt (beispielsweise zu Worten wie Eigentum, Besitz etc.). Die *Pithaneutik* oder *Agoretik* (s – z) schließlich „hat als großes analytisches Thema die Erhellung der Definitionsmacht, über die die Wirklichkeit der Sprachsysteme aufgebaut, verändert oder zerstört wird. (...) In der agontischen Beziehung fällt die Entscheidung über die Definitionsmacht, in der pithaneutischen wird sie vollzogen“⁵⁵⁸.

Bei all dem geht *Ballweg* davon aus, daß die Zeichenbenutzer sich ihrer sprachlichen Definitionsmacht regelmäßig nicht bewußt sind und diese nicht reflektieren. Ein durch Ontologisierungen und Hypostasierungen geprägtes deskriptives Sprachsystem erlaube es, subjektive und wertenden Momente auszublenden, so daß die Sprecher nicht als dessen Schöpfer

⁵⁵⁶ Vgl. insoweit *Ballweg*, *Phronetik*, S. 69; *ders.*, Entwurf, S. 247.

⁵⁵⁷ Erläuterungen dazu bei *Bayer*, *Plausibilität und juristische Argumentation*, S. 46 ff.

⁵⁵⁸ Für die Analyse der agoretischen Dimension empfiehlt *Ballweg* ferner eine Beziehung der pragmatischen Dimension, um die vom Zeichenbenutzer (s1) mit dem verwendeten Zeichen angestrebte Wirkung auf den Zeichenempfänger (s2) festzustellen: s1 – z – s2.

sichtbar werden. Sprache werde deshalb so verstanden und gebraucht, als spiegele sie eine außersprachlichen Wirklichkeit, die indes „als solche“ gar nicht vorhanden sei, sondern sprachlich erst hergestellt und erhalten werde: „Die Sprache bezeichnet sich selbst als Wirklichkeit“⁵⁵⁹. Die Disziplin der *Holotaktik* hat nach *Ballweg* insoweit die Aufgabe, den rhetorischen Charakter von Sprachsystemen deutlich zu machen, die als Universaldeutungen mit Wirklichkeitsanspruch auftreten⁵⁶⁰. Die holotaktischen Subdisziplinen kennzeichnet *Ballweg* dabei wie folgt: „Die *Ontotaktik* analysiert die rhetorische Konstruktion der O → O-Beziehungen, wie sie besonders in normativen Ontologien entworfen werden. Statt Sein werden auch Geschichte, Natur, Schöpfung, System und Staat normativ eingesetzt. In der *Axiotaktik* ist ein Sprachverständnis Gegenstand der Analyse, das die Zwangsläufigkeit einer auch wertübertragenden Beziehung von O → Z behauptet, die überhaupt erst jene normative Sprachgläubigkeit begründet, die von der schieren Rhetorizität ihrer essentialistischen Begriffsschöpfung ablenkt. Die *Teleotaktik* analysiert die Dimension der O → S-Beziehungen, über welche die Einbettung der Subjekte in den Sinn des Ganzen in seiner normativen Wirkung auf die Menschen hergestellt wird, indem man etwa aus dem Sein ein Sollen, aus der Geschichte den historischen Auftrag, aus der Natur das Harmoniegebot usw. herleitet“⁵⁶¹.

b) Rhetorische Semiotik als Argumentationsanalyse (*Schreckenberger*)

Eine vertieftes rhetorisches Verständnis der Rechtssprache wird ebenso von *Waldemar Schreckenberger* angestrebt. Unter „Rhetorischer Semiotik“⁵⁶² versteht *Schreckenberger* eine analytische Grundlagendisziplin der Rechtswissenschaft, die nach den zeichentheoretischen Eigenschaften, Funktionen und Voraussetzungen der Rechtssprache fragt. Weil er in der Argumentation einen Kernbereich der juristischen und rechtswissenschaftlichen Tätigkeit sieht, betrachtet er die Rhetorische Semiotik primär als argumentationstheoretische Forschung.

⁵⁵⁹ *Ballweg*, Entwurf, S. 233.

⁵⁶⁰ Die Analyse der Rechtssprache hält *Ballweg* dabei für besonders aufschlußreich, „weil an ihr deren systeminterne dogmatische Funktion, das Außer-Frage-Stellen von Meinungen (...), das Ausblenden des Zeitlichen, das Anheben des situativ Passenden ins generell Gültige, das Abheben vom fallweise Zutreffenden ins abstrakt Normative und die Umdeutung des dezisiv Volitiven ins Rationale besonders sinnfällig“ werde. „Daß es vielleicht nicht anders zu bewerkstelligen ist, ist zetetisch unbeachtlich“: *Ballweg*, Entwurf, S. 234.

⁵⁶¹ *Ballweg*, Entwurf einer analytischen Rhetorik, S. 244.

⁵⁶² Dazu *Schreckenberger*, Rhetorische Semiotik: Analyse von Texten des Grundgesetzes und von rhetorischen Grundstrukturen der Argumentation des Bundesverfassungsgerichts, Freiburg/München 1978, insbes. S. 13; *ders.*, Über die Pragmatik der Rechtstheorie, in: *JbRSoz*, Bd. II, 1972, S. 561 ff.

Auch *Schreckenberger* geht von den sprachtheoretischen Grundannahmen aus, daß zwischen Sprechen und Handeln ein enger Zusammenhang bestehe und daß sich das sprachliche Handeln durch seinen Situationsbezug kennzeichne: Sprachzeichen der Umgangssprache oder umgangssprachlicher Fachsprachen stellten komplexe Handlungsschemata dar, deren Bildung und Verwendung impliziten und expliziten Regeln folge. Die kommunikative Funktion dieser Handlungsschemata entfalte sich aber erst in der spezifischen Gesprächssituation, weshalb einzelne Ausdrücke und Argumente auch nur im Redekontext voll verständlich würden⁵⁶³. Um die kommunikativen Funktionen der Rechtssprache und ihre semiotische Leistungsfähigkeit, d.h. ihr Steuerungs- und Anleitungspotential, aufzuklären, sei zu untersuchen, wie die Umsetzung von Rechtstexten in Rechtsverfahren praktisch vollzogen werde. Als methodischen Bezugsrahmen dafür wählt *Schreckenberger* wiederum das auf *Morris* zurückgehende Zeichenmodell⁵⁶⁴, ebenfalls unter der Prämisse, daß die pragmatische Dimension für die syntaktische und semantische Dimension die zeichentheoretische Grundlage bilde. „Generelle und lexikalische ‚Bedeutungen‘ eines Zeichens sind immer nur Feststellungen über die bedingte Wahrscheinlichkeit eines möglichen individuellen Zeichengebrauchs. Die Wahrscheinlichkeit eines Zeichengebrauchs kann um so genauer angegeben werden, je mehr es gelingt, die durch diesen Gebrauch vermittelten situativen Bezüge aufzuzeigen“⁵⁶⁵.

Dabei wird nach *Schreckenberger* die Semantik keineswegs bedeutungslos. Sprachliche Zeichen können seines Erachtens sehr wohl auch auf nichtsprachliche Gegenstände, Handlungen und Handlungszusammenhänge verweisen⁵⁶⁶. Gerade in Anbetracht der für die Rechtssprache charakteristischen Ontologisierungen komme es aber darauf an, zwischen der informativen Leistung sprachlicher Zeichen, die ihre Beziehung zu Erfahrungsgegenständen bzw. zur sozialen Erfahrungswirklichkeit betreffe, und ihren affektiven, direktiven und metasprachlichen Wirkungen zu differenzieren. Zu diesem Zweck zieht *Schreckenberger* ergänzend zur Unterscheidung zwischen Semantik und Pragmatik die Unterscheidung zwischen *Objektsprache* und *Metasprache* heran⁵⁶⁷: „Ein objektsprachlicher Zeichengebrauch liegt (...) vor, wenn eine Beziehung zu einzelnen oder zu Klassen von außer-

⁵⁶³ *Schreckenberger*, Rhetorische Semiotik, S. 17 f.

⁵⁶⁴ Vgl. *Schreckenberger*, Rhetorische Semiotik, S. 31.

⁵⁶⁵ *Schreckenberger*, Rhetorische Semiotik, S. 40.

⁵⁶⁶ *Schreckenberger*, Notizen über die Rhetorische Semiotik unter besonderer Berücksichtigung der Geltungsproblematik in der Rechtstheorie, ARSP Beiheft Nr. 44 (1991), 348 ff. (348): „Sie (die rhetorische Semiotik) ist allerdings nicht der Auffassung, daß sich soziale Wirklichkeit in bloßen Kommunikationen erschöpft“.

⁵⁶⁷ Vgl. *Schreckenberger*, Rhetorische Semiotik, 38 f.

sprachlichen Daten hergestellt wird, die sinnlich wahrnehmbar oder auch umgangssprachlich identifizierbar sind. Ausdrücke mit einem gegenständlichen Sinn ohne objektsprachlichen Bezug gehören der Metasprache an⁵⁶⁸. Damit gewinne man ein „ein vorzügliches Kriterium, um komplizierte semantische Bezüge abzuklären und den suggestiven Schein präventiöser Sachhaltigkeit von Begriffen und Argumenten aufzudecken“⁵⁶⁹.

Ausgehend von diesen Vorüberlegungen führt *Schreckenberger* eine syntaktische, semantische und pragmatische Untersuchung von Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG⁵⁷⁰ und Art. 2 Abs. 1 GG⁵⁷¹ sowie im Anschluß daran eine Analyse der rhetorischen Grundstrukturen von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts durch. Im Hinblick auf Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG gelangt er zu der Feststellung, daß der Ausdruck „Würde des Menschen“ keinen objektsprachlichen Sinn enthalte, sondern einen metasprachlichen Charakter aufweise. Gleichzeitig werde der Ausdruck „unantastbar“ objektsprachlich verwendet. Mithin liege in deren Verbindung ein Verstoß gegen die semantische Regel, wonach ein Ausdruck nicht gleichzeitig zwei unterschiedlichen semantischen Ebenen (Objekt- und Metasprache) angehören darf; die Formulierung „die Würde des Menschen ist unantastbar“ sei deshalb *semantisch sinnlos*⁵⁷². Es sei deshalb auch nicht möglich, daraus sinnvolle Sätze logisch abzuleiten. Gleichwohl handle es sich bei dieser Formulierung um keine bloße Leerformel, vielmehr entfalte sie ihre semiotische Bedeutung auf pragmatischer Ebene. Sie verweise nämlich als *metasprachlicher Indikator* auf einen bestimmten ideengeschichtlichen Kontext. Dem Text von Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG komme damit ein pragmatisch-operativer Wert und in verfassungsdogmatischer Hinsicht eine immerhin begrenzte Steuerungsfunktion zu. Vor allem aber komme dem Text ein affektiver und appellativer Wert, eine Legitimations- und Symbolfunktion zu⁵⁷³. Entsprechend stellt *Schreckenberger* auch im Hinblick auf Art. 2 Abs. 1 GG fest, daß sich der semiotische Sinn dieser Verfassungsnorm wegen der Verbindung des metasprachlichen Ausdrucks „Persönlichkeit“ mit objektsprachlichen Ausdrücken nur in der pragmatischen Dimension erweisen könne⁵⁷⁴.

Die These von der exponierten Stellung der Pragmatik sieht *Schreckenberger* schließlich

⁵⁶⁸ *Schreckenberger*, Rhetorische Semiotik, S. 39.

⁵⁶⁹ *Schreckenberger*, Rhetorische Semiotik, S. 39.

⁵⁷⁰ „Die Würde des Menschen ist unantastbar“.

⁵⁷¹ „Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt“.

⁵⁷² *Schreckenberger*, Rhetorische Semiotik, S. 66 f.

⁵⁷³ *Schreckenberger*, Rhetorische Semiotik, S. 86 f.

⁵⁷⁴ *Schreckenberger*, Rhetorische Semiotik, S. 106.

auch durch seine Analyse von Argumentationen des Bundesverfassungsgerichts bestätigt. So sei etwa auch hinsichtlich der Rede vom „Rechtsstaatsprinzip“ zu zeigen, daß für diesen Ausdruck keine semantische Deutungsvorschrift vorhanden sei, seine Verwendung aber als metasprachlicher Indikator fungiere, der einen „semiotischen Bezug zu den in die Rechtssprache integrierten bürgerlichen Staats- und Verfassungstheorien und ihren Traditionen“ herstelle⁵⁷⁵. Insgesamt bescheinigt *Schreckenberger* dem Bundesverfassungsgericht im übrigen einen „Argumentationsstil (...), der verschiedene Dialog- und Argumentationsformen erkennen läßt“ und einen „meisterhaften Umgang mit rhetorisch nachvollziehbaren Verfahren“⁵⁷⁶. Zugleich warnt er mit Blick auf die unteren Gerichte davor, die Betonung der Pragmatik als Legitimation freier Rechtsschöpfung mißzuverstehen. Ziel der Rhetorischen Semiotik sei nicht, „die ‚Rationalität‘ von Rechtstexten oder juristischen Argumentationen zugunsten eines dezisionistischen Irrationalismus in Frage zu stellen“, sondern „über ein rhetorisches Sprachverständnis Regelstrukturen der Rechtssprache aufzudecken und ihre theoretischen Voraussetzungen auf eine verlässliche Grundlage zu stellen“⁵⁷⁷.

c) Rechtsrhetorik als Sprach- und Gesellschaftskritik (*Seibert, Rodingen*)

Während es *Ballweg* und *Schreckenberger* primär darauf ankommt, die Funktionen der Rechtssprache zu rekonstruieren, verbindet sich bei *Thomas-Michael Seibert*⁵⁷⁸ und insbesondere bei *Hubert Rodingen*⁵⁷⁹ die Analyse mit einer prinzipiellen Kritik. Die vorherrschende Rechtssprache wolle durch Abstraktion Objektivität und Rechtssicherheit verbürgen, indem sie die Rede syntaktisch und semantisch aus dem kommunikativen Zusammenhang und vom konkreten Gesprächspartner löse. Tatsächlich werde durch eine solche Rechtssprache gesellschaftlicher Wandel negiert, weil sie „eine bestenfalls bestimmte Fälle erfassende Syntax auf alle vorkommenden Fälle erweitert und diese Sinnentleerung durch scheinbar allgemeingültige Bedeutungen dogmatisch rechtfertigt“⁵⁸⁰. Ausgehend von der

⁵⁷⁵ *Schreckenberger*, Rhetorische Semiotik, S. 240 ff., 243.

⁵⁷⁶ *Schreckenberger*, Notizen über die Rhetorische Semiotik, S. 357.

⁵⁷⁷ *Schreckenberger*, Rhetorische Semiotik, S. 46, 137 ff.

⁵⁷⁸ Vor allem in den früheren Arbeiten, s. *Seibert*, Von Sprachgegenständen, S. 43 ff.; *ders.*, Zur Fachsprache in der Juristenausbildung, Berlin 1977; *ders.*, Kritik des Larenzischen Sprachgebrauchs, ARSP Beiheft Nr. 9 (1977), 69 ff.; *ders.*, Argumentationsbeispiele aus dem Rechtsbereich, in: Schecker (Hg.), Theorie der Argumentation, S. 313 ff.; *ders.*, Soziales und rechtliches Argumentieren am Beispiel von Gerichtshausarbeiten, ARSP Beiheft Nr. 14 (1980), 171 ff.

⁵⁷⁹ *Rodingen*, Ansätze zu einer sprachkritischen Rechtstheorie, ARSP 58 (1972), 161 ff.; *ders.*, Pragmatik der juristischen Argumentation. Was Gesetze anrichten und was rechtens ist, Freiburg/München 1977; *ders.*, Rechtstheorie als Kritik des juristischen Sprachgebrauchs, ARSP Beiheft Nr. 9 (1977), 57 ff.; *ders./Falke*, Das Rechtsverfahren: Dressur oder Diskurs?, DSWR 1976, S. 236 ff.; *ders.*, Von der Rationalität der Topik, in: *Ballweg/Seibert* (Hg.), Rhetorische Rechtstheorie. FS Viehweg, Freiburg/München 1982, S. 181 ff.

⁵⁸⁰ *Seibert*, Von Sprachgegenständen, S. 52.

Einsicht in die Situationsgebundenheit sprachlichen Handelns sei vor allem das in der juristischen Fachsprache bevorzugte *Aussagemodell* abzulehnen, weil es eine vorgegebene, invariante Zuordnung von Gegenständen und Eigenschaften vortäusche⁵⁸¹. Die damit verbundene Vernachlässigung der pragmatischen Dimension demonstriert *Seibert* in ausführlichen Analysen juristischer Texte, die den „Abstraktionsabstand“ zwischen den „deduktiv-systematischen“ Sätzen der Rechtswissenschaft einerseits und „logisch-pragmatischen“ Sätzen andererseits - die auf eine echte Verständigung zielten - behandeln⁵⁸².

Anhand einer Urteilsbegründungsanalyse legt *Seibert* ferner dar, daß der Handlungsaspekt sprachlicher Äußerungen - „sich einlassen“, „bestreiten“, „befragen“, „erwidern“, „beantragen“ usw. - innerhalb juristischer Argumentationen regelmäßig auf den Inhaltsaspekt von Zeichen und Texten reduziert wird⁵⁸³: Wenn etwa ein Angeklagter (Proponent: S_p) vor Gericht (Opponent: S_o) gegen den Anklagevorwurf des Betrugs vorbringt, er habe der angeblich geschädigten Firma keine zweckgebundene Verwendung eines ihm von dieser gewährten Darlehens zugesagt, dann vollziehe er die Sprechhandlung des Leugnens. Insoweit liege die Bedeutung (O) der sprachlichen Äußerung (Z) nicht auf der Inhaltsebene (Ver Vereinbarung einer Zweckbindung des Darlehens), sondern auf der Metaebene der Interaktion zwischen den Verfahrensbeteiligten ($S_p - Z - S_o$)⁵⁸⁴. In der Argumentation einer Urteilsbegründung - oder einer dogmatischen Urteilsanalyse - bliebe die Dimension ($S_p - Z - S_o$) aber meist ausgeklammert. Es werde nicht transparent, daß und wie im Verlauf konkreter sprachlicher Interaktionen in rechtlich strukturierten Handlungsbereichen soziale Wirklichkeit interpretativ hergestellt wird und welche institutionalisierten Deutungsschemata diesen Herstellungsprozeß steuern. Dies macht er auch anhand von Aktenanalysen deutlich, in denen er die Konstitution der Bedeutung von Gesetzestexten als vielfach gestuften Prozeß von Sprachhandlungen rekonstruiert, der der eigentlichen Entscheidung vorausgeht⁵⁸⁵.

Während *Seiberts* Untersuchungen insgesamt auf die Entwicklung einer pragmatischen Sprechhandlungstheorie hinauslaufen, zielen die Arbeiten *Rodingens* vorrangig auf eine sprachtheoretisch begründete Gesellschaftskritik⁵⁸⁶. Die auch bei *Seibert*⁵⁸⁷ anzutreffende

⁵⁸¹ Vgl. *Seibert*, Von Sprachgegenständen; *Rodingen*, Pragmatik, passim.

⁵⁸² *Seibert*, Zur Fachsprache in der Juristenausbildung; *ders.*, Kritik des Larenzschen Sprachgebrauchs.

⁵⁸³ *Seibert*, Argumentationsbeispiele aus dem Rechtsbereich, S. 325 ff.

⁵⁸⁴ Vgl. dazu das zweistufige semiotische Analyseschema bei *Seibert*, Argumentationsbeispiele aus dem Rechtsbereich, S. 62.

⁵⁸⁵ *Seibert*, Aktenanalysen. Zur Schriftform juristischer Deutungen, Berlin 1981, S. 41 ff.

⁵⁸⁶ *Rodingen*, Pragmatik, passim.

⁵⁸⁷ *Seibert*, Aktenanalysen, S. 16.

These, daß die Ausblendung der pragmatischen Dimension in der Jurisprudenz auf politische und gesellschaftstheoretische Gründe zurückzuführen sei, rückt bei *Rodingen* ganz in den Mittelpunkt. *Rodingen* geht davon aus, daß die übliche Sprachauffassung, wonach die Bedeutung von Wörtern sich aus Sätzen ergebe, falsch sei. Vielmehr sei eine „satzförmig erzeugte Bedeutung (syntaktisch generierte Semantik) mangels Umstands- und Lagebezogenheit (Pragmatik) beliebig“⁵⁸⁸. Die Auslegung von Gesetzen aber sei, wie die Gesetze selbst, satzförmig. Sprachlich bedingte Ontologisierungen konstatiert er insoweit für den gesamten Bereich der Rechtsdogmatik. Durch die Fügungen des Rechtssprache werde der Anschein einer sachlich-objektiven Entscheidungsfindung erweckt, während diese tatsächlich den Deutungs- und Erwartungsschemata der Urteilenden als Repräsentanten bestimmter gesellschaftlicher Schichten und Interessen folge. Einhergehend damit erfülle die Dogmatik die Funktion, die entscheidenden Personen von Verantwortung zu entlasten und die ergehenden Entscheidungen von Kritik freizustellen: Mit der juristischen Dogmatik werde „der naive Ontologismus eingeübt, wird der kindische Glaube an unverrückbare Wert- und Normwelten genährt und mit ihr Untertanenhörigkeit und Begriffsstutzigkeit“⁵⁸⁹.

Daß die Rechtssprache die Deutung der sozialen Wirklichkeit zugunsten oberer Schichten präformiere, wird *Rodingen* zufolge insbesondere auch im Strafrecht sichtbar. In Anlehnung an den kriminologischen „labeling-approach“ nimmt er an, daß Begriffe wie „Schuld“ und „Verantwortung“ nicht wirkliche Eigenschaften von Personen oder Handlungen bezeichnen, sondern allein gesellschaftliche Zuschreibungen zum Ausdruck bringen⁵⁹⁰. In der Erkenntnis des „labeling-approach“, daß nicht die Schuld des Täters dessen Verurteilung, sondern umgekehrt dessen Verurteilung seine Schuld bedinge, tritt *Rodingen* zufolge zugleich „die Schwäche satzförmigen Rechts zutage, die *Ludwig Feuerbach* schon in seiner Religionskritik aufgedeckt hat. Was die Religion zum Subjekt, müssen wir zum Prädikat machen, also: Nicht hat Gott den Menschen erschaffen, sondern der Mensch Gott“⁵⁹¹. Allein eine solche Umkehrung könne allerdings die mißliche „Satz- und Schlußförmigkeit“ nicht aufheben. In der Konsequenz geht es *Rodingen* deshalb nicht um „bessere Rechtssätze, sondern um etwas Besseres als um Recht in Sätzen“⁵⁹². Es mag hier dahinstehen, wie dieses Bessere genau aussehen mag.

⁵⁸⁸ *Rodingen*, Pragmatik, S. 148.

⁵⁸⁹ *Rodingen*, Pragmatik, S. 153.

⁵⁹⁰ *Rodingen*, Pragmatik, S. 123; *ders.*, Von der Rationalität der Topik, S. 184.

⁵⁹¹ *Rodingen*, Von der Rationalität der Topik, S. 184.

⁵⁹² *Rodingen*, Von der Rationalität der Topik, S. 184.

2. Herstellungs-Darstellungs-Differenz aus rechtsrhetorischer Perspektive (Sobota)

Von den bisher angesprochenen Autoren der „Mainzer Schule“ hebt sich *Katharina Sobota* insofern ab, als sich ihr Interesse nicht primär auf den Herstellungs-, sondern auf den Darstellungsaspekt rechtlichen Entscheidens und Argumentierens richtet. Mit der Differenz zwischen Herstellung und Darstellung (oder: zwischen Entscheidungsfindung und -begründung) greift sie eine Unterscheidung auf, die keineswegs neu ist⁵⁹³, aber in der neueren Rechtstheorie und namentlich für die juristischen Argumentationstheorien einen wichtigen Anknüpfungspunkt bildet⁵⁹⁴. Sie ist im folgenden vorab kurz zu erläutern.

a) Die Kategorien von Herstellung und Darstellung

Die Differenzierung zwischen rechtlicher Entscheidungsfindung und -begründung hat sich einhergehend mit der zunehmenden Kritik am Subsumtionsmodell der Rechtsanwendung etabliert: Nach Maßgabe des Gesetzesbindungspostulats wäre der Idealfall, daß Findung und Begründung einer Entscheidung im Prozeß der Rechtsanwendung zusammenfallen, so wie es das Subsumtionsmodell grundsätzlich annimmt. Denn ließe sich die Rechtsfindung auf einen Ableitungsprozeß reduzieren, der das richtige Ergebnis garantiert, käme der Begründung keine andere Bedeutung zu, als die ordnungsgemäße Subsumtion zu dokumentieren. Die Einsicht, daß das Subsumtionsmodell dieses Ideal tatsächlich nicht einzulösen vermag, hat der traditionellen Methodenlehre den Vorwurf eingetragen, sog. *Scheinbegründungen* zu rechtfertigen⁵⁹⁵. Weil sie die außergesetzlichen Entscheidungsfaktoren, die unweigerlich im Herstellungsprozeß wirksam werden, ausblende, könne sie diesen auch keinen legitimen Platz in den Darstellung einräumen, mit der Folge, daß sie in den offiziellen Begründungen auch regelmäßig unterschlagen würden. Zugespitzt formuliert:

⁵⁹³ Zur Differenz zwischen Herstellung und Darstellung *Isay*, Rechtsnorm und Entscheidung, Berlin 1929, S. 177: „Die Entscheidung ist nicht in dieser Weise entstanden, sondern es wird nur kontrolliert, ob sie in dieser Weise hätte ergehen können. Damit ist der Zweck der Kontrolle erreicht“. *Isay* nimmt allerdings an, daß zwischen dem entscheidungsleitenden Rechtsgefühl und der späteren rationalen Begründung eine unüberbrückbare Kluft bestehe.

⁵⁹⁴ Dazu die Einleitung bei *Neumann*, Argumentationslehre, S. 1 - 15; ferner etwa *Hassemer*, Rechtssystem und Kodifikation: Die Bindung des Richters an das Gesetz, in: Kaufmann/*ders.*/Neumann., (Hg.), Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 7. Aufl., Heidelberg 2004, S. 251 ff. (268) m.w.N.

⁵⁹⁵ *Kriele*, Offene und verdeckte Urteilsgründe, in: FS Ritter, Basel/Stuttgart 1965, S. 99 ff. (113); *Haverkate*, Offenes Argumentieren im Urteil, ZRP 1973, 281ff.; *Brüggemann*, Die richterliche Begründungspflicht, Berlin 1971; *Strömholm*, Zur Frage nach der juristischen Argumentationstechnik, ARSP 58 (1972), 337 ff.; *Hegenbarth*, Juristische Hermeneutik und linguistische Pragmatik, Königstein/Ts. 1982, S. 195 ff.

Der am Subsumtionsmodell orientierte deduktive Begründungsstil der traditionellen Methodenlehre verschleierte die wirklichen Motivationen und Wertungen von Entscheidungen, entziehe sie damit der Kontrolle oder zementiere gar eine im Juristenstand vorherrschende bürgerlich-konservative Haltung sowie damit korrespondierende Machtstrukturen⁵⁹⁶.

Verbunden mit dieser Kritik wird die Forderung erhoben, die im Rahmen der Entscheidungsfindung unvermeidlichen und durch die Gesetzestexte nicht abschließend zu determinierenden Interpretations- und Wertungsprozesse nicht länger zu negieren, sondern aufzudecken und rational zu machen⁵⁹⁷. Die Bemühungen richten sich insoweit auf die Gewinnung argumentativer Standards, die es erlauben und fordern, nachvollziehbare und vernünftige Entscheidungsgründe auch und gerade dort anzugeben, wo sich aus den gesetzlichen Vorgaben *keine* eindeutigen und exakten Ergebnisse gewinnen lassen⁵⁹⁸. Mit dieser Intention ergibt sich eine für die juristischen Argumentationstheorien charakteristische Akzentverschiebung von der Entscheidungsherstellung zur Entscheidungsdarstellung: Die Entscheidungsfindung ist danach als ein Vorgang aufzufassen, dessen jeweilige Rahmenbedingungen, Motivationen und Strategien sich in ihrer Komplexität nicht restlos rekonstruieren und noch weniger festlegen lassen. Als Ansatzpunkt für Anleitung und Kontrolle der Entscheidungstätigkeit wird deswegen nicht die Herstellung, sondern die Darstellung angesehen: Wenn im Ergebnis nämlich nur solche Urteile bestehen können, die sich als weitgehend gesetzesorientierte und *im übrigen* an den Maßstäben von Rationalität und Richtigkeit ausgerichtete Entscheidungen rechtfertigen und darstellen lassen, komme es auf die tatsächlichen Herstellungsprozesse nicht mehr an.

Das Postulat der Begründungsehrlichkeit zielt demnach also grundsätzlich nicht darauf, die wirkliche Entstehungsgeschichte einer Entscheidung dokumentarisch abzubilden, d.h. etwa auch die persönlichen Befindlichkeiten oder Motivationen des Urteilenden mitzuteilen⁵⁹⁹. Darzulegen ist jeweils vielmehr, *daß* ein Wertungs- und Entscheidungsspielraum be-

⁵⁹⁶ Zu vorherrschenden Wert- und Weltbildern des Juristenstandes etwa *Kaupen*, Die Hüter von Recht und Ordnung, Neuwied 1969; *Rottleuthner*, Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft, Frankfurt/Main 1973; *Lautmann*, Justiz - die stille Gewalt, Frankfurt/Main 1972, S. 140 ff.; *Simon*, Die Unabhängigkeit des Richters, Darmstadt 1975, S. 146 ff. m.w.N.

⁵⁹⁷ Etwa *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, S. 197: „Eine Methodenlehre, die sich mit der Analyse der offenen Urteilsgründe begnügt, kann (...) nicht mehr genügen. Es kommt vielmehr darauf an, die verdeckten, nämlich die eigentlichen Entscheidungsgründe ans Licht zu ziehen und rational kontrollierbar zu machen“.

⁵⁹⁸ Zum Begründungserfordernis auch BVerfGE 34, 269 (287).

⁵⁹⁹ Vgl. dazu *Struck*, Zur Theorie juristischer Argumentation, Berlin 1977, S. 20 ff; *Krawietz*; Juristische Entscheidung und wissenschaftliche Erkenntnis, S. 81.

steht⁶⁰⁰, und daß gute Gründe gerade für die getroffene Entscheidung sprechen - wenn gleich mit einer anderen Begründung auch eine andere Entscheidung vertretbar sein mag⁶⁰¹. Der Zugewinn an Ehrlichkeit liegt danach also im Eingeständnis, daß die Entscheidung nicht kognitiver Rechtserkenntnis entspringt, sondern einer *rationalen Argumentation* bedarf, die Raum für alle notwendigen und sachlich einschlägigen Erwägungen - etwa Präjudizien oder den Folgen der Entscheidung - schafft. Vorausgesetzt ist dabei freilich, daß Entscheidungsfindung einerseits und Entscheidungsbegründung andererseits - obwohl sie sich nicht voll zur Deckung bringen lassen - auch nicht zusammenhanglos nebeneinander stehen. Dies ist hervorzuheben, weil es eine wichtige Weichenstellung impliziert: nämlich eine Absage an den Irrationalismus, für den es eine Begründung der Entscheidungen nicht geben kann, sowie an den Dezisionismus, für den es einer solchen nicht bedarf⁶⁰².

Nach Ansicht von *Sobota* allerdings sind die Versuche, juristischen Entscheidungen durch veränderte Begründungsstandards zu mehr Ehrlichkeit und Rationalität zu verhelfen, als fragwürdig zu beurteilen. Vielmehr erscheine eine Verdammung des von der traditionellen Methodenlehre vermittelten deduktiven Begründungsstils aus rechtsrhetorischer Perspektive vorschnell.

⁶⁰⁰ Teilweise wird verlangt, das Deduktivitätspostulat unter Beschränkung auf die Struktur der Entscheidungs*darstellung* aufrechterhalten: Die Begründung muß demnach möglichst exakt demonstrieren, daß die Entscheidung aus bestimmten Gesetzen als generellen Prämissen sowie aus bestimmten *weiteren*, zu deren Konkretisierung erforderlichen Prämissen logisch folgt. Entscheidend ist dabei vor allem die explizite und vollständige Angabe dieser zusätzlichen Prämissen, für die es dann einer gesonderten Rechtfertigung bedarf. Eine dahingehende Aufteilung von Ableitung und Prämissenbegründung in Form einer Unterscheidung zwischen „interner“ und „externer“ Rechtfertigung bzw. „Hauptschema“ und „Nebenschema“ findet sich etwa bei *Koch/Rießmann*, Juristische Begründungslehre, S. 56 ff., 115 ff.; *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, S. 273; *Wroblewski*, Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision, Rechtstheorie 5 (1974), 33 ff.; kritisch dazu *Weinberger*, Logische Analyse, S. 203. Auf eine immerhin möglichst weitgehende Rückbindung der Entscheidungen an Gesetzestexte zielt die Forderung einer Angabe von Sprachgebrauchsregeln, die im Rahmen der semantischen Interpretation zur Bewältigung der Unschärfe der natürlichen Sprache beitragen sollen, so *Koch/Rießmann*, Juristische Begründungslehre, S. 24 ff.; *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, S. 278 f.; *ders.*, Die logische Analyse juristischer Entscheidungen, ARSP Beiheft Nr. 14 (1980), 181 ff. (201 f.).

⁶⁰¹ Zur Heranziehung allgemeiner Standards vernünftiger Argumentation zur „externen“ Rechtfertigung nach Maßgabe der Diskurstheorie - namentlich durch *Alexy* - bereits oben S. 144 ff.; ferner etwa *MacCormick*, The Artificial Reason and Judgement of Law, Rechtstheorie Beiheft Nr. 2 (1981), 105 ff.; *Aarnio*, Denkweisen der Rechtswissenschaft, Wien/New York 1979; grds. zustimmend dazu *Tschentscher*, Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit, Baden-Baden 2000.

⁶⁰² Dazu *Neumann*, Argumentationslehre, S. 2 f.; *ders.*, Juristische Methodenlehre und Theorie der juristischen Argumentation, Rechtstheorie 32 (2001), 239 ff. (255).

b) Darstellung der Herstellung und Selbstdarstellung

Ansatzpunkt der Überlegungen *Sobotas* bildet die Unterscheidung zwischen „Wirklichkeit“ und „Lebenswelt“: „Die *Wirklichkeit* ist der Bereich, der durch operative Forschung erschlossen wird. Er besteht nicht aus Dingen, sondern aus Wirkungen, nicht aus Substanzen, sondern aus Relationen. (...) Die *Welt* oder *Lebenswelt* ist der Vorstellungszusammenhang, den der Mensch in seinem täglichen Handeln für das Wirkliche hält. Sie ist das Ergebnis einer konstruktiven, intra- und interindividuellen Koordination und eignet sich dazu, diese Koordinationsleistung auch in Zukunft möglich zu machen⁶⁰³“. Ausgehend davon läßt sich gemäß *Sobota* zwischen der „Herstellung“ einer Entscheidung, ihrer „Darstellung“ sowie außerdem der „Darstellung der Herstellung“ differenzieren. Die Herstellung einer Entscheidung, also die tatsächliche Entstehung, gehöre ebenso wie deren Verschriftlichung in den Bereich der Wirklichkeit. Das Bild aber, das die Darstellung von der Herstellung zeichne und vorstellungsmäßig evoziere, gehöre in die Sphäre der Lebenswelt⁶⁰⁴. Um dieses Bild zu rekonstruieren, analysiert *Sobota* die in Urteilen enthaltenen selbstreferentiellen Aussagen, d.h. die expliziten und impliziten Angaben zur eigenen Entstehungsweise⁶⁰⁵. Dabei findet sie, daß diese Selbstreferenzen nicht durchgängig, aber überwiegend mit einem Rechtsverständnis korrespondieren, das sie als *rational* oder *kognitiv-objektivistisch* kennzeichnet⁶⁰⁶. Recht erscheint danach als eigenständig bestehende, erkennbare und logische Ordnung, die auf ereignishafte Vorgänge übertragen wird.

Ein solches Rechtsverständnis manifestiere sich namentlich in der vorherrschenden enthemmatischen Begründungsweise, also der Verwendung unvollständiger Syllogismen, bei denen Sätze weggelassen oder nur angedeutet werden, und deren Obersatz keine Wahrheit,

⁶⁰³ *Sobota*, *Sachlichkeit. Rhetorische Kunst der Juristen*, Frankfurt/Main u.a. 1990, S. 23 f.

⁶⁰⁴ *Sobota*, *Sachlichkeit*, S. 25, unter Hinweis darauf, daß „zwischen den Prozessen des Herstellens und Darstellens und der Darstellung dieser Prozesse eine ständige und veränderliche Wechselwirkung besteht. Für die folgende Untersuchung wird jedoch unterstellt, daß die weltkonstituierende Darstellung nach einem relativ festen Muster erfolgt und damit auch ein relativ beständiges Bild ergibt“.

⁶⁰⁵ *Sobota*, *Sachlichkeit*, S. 13 ff., 29, unter Hinweis auf Parallelen zur Ethnomethodologie, insbes. *Garfinkel*, *Studies in Ethnomethodology* (1967), 2. Aufl., Cambridge/Oxford 1984, S. 1 ff., und zu *Luhmann*, *Legitimation durch Verfahren*, Neuwied/Berlin 1969, S. 175 ff.; vgl. auch *Gräfin von Schlieffen*, *Rhetorik und rechtsrhetorische Aufklärung*, *Rechtstheorie* 32 (2001), 175 ff. (182 ff.).

⁶⁰⁶ Ein solches Rechtsverständnis unterscheidet *Sobota* einerseits von einer *vorrationalen* Haltung, wonach Recht als emotional-religiöses Gesamtgeschehen erfahren wird (immer noch wirksam z.B. im „Kreuzsymbol, das über so mancher Gerichtsbank hängt und den Rechtsspruch der göttlichen Fügung anbefiehlt“), und andererseits von einer *rationalreflexiven* oder *volitiv-konsensuellen* Haltung, wonach das Recht keine vorgegebenen materiellen Gehalte aufweist, sondern der menschlichen Verfügung unterliegt (wirksam etwa im Gedanken der demokratischen Legitimation), *Sobota*, *Sachlichkeit*, S. 37 ff.

sondern eine Wahrscheinlichkeit bildet⁶⁰⁷. Als Prämissen dienen vorzugsweise Gesetznormen, daneben aber ebenso Alltagsmaximen, Lehrsätze und Wertfeststellungen⁶⁰⁸. Die Verwendung der Begriffe erfolge nach einem strengen Bausatzsystem, gleichzeitig erfolge eine Bestimmung der Begriffsinhalte aber nur im Bedarfsfall, was den Konstruktionen Flexibilität und Anschlußfähigkeit verleihe⁶⁰⁹. Die enthymematische Argumentation verweise einerseits auf unmittelbare Einsicht (Evidenz) und andererseits auf die Folgerichtigkeit der klassischen Logik, deren Schlußform „nicht als hermetische Tautologie, sondern als eine offene, produktive Form der Zuordnung“ erscheine⁶¹⁰. Eine solche Begründungsweise erwecke den Eindruck eines streng deduktiven Vorgehens, das tatsächlich nicht vorliegt⁶¹¹, sie zeichne sich aber gleichwohl durch eine hohe gedankliche Stringenz aus.

Insgesamt sei festzustellen, daß der vielgescholtene Justizsyslogismus - wenn auch nicht im Prozeß der Herstellung, so doch in der Projektion der Selbstdarstellung - das nach wie vor dominante Konstitutionsmerkmal der Rechtsrede bilde. Als rhetorisches Muster rechtlicher Begründung und Selbstlegitimation habe sich das Subsumtionsmodell, das die Herstellung als objektgerichteten und objektgeleiteten Prozeß präsentiert, über weite Strecken bewährt. Es manifestiere sich darin eine lebensweltliche Sichtweise, „für welche die Neuzeit noch nicht angebrochen ist. Es ist die angeblich naive Welt unseres abendländisch-alltäglichen Denkens (...). Es ist die Welt der Erklärungen und Begründungen, der faßbaren Sachen und der durchschaubaren Prinzipien. Es ist der Boden unserer Sprachgemeinschaft, auf dem man sicher steht und sicher handeln kann (...)“⁶¹².

⁶⁰⁷ Sobota, *Sachlichkeit*, S. 47 ff., 65 ff.

⁶⁰⁸ Sobota, *Sachlichkeit*, S. 81 ff., 141: „Die Auswahl der Prämissen geschieht im Rahmen einer bewährten und anerkannten Systematik, die dem Gesetzestext grundsätzlich den ersten Rang einräumt. (...) *Konsens* und *Interesse*, *Gemeinwohl* und *Sitte*, die *Folgen*, der *Glaube* oder das *von Natur aus Gute* erscheinen nicht als unmittelbare Rechtsfertigungsmomente, sondern allenfalls als Begriff innerhalb einer satzförmigen Prämisse, die nach dem Aufbau der jeweils einschlägigen Topoikataloge und Prüfungsreihenfolgen nur in einem bestimmten Argumentationszusammenhang und zudem noch durch andere Regeln relativiert werden kann“. Vgl. auch *dies.*, Don't mention the Norm!, IJSL, Vol. IV / 10 (1991), S. 45 - 60.

⁶⁰⁹ Sobota, *Sachlichkeit*, S. 104 f., 126.

⁶¹⁰ Sobota, *Sachlichkeit*, S. 99, vgl. ferner S. 91 ff. 128 ff.

⁶¹¹ Dahingehend auch die Befunde bei *Weyrauch*, *Das Gesellschaftsbild des Juristen*, Neuwied/Berlin 1970, S. 207 ff.; *Lautmann*, *Justiz*, S. 178 ff.; *Hutmacher*, *Verkehrsunfälle vor Gericht - Empirische Befunde und theoretische Perspektiven*, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* IV (1983), S. 247 ff. (260 ff.); Dazu auch *Ballweg*, *Phronetik*, S. 43: Es sei wichtig zu wissen, „daß der Verknüpfungszusammenhang den Beteiligten als logisch schlüssiger, nicht aber als eingeübt gewohnheitsmäßiger vertraut, plausibel und folgerichtig erscheint, obwohl nur letztes zutrifft“.

⁶¹² Sobota, *Sachlichkeit*, S. 134 f.; dahingehend auch schon *Garrn*, *Rechtsproblem*, S. 38 ff.

c) Kritik der neuen Begründungslehre

Dies schließt nach *Sobota* freilich eine Entwicklung und Veränderung etablierter Konstruktions- und Begründungsmuster sowie damit korrespondierender lebensweltlicher Erwartungshaltungen nicht aus. Auch bleibe unbestritten, daß die juristische Methodenlehre ohne Idealisierungen und Utopien nicht auskomme. Nur dürfe insoweit weder der rhetorische Charakter noch die praktische Funktion rechtlicher Herstellungs- und Darstellungsprozesse verkannt werden, wie dies innerhalb der neueren Ansätze der Fall sei, die vom Ehrlichkeitspostulat ausgehen⁶¹³. Diesen Ansätzen gehe es nicht darum, den Modus der Darstellung aufzudecken, sondern ihn zu verändern⁶¹⁴. Man bewege sich in den Mustern der eigenen Ideen, die vom Ideal einer formal-exakten oder vernünftigen Argumentation geprägt seien, und übersehe, daß die neuen Vorgaben, die die Begründung kontrollierbar und rational machen sollen, ebenfalls eine kunsthafte, rhetorisch gezielte Darstellung der Herstellung verlangen. „Genau wie zuvor verlangt man auch hier eine Reihe schöpferischer Identifikationen, die den ungreifbaren, oszillierenden Prozeß der rhetorischen Herstellung in eine stringente und überzeugende Darstellung verwandeln“⁶¹⁵.

Soweit solche Theorien des juristischen Begründens Vollständigkeit und Exaktheit verlangen, sind sie dabei nach *Sobota* ihrem Gegenstand unangemessen und in ihrer Überzeugungswirkung fragwürdig: „Angesichts der Veränderlichkeit und Vergänglichkeit der *res humana* muß die Genauigkeit einer artifiziellen Formelsprache wie eine falsche Fassade wirken. Die Welt der Zeichen ist auf den Hochglanz moderner Präzisionsvorstellungen gebracht, aber alles Flüchtige und Brüchige wird als unliebsamer Haufen in den Hinterhof der ‚Bedeutungserklärungen‘ verbannt“⁶¹⁶. Entgegen dem Anspruch, mittels einer formalisierten Logik alle Prämissen aufzudecken und zu verhindern, daß sich ungenannte Unterstellungen einschleichen, lasse sich die juristische Argumentation nicht bis ins Letzte verbegrifflichen und inventarisieren. „Ihre Explikationen kennzeichnen niemals alles, sondern immer nur einen Ausschnitt von dem, was theoretisch zu sagen wäre. Dabei leistet das Schweigen zweierlei: Zum einen ist es ökonomisch, zum anderen hält es das bislang noch

⁶¹³ Dazu auch *Sobota*, Argumente und stilistische Überzeugungsmittel in Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. Eine Rhetorik-Analyse auf empirischer Grundlage, in: Dyck u.a. (Hg.), Rhetorik. Ein internationales Jahrbuch, Bd. 15 Juristische Rhetorik, Tübingen 1996, S. 115 ff.

⁶¹⁴ Vgl. *Sobota*, Sachlichkeit, S. 18 ff.

⁶¹⁵ *Sobota*, Sachlichkeit, S. 22, unter Hinweis auf *F. Brecher*, Scheinbegründung und Methodenehrlichkeit im Zivilrecht, in: FS Nikisch, 1958, S. 227 ff. (241).

⁶¹⁶ *Sobota*, Sachlichkeit, S. 118.

Selbstverständliche in einer Sphäre nachgiebiger Gefühle, statt es in den Streit um Worte zu tragen. Bedenkt man die Integrations- und Schlichtungsfunktion des Rechts, scheint diese Technik begrüßenswert. Eine Methodenlehre, die ernstlich auf Vollständigkeit drängt, würde nicht nur ihr Thema verfehlen, sondern auch zu einer Technik anleiten, die sich in der Praxis nicht bewähren würde⁶¹⁷.

Sofern die neueren Ansätze aber von der Begründung nicht nur Vollständigkeit verlangten, sondern Wahrhaftigkeit und inhaltliche Legitimation, werde offenbar ein einheitliches und konsistentes Wahrheitssystem vorausgesetzt und vermutet, daß im Zusammenspiel der zugelassenen Erwägungen eine transpositive, interkulturelle und zeitübergreifende Gerechtigkeit zum Ausdruck gelange⁶¹⁸. Ferner weist *Sobota* darauf hin, daß eine idealisierende und aspekthafte Berücksichtigung einzelner Herstellungsaspekte, etwa in Form der Berufung auf den Konsens, *commom sense* oder die Folgen, weder der Herstellung noch der Darstellung gerecht werde: „Innerhalb der ontologischen Präsentation wirken sie als Stilbruch, während sie in der Analyse des rechtlichen Konstruktionsprozesses als eine tendenziöse Schematisierung erscheinen, die der Pluralität der rhetorischen Bedingungen in keiner Weise gerecht wird“⁶¹⁹.

Wenn man dagegen darauf verzichte, die rechtliche Wirklichkeit in ein einheitliches Wahrheitssystem zwingen zu wollen und keine wissenschaftlich abgesicherte Legitimität des Gesollten verlange, werde es denkbar, daß die menschliche Lebenswelt anders zustandekommt, als es die Mitglieder einer Sprachgemeinschaft in ihren Konstruktionsprozessen darstellen. Erst damit biete sich dann auch die Möglichkeit, Recht sowohl aus der wirkungsanalytischen als auch aus der präsentationsbezogenen Perspektive zu betrachten⁶²⁰.

d) Rhetorische Figuren als Überzeugungsmittel

Dem Verhältnis zwischen Herstellung und Darstellung geht *Sobota* auch in ihren späteren Arbeiten nach. Zur feineren Differenzierung spricht sie insoweit auch von sog. *Krypto-* und *Pseudoreferenzen*⁶²¹. Als *Kryptoreferenzen* bezeichnet sie Regelhaftigkeiten und Anwei-

⁶¹⁷ *Sobota*, *Sachlichkeit*, S. 119 f.

⁶¹⁸ Vgl. *Sobota*, *Sachlichkeit*, S. 19 f., 147 f.

⁶¹⁹ *Sobota*, *Sachlichkeit*, S. 147.

⁶²⁰ *Sobota*, *Sachlichkeit*, S. 148 f.

⁶²¹ Dazu *Sobota*, *Geburt und Tod fiktiver Welten*, in: Heuser/Schmied (Hg.), *Gestalt*, Hannover 1991, S. 45 ff.; *dies.*, *The Rhetorical Construction of Law*, *IJSL*, Vol. V (1992), S. 39 ff. (46 ff.).

sungen, die bei der *Herstellung* der Rechtsrede tatsächlich wirksam werden und für die relative Gleichförmigkeit rechtlicher Konstruktionsprozesse von zentraler Bedeutung sind, die aber meist unreflektiert bleiben und keine explizite Formulierung finden⁶²². Als *Pseudoreferenzen* ordnet sie solche Anweisungen ein, die ein davon abweichendes offizielles *Herstellungsideal* formulieren, an dem sich allerdings die *Darstellung der Herstellung* innerhalb der Rechtsrede orientiert⁶²³. „Pseudo“ meint also, daß sie der wirklichen Herstellung nicht entsprechen, nicht aber, daß sie unwichtig wären: Sie sind nach *Sobota* nicht nur bezeichnend für das juristische Selbstverständnis, sondern auch entscheidend für die Überzeugungswirkung und Akzeptabilität des Ergebnisses.

Wie *Sobota* im Wege ergänzender Urteilsanalysen zeigt, sticht im Hinblick auf die Krypto-referenzen nicht allein die vorherrschend enthymematische Begründungsweise hervor, sondern auch der Einsatz nicht-argumentativer Überzeugungsmittel, d.h. eine reiche Verwendung rhetorischer Figuren, die auf Rhythmus, Geometrie, Klang oder Anschaulichkeit zielen⁶²⁴. Ausgehend von der *aristotelischen* Einteilung der Elemente überzeugender Rede sind solche Figuren⁶²⁵ dem Pathos-Bereich zuzurechnen, sie zielen also auf die Emotionen der Zuhörer, während unter dem Begriff Logos der Einsatz von Argumenten und unter dem Begriff Ethos der Bezug auf Sitten, Institutionen und prägende Wertvorstellungen erfaßt wird⁶²⁶. Den Befunden *Sobotas* zur Verwendung rhetorischer Figuren in Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zufolge läßt sich insgesamt eine vergleichsweise hohe Figurendichte feststellen⁶²⁷. Ferner ergebe sich, daß „rhetorische Figuren nicht nur in großer Menge eingesetzt, sondern auch in denjenigen Textabschnitten konzentriert (werden), wel-

⁶²² Dazu zählen die Techniken der Rhetorik, aber im weiteren Sinne auch Muster, die durch forensische Rituale, die Formen der Auswahl und Einsozialisierung des Nachwuchses sowie informelle Unterweisungen durch Ältere und Erfahrenere vermittelt werden. Zum letztgenannten Aspekt *Sobota*, Imitation und Reflexion in der Rechtsmethodik, in: Denninger u.a. (Hg.), *Kritik und Verantwortung*; FS Schneider, Frankfurt/Main 1990, S. 501 ff.

⁶²³ Wobei natürlich wiederum davon ausgegangen wird, daß Krypto- und Pseudoreferenzen interagieren.

⁶²⁴ Dazu *Sobota*, *Rhetorisches Seismogramm - eine neue Methode in der Rechtswissenschaft*, JZ 1992, 231 ff.; *dies.*, *Argumente und stilistische Überzeugungsmittel*, S. 120 ff.; *dies.*, *Rhetorische Muster der Rechtsgewinnung am Beispiel einer Entscheidung des OVG Münster*, in: Schirren/Ueding (Hg.), *Topik und Rhetorik. Ein interdisziplinäres Symposium*, Tübingen 2000, S. 521 ff.; ferner *Wolff/Müller*, *Kompetente Skepsis*, Opladen 1997, S. 244 ff.

⁶²⁵ Z.B. Metapher, Metonymie, Alliteration, Anthropomorphisierung, Litotes, Ironie, d.h. Wendungen, die sich als „Abweichungen von der normalen Sprechweise“ verstehen lassen. Zur Auswahl und Identifikation dieser Figuren s. *Sobota*, JZ 1992, 232 f. m.w.N.; *dies.*, *Argumente und stilistische Überzeugungsmittel*, S. 121 f.

⁶²⁶ Als Logos-Argumente zählen nach *Sobota* Aussagen oder Andeutungen, die dem Schema „das ist so, weil ...“ entsprechen (wie Hinweise auf Gesetze, Rechtsgrundsätze oder Alltagsargumente); dem Ethos-Bereich rechnet sie etwa Autoritätsargumente und Quellenangaben zu, s. *Sobota*, *Argumente und stilistische Überzeugungsmittel*, S. 120 f.

⁶²⁷ Als Vergleichstexte dienten Berichte in Tageszeitungen: *Sobota*, JZ 1992, 233.

che Experten für die ‚wichtigen‘ halten“⁶²⁸, und daß der Einsatz der verschiedenen Überzeugungsmittel in unterschiedlichen Entscheidungen offenbar einem konstanten Muster folge⁶²⁹.

Nach *Sobota* bestätigt sich damit, daß die Überzeugungskraft juristischer Begründungen nicht allein auf rational-kognitiven Momenten beruht, sondern auf einem kunsthaften und rhetorisch zielvollen Einsatz von Sprache, der durch informelle und weitgehend unreflektierte Konstruktionsanleitungen gesteuert wird⁶³⁰.

⁶²⁸ *Sobota*, JZ 1992, 237; *dies.*, Argumente und stilistische Überzeugungsmittel, S. 115, 122. Mehr Argumente werden an diesen Stellen dagegen nicht genannt.

⁶²⁹ *Sobota*, Argumente und stilistische Überzeugungsmittel, S. 115.

⁶³⁰ Zur Heranziehung der *aristotelischen* Einteilung in der Jurisprudenz auch *Schulze*, Ethos, Logos, Pathos. Juristische Rhetorik in der neueren deutschen Zivilrechtsgesetzgebung, in: ARSP Beiheft Nr. 99 (2004), S. 26 ff.; *Lyra*, Die Wiederentdeckung der Rhetorik in der Jurisprudenz - Beginn einer neuen Methodenlehre?, ebd., S. 50 ff. (58 ff.).

III. Zum Stand der Rhetorischen Rechtstheorie

Vor dem Hintergrund sowohl der von *Viehweg* in „Topik und Jurisprudenz“ entwickelten topisch-rhetorischen Deutung des juristischen Denkens als auch der Fortentwicklung dieses Ansatzes durch *Viehweg* selbst sowie die verschiedenen Autoren der „Mainzer Schule“ gilt es nun in zweierlei Hinsicht Bilanz zu ziehen. Zum einen betrifft dies die Beurteilung von „Topik und Jurisprudenz“ und den Resultaten der darum geführten Topik-Debatte. Es stellt sich insoweit die Frage, was von *Viehwegs* Ansatz bleibt und welche unmittelbare oder auch mittelbare Relevanz ihm weiterhin zukommt. Damit verbunden ergibt sich zum anderen die Frage nach dem heutigen Stand der Rhetorischen Rechtstheorie, und zwar ebenso im Hinblick auf das Verhältnis der Rechtsrhetoriker zueinander wie auch im Verhältnis zu anderen Strömungen in der neueren Rechtstheorie.

1. Bilanz zur Entwicklung der Rechtsrhetorik: Verdienste, Differenzen . . .

a) Zur Relevanz von „Topik und Jurisprudenz“: Bindung und Beweglichkeit als Strukturprinzip

Hinsichtlich der allgemeinen Einschätzung des Ansatzes *Viehwegs* kann insgesamt festgehalten werden, daß Zielrichtung und Tragweite seiner Überlegungen über weite Strecken verkannt werden. Zwar wird *Viehweg* die Distanzierung von einem strikt gesetzessystematischen Rechts- und Systemverständnis zugute gehalten⁶³¹ und zudem lobend anerkannt, daß über die theoretischen Anstrengungen von Rechtstheorie und akademischer Methodenlehre die Probleme und Anforderungen der Rechtspraxis nicht ganz vergessen werden sollten. Dahingehend pauschale Zugeständnisse vermögen aber nur schlecht zu verdecken, daß es über weite Strecken an der Bereitschaft fehlt, sich ernsthaft auf eine Auseinandersetzung mit den Überlegungen *Viehwegs* einzulassen. An die Stelle einer solchen Auseinandersetzung tritt regelmäßig vielmehr der Hinweis auf die Annahme, *Viehwegs* Ansatz basiere auf einer überzogenen Entgegensetzung von Topik und Systematik. Wenngleich es nach dem hier entwickelten Verständnis von „Topik und Jurisprudenz“ nicht gerechtfertigt ist, *Viehwegs* Einordnung des juristischen Denkens als Problemdenken auf eine solche Gegenüberstellung von „Topik“ und „Systematik“ zu reduzieren, wurde sie insbesondere im

⁶³¹ Zum „Beitrag der Topik zur Überwindung des Positivismus“ insbes. *Bokeloh*, Beitrag der Topik, S. 107 ff. m.w.N.

Rahmen der ersten Rezeptionswelle von „Topik und Jurisprudenz“ mit aller Vehemenz diskutiert. Daran wird zugleich aber auch deutlich, wie lebendig zu dieser Zeit die Vorstellung eines deduktiven, die Entscheidungsfindung determinierenden Rechtssystems offenbar noch gewesen ist und wie dringend der Reflexionsbedarf. Es darf insoweit wohl angenommen werden, daß *Viehwegs* Anstoß einen nicht zu unterschätzenden Beitrag zur Überwindung dieser Vorstellung geleistet hat.

Zugleich mit dieser Überwindung setzte sich innerhalb der zweiten Rezeptionswelle von „Topik und Jurisprudenz“ sodann die Auffassung durch, *Viehwegs* Rekonstruktion des juristischen Denkens erschöpfe sich, soweit man ihr folgen könne, in einer Banalität, nämlich in der Einsicht in die „Offenheit“, d.h. die Möglichkeit und Erforderlichkeit von Ergänzungen und Präzisierungen des Rechtssystems. Dieser Auffassung nach soll allerdings die „Offenheit“ die Qualifikation des juristischen Denkens als Systemdenken nicht berühren, sei es, weil Änderungen oder Ergänzungen des Systems eher als Ausnahme betrachtet werden, sei es, weil man voraussetzt, daß Art und Ausmaß solcher Modifikationen im Wege einer „Teleologik“ oder einer vernünftigen Interessenabwägung zu steuern und inhaltlich zu kontrollieren sind. In jedem Fall soll dabei die Richtigkeit rechtlicher Entscheidungen gewährleistet bleiben und verbürgen, daß die Jurisprudenz nicht bloßer Subjektivität anheim fällt.

Viehwegs Analyse, wonach die Topik innerhalb des juristischen Denkens *ständig* eine latente Wirksamkeit entfaltet, die erst die Leistungsfähigkeit der Jurisprudenz ausmacht, wird damit überspielt. Dabei bestreitet *Viehweg* zu keiner Zeit, daß sich die Jurisprudenz an den Begriffen und Sätzen des positiven Rechts orientiert und daß sich diese in ihrer Gesamtheit als System im weiteren Sinne auffassen lassen. Entscheidend ist für ihn vielmehr die Feststellung, daß ein solches System aufgrund seiner Anbindung an die Gerechtigkeitsfrage als Grundaporie nur ein *dogmatisches* System sein kann, dem als außer Frage gestellte Verständigungsgrundlage die Funktion zukommt, die Entscheidbarkeit rechtlicher Probleme herbeizuführen. Diese dogmatische *Funktion* aber verlangt eine *Struktur*, die topisch-inventiven Prozessen Raum läßt, damit der Problembezug und damit die Akzeptabilität der gewonnenen Lösungen gewahrt werden kann. Vor diesem Hintergrund ist es letztlich ganz gleichgültig, ob man das juristische Denken als System- oder Problemendenken bezeichnet, solange nur deutlich wird, daß der Systembezug *weder* die Exaktheit *noch* die inhaltliche Richtigkeit rechtlicher Entscheidungen garantieren kann.

Daß die Jurisprudenz sich gleichwohl auch nach *Viehweg* nicht in subjektiver Beliebigkeit erschöpft, stößt dabei auf besondere Verständnisschwierigkeiten, und zwar deshalb, weil „Topik“ unzutreffend als Bindungslosigkeit aufgefaßt wird. Soweit zusätzlich auch noch verkannt wird, daß *Viehweg* keinen normativen, sondern einen analytischen Ansatz verfolgt, führt diese Fehldeutung zu dem Vorwurf, *Viehweg* „mißachte“ das Gesetzesbindungspostulat, „bekenne“ sich nicht zur geltenden Rechtsordnung und „wolle“ eine Verabsolutierung der Einzelfallgerechtigkeit unter Vernachlässigung von Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit. Diese Kritik geht an *Viehweg* vorbei, denn er beabsichtigt eine rechtswissenschaftliche Rekonstruktion, keine dogmatische Anleitung. Wo dagegen die analytische Absicht *Viehwegs* gesehen wird, manifestiert sich die genannte Fehldeutung in dem Einwand, ein topisches Verständnis der Jurisprudenz verkenne die tatsächliche Reichweite der Gesetzesbindung und könne die immerhin relative Gleichförmigkeit rechtlicher Entscheidungsprozesse nicht erklären.

Demgegenüber impliziert Topik keineswegs Bindungsverzicht. Sie sucht ihre Prämissen vielmehr ausgehend von herrschenden und fachkundigen Meinungen - also geltenden Sätzen - und unter Rückgriff auf anerkannte Gesichtspunkte, weil nur innerhalb eines gemeinsamen Verständigungshorizontes plausible und überzeugende Lösungen zu gewinnen sind. Topoi und Topoikataloge haben nach *Viehweg* dabei einerseits die Funktion, ein bestimmtes Verständnis festzulegen und aufzubauen, und erlauben andererseits Beweglichkeit und Erweiterungsfähigkeit. In Form der Interpretation erlaubt es die Topik, neue Verständnismöglichkeiten zu erschließen, ohne die alten zu verletzen. Dieses Zusammenspiel von *Bindung und Beweglichkeit* bildet für *Viehweg* das Strukturprinzip, das das juristische Denken und das juristische System prägt. Vor diesem Hintergrund wird das Gesetzesbindungspostulat faktisch auch nicht obsolet. Nur lassen sich Reichweite und Grenzen dieser Bindung nicht logisch oder „teleologisch“ ermitteln und abstrakt festlegen, sondern sie gewinnen erst in der Rechtspraxis Kontur und Kontinuität.

Auf eine Aufklärung der rechtlichen Kurationsprozesse zielt auch *Viehwegs* spätere Unterscheidung einer situativen (rhetorischen) und einer nichtsituativen (antirhetorischen) Sichtweise unter Bezugnahme auf die Semiotik. Entscheidend ist dabei für *Viehweg*, daß der Sprache nicht eine nur deskriptive, sondern auch direktive Funktion zukommt, die sich in der pragmatischen Dimension entfaltet. Die Bedeutung sprachlicher Zeichen liegt demnach nicht situationsentrückt fest, sondern wird in der Redesituation durch wechselseitige

Sprechhandlungen erst konstituiert. Vor diesem Hintergrund wird deutlich, daß die Wirksamkeit der Topik auf pragmatischer Ebene anzusiedeln ist. Die Topoi dienen dazu, in der Redesituation Sprech- und Denkhandlungen anzuregen und die intersubjektive Sinnkonstitution zu koordinieren. Die Topoi sind also, wie *Viehweg* sagt, immer schon direktiv und nicht nur beschreibend. Eine nichtsituative Sichtweise, die demgegenüber versucht, die pragmatische Dimension auszuschalten oder auszublenden, vermag demgemäß die Funktion der Topik nicht zu erfassen. Sie erweist sich für den Bereich der Jurisprudenz, wo eine Aufhebung des Situationsbezugs mit einem Verlust des Problembezugs einhergeht, zugleich als unangemessen.

Natürlich ist mit dem so skizzierten topischen Verständnis der Jurisprudenz die Frage nach den Faktoren und Bedingungen der rechtlichen Entscheidungsfindung nicht erledigt. Das schmälert allerdings nicht das Verdienst *Viehwegs*, mit „Topik und Jurisprudenz“ eine Konzeption vorgelegt zu haben, die die Momente des Suchens, Ringens und (Er)findens im Rahmen realer rechtlicher Herstellungsprozesse nicht nur ohne idealisierende Verbrämungen sichtbar macht, sondern im Hinblick auf die Grundvoraussetzungen der Rechtsdisziplin erklärt und als Kernbestandteil des juristischen Denkens würdigt. Die Fruchtbarkeit seines Ansatzes wird zugleich daran deutlich, daß er sich als wichtige Weichenstellung auch jenseits der eigentlichen Topik-Diskussion erwiesen hat. Die verbreitete Sichtweise, wonach der topische Ansatz sich seit den 70er-Jahren in unterschiedliche Theorieströmungen verlaufen habe, erscheint insoweit als eine tendenziös-abwertende Umschreibung des Umstands, daß die Überlegungen vieler maßgebliche Autoren dieser Zeit direkt oder indirekt durch *Viehweg* beeinflusst und angestoßen wurden. Dies gilt für hermeneutisch ausgerichteten Ansatz *Essers* ebenso wie für die Abwägungstheorie *Krieles* und die Argumentationstheorie *Alexys* bis hin zur Debatte um Rechtsprinzipien, in der *Wilburgs* Idee eines beweglichen Systems und der von *Viehweg* betonte Gedanke kumulierbarer und sich wechselseitig beschränkender Grundsätze wieder auftauchen⁶³². Zugleich erscheint es bezeichnend, wenn *Luhmann* in den 90er-Jahren noch immer erklären muß, „daß mit einem Prinzip (Verhältnismäßigkeit, Angemessenheit, Werteabwägung usw.) oft, wenn nicht immer, entgegengesetzte Entscheidungen begründet werden können. Die Angabe eines Prinzips heißt dann nur: das Unterscheiden ins System zurückdelegieren. Schließlich verdeckt das Prinzip in der Statik seiner Formulierung die Zeitlichkeit der Operationen des Systems, das laufen-

⁶³² Zur rhetorischen Grundlage von Wert- und Abwägungstheorien *Schreckenberger*, *Rhetorik und Demokratie*, S. 389; vgl. zu solchen Theorien *Sieckmann*, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, Baden-Baden 1990.

de Wiederholen und Abändern, Kondensieren und Konfirmieren, distinguishing und overruling in der täglichen Praxis des Systems. Das mag dann dazu dienen, Einheit vorzutäuschen, wo im Zeitlauf Regeln gewechselt werden, also Inkonsistenz für Konsistenz auszugeben⁶³³. Die Rechtsrhetorik weiß das seit einem halben Jahrhundert.

Die späteren kleinen Schriften *Viehwegs* haben keine größere Resonanz gefunden. Dies erstaunt insofern nicht, als darin vorrangig Überlegungen ausgeführt und erweitert werden, die bereits in „Topik und Jurisprudenz“ angelegt sind. Trotzdem sind sie nicht unwichtig, weil seine Grundkonzeption darin auf sprach- und zeichentheoretischer Ebene noch einmal eine Bestätigung erfährt. Mit der Akzentuierung als rhetorisch verstandener *Theorie vom begründenden Reden*, die sich die pragmatische Analyse juristischer Argumentationen zur Hauptaufgabe macht, hebt sich sein Ansatz zudem deutlich vom breiten Feld der normativ ausgerichteten Argumentationstheorien ab, die sich weniger für die tatsächlichen Herstellungsbedingungen interessieren als für deren legitimierende Darstellung. Hervorzuheben ist ferner, daß die besondere Betonung der Pragmatik im Sinne *Viehwegs* jedenfalls der Sache nach inzwischen weitgehend Anerkennung gefunden hat, und einhergehend damit die direktiven Wirkungen wechselseitiger Rede im praktischen Entscheidungsverfahren auch außerhalb der Rechtsrhetorik verstärkt in den Blick genommen werden⁶³⁴. Schließlich bleibt anzumerken, daß die Versuche, die inventiven Prozesse im Rahmen der Entscheidungsfindung theoretisch zu rekonstruieren und möglichst auch lernbar zu machen, noch immer auf erhebliche Schwierigkeiten stoßen⁶³⁵.

b) Zum Anspruch rechtsrhetorischer Aufklärung

Die neueren Autoren der „Mainzer Schule“ stimmen mit *Viehweg* hinsichtlich des Vorrangs der *Pragmatik* gegenüber Syntaktik und Semantik sowie der *Situationsbezogenheit* sprachlichen Handelns überein. Damit verbunden bildet die Untersuchung von *Ontologisierungen* innerhalb der Rechtssprache ein gemeinsames Thema. Die jeweiligen Akzentsetzungen und die Einschätzung der gewonnen Befunde weichen indes voneinander ab. Es stellt sich damit vor allem unter dem Gesichtspunkt ihrer sprach- und gesellschaftskriti-

⁶³³ Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt/Main 1993, S. 347 f.

⁶³⁴ S. Christensen/Kudlich, *Theorie richterlichen Begründens*, Berlin 2001.

⁶³⁵ Zum Verständnis als Abduktion *Lüderssen*, *Genesis und Geltung in der Jurisprudenz*, Frankfurt/Main 1996, S. 291 ff.; zum Verhältnis zur Topik *Seibert*, *Grundlagen der Urteilsanalyse: Fall, Regel und Topos*, in: Feldner/Forgó (Hg.), *Norm und Entscheidung*, Wien/New York 2000, S. 127 ff. (144); *ders.*, *Zeichen, Prozesse. Grenzgänge zur Semiotik des Rechts*, Berlin 1996, S. 134 ff.

schen Ausrichtung die Frage nach dem Profil der Rhetorische Rechtstheorie.

Die Differenzen werden im Hinblick auf die Beurteilung der Ontologisierung juristischer Begrifflichkeit besonders deutlich. *Ballweg* betrachtet sie primär unter dem Gesichtspunkt der Funktionalität: Entscheidungs- und Begründungszwang verlangen eine hochgradige Interpretierbarkeit der Rechtssprache, und diesem Erfordernis wird durch eine ontologisierende Redeweise entsprochen. Zugleich erlaube es ein deskriptiver Sprachstil, die subjektiven und wertenden Momente im Entscheidungsfindungsprozeß, die die Akzeptabilität des Ergebnisses beeinträchtigen könnten, auszublenden. Eine Reflexion dieser Verdinglichungen und der damit verbundenen Implikationen ist nach *Ballweg* auf rechtsphilosophischer bzw. rechtstheoretischer Ebene geboten. Die Möglichkeit einer durchgängigen Rationalisierung der sprachlichen Sinnkonstitution auf rechtsdogmatischer Ebene sieht er jedoch nicht; insbesondere warnt er auch davor, Ansprüche und Leistungsfähigkeit rhetorischer Analysen zu überschätzen und die Grenzen zwischen Zetetik und Dogmatik zu verwischen⁶³⁶. Ganz ähnlich betrachtet auch *Sobota* Programme zur Überwindung tradierter juristischer Sprach- und Begründungsmuster mit Skepsis. Entsprechend sieht sie es auch nicht als Ziel rechtsrhetorischer Forschung an, eine veränderte Methodik vorzugeben oder „jedermann über jedes und um jeden Preis aufzuklären“, sondern bestenfalls „denen, die es wissen sollten, einige Hinweise für eine effektivere und selbstkontrolliertere Rechtsgewinnung zu geben“, um so „die bewährten Ordnungs- und Schlichtungstechniken in einer zeitgerechten Weise fortzusetzen“⁶³⁷. Freimütig stellt sie fest: „In Zukunft dürfte die Rhetorik ihre Gegner nur noch in ihrem eigenen Lager finden; es sind nicht mehr die Normativisten und Ontologen alten Schlages, sondern die so gutwillig wie orientierungslosen Dogmatikflüchtlinge einer angeblich postmodernen Gegenwart“⁶³⁸.

Der Gegensatz insbesondere zu den Überlegungen *Rodingens*, der sich gegen eine verdinglichende Semantik wie überhaupt gegen ein „Recht in Sätzen“ ausspricht, liegt auf der Hand. Dieser Distanzierung von *Rodingen* ist grundsätzlich beizupflichten⁶³⁹. Aus der isolierenden Vergegenständlichung juristischer Begriffe und ihrer Ablösung von der pragma-

⁶³⁶ *Ballweg*, Phronetik, S. 55: „Eine Analyse versteht sich weder als Manifest noch als Polemik, weder als Kritik noch als Pamphlet. Sie ist Theorie *über* Praxis - eine Metatheorie -, aber keine Doktrin für die Praxis, schon gar nicht eine ‚Theorie der Praxis‘“.

⁶³⁷ *Sobota*, Sachlichkeit, S. 7.

⁶³⁸ *Sobota*, Sachlichkeit, S. 11.

⁶³⁹ Skeptisch zur Forderung einer neu zu konzipierenden Rechtssprache auch *Neumann*, Acht Thesen zur Kritik und Metakritik der Rechtssprache, ARSP Beiheft Nr. 9 (1977), 121 ff.

tischen Ausgangssituation läßt sich entgegen *Rodingen* nämlich keineswegs folgern, daß die Auslegung der Gesetzestexte „beliebig“ sei, also daß sie *gar nichts* bedeuten. Im Gegenteil kritisiert *Rodingen* selbst die rechtlichen Sprachfügungen ja gerade im Hinblick darauf, daß diese die Deutung des sozialen Geschehens in bestimmter Weise präformierten. Was *Rodingen* insoweit eigentlich stört, ist nicht die vermeintliche Beliebigkeit abstrakter rechtlicher Begriffe und Sätze, sondern das bürgerliche Gesellschaftsbild, mit dem sie korrespondieren und an dem sich ihre Auslegung orientiert. Es geht ihm also letztlich nicht darum, daß die Rechtssprache als Instrument zur Durchsetzung oder Erhaltung bestimmter gesellschaftspolitischer Vorstellungen diene, sondern um *welche*. Demgegenüber ist mit *Ballweg* darauf zu verweisen, daß eine analytische Rechtsrhetorik ihrem Anspruch und ihrer Leistungsfähigkeit nach nicht darauf gerichtet sein kann, eine Rechtsideologie durch eine andere zu ersetzen.

Das läßt freilich die Berechtigung der Frage danach, welche rechtlichen Inhalte wie sprachlich konstituiert werden und inwieweit sich entsprechende Prozesse kontrollieren lassen, unberührt. Und unter diesem Gesichtspunkt dürfen umgekehrt *Ballweg* und *Sobota* auch nicht dahingehend verstanden werden, daß eine ontologisierende Redeweise bzw. ein ontologisches Rechtsverständnis mit dem Hinweis auf die Erfordernisse von Begründungs- und Überzeugungszwang als faktische Notwendigkeit nicht hinterfragt werden dürfe. Vor diesem Hintergrund ist im übrigen anzumerken, daß verschiedentlich problematisiert wird, ob die Topik eine progressive oder im Gegenteil eine konservative Wirkung entfalte⁶⁴⁰. So wird teilweise angenommen, daß die Betonung der Offenheit des Rechtssystem für außer-gesetzliche Wertungen und seines Bezugs zur Rechtswirklichkeit im Sinne der erstgenannte Deutung zu einer „Gleichsetzung von problemorientiertem Rechtsdenken mit politischem Denken“ geführt habe und „als einer der Gründe dafür angesehen werden kann, daß die Topik seit Ende der 60er-Jahre nochmals Zulauf zu verzeichnen hatte“⁶⁴¹. *Wieacker* konstatiert demgegenüber, daß die jedenfalls „die Fachtopik einer Juristenunft (...) eher konservierende oder doch stabilisierende, wenn nicht geradezu traditionalistische oder reaktionäre Tendenzen“ aufweise⁶⁴².

Beide Wirkrichtungen scheinen auf den ersten Blick möglich; dennoch wird keine der bei-

⁶⁴⁰ Dazu *Bokeloh*, Beitrag der Topik, S. 95.

⁶⁴¹ So *Oppermann*, Topikdiskussion, S. 23, 130 ff., der diese Gleichsetzung selbst allerdings für unzutreffend hält.

⁶⁴² *Wieacker*, Zur Topikdiskussion in der zeitgenössischen deutschen Rechtswissenschaft, S. 401. Ähnlich *Struck*, Topische Jurisprudenz, S. 104, 109.

den Einordnungen dem Verständnis einer analytischen Rechtsrhetorik gerecht. Natürlich weist ein dogmatisches Denken wie die Jurisprudenz insofern konservierende Tendenzen auf, als es gerade darauf zielt, bestimmte außer Frage gestellte Meinungen zu stabilisieren und zu erhalten. Anders ließe sich der soziale Orientierungsbedarf und das Bedürfnis nach Handlungssicherheit im Bereich des Meinungsmäßigen nicht befriedigen. Gleichzeitig ist dadurch eine kontinuierliche und geschmeidige Anpassung und Änderung im Hinblick auf veränderte Problemlagen und Vorstellungen gerade nicht ausgeschlossen. Nochmals: Topik beruht auf dem Zusammenspiel von Bindung *und* Beweglichkeit. Daß die Stabilisierungsleistung insoweit maßgeblich durch die staatliche Institutionalisierung der rechtlichen Entscheidungsprozesse, eine universitär betriebene Rechtslehre sowie auch eine berufsstandsspezifische „Zunftbildung“ abgesichert wird, liegt dabei auf der Hand. Längst bekannt sind auch die Risiken, die daraus resultieren⁶⁴³. Bei all dem muß aber zweierlei berücksichtigt werden. Zum einen wird die Änderungsdynamik im Bereich des Meinungsdenkens durch die Bedingungen der sozialen Orientierungsfunktion bestimmt. Treffend stellt dazu *Schreckenberger* fest: „Diese benötigt erwartbare Zeiträume, die es ermöglichen, zwischen Normen und sozialen Veränderungen eine Art Fließgleichgewicht herzustellen. (...) Stabilität und Flexibilität des Rechts folgen nicht theoretischen Anforderungen, sondern praktischen Bedürfnissen“⁶⁴⁴. Zum anderen liegt es - wie bereits dargelegt - weder in der Absicht noch in den Möglichkeiten einer analytischen Rechtsrhetorik, eine Doktrin der Bewahrung oder Veränderung zu entwickeln.

Entsprechend hat die Feststellung, daß und wie ein verdinglichender juristischer Sprachgebrauch bestimmte Funktionen erfüllen kann, nichts mit der Legitimation der Deutungsmuster zu tun, die darin zum Tragen kommen. Umgekehrt impliziert die Frage, ob und wie solche Deutungen diskutierbar und insoweit rational gemacht werden können, kein (neues) Richtigkeitsversprechen.

Zutreffend weist *Viehweg* insoweit darauf hin, daß die fraglichen Vergegenständlichungen zwar „auch in der Rechtswelt eine gewisse Hilfe leisten“, aber daß man sie im Gebrauch wieder „pragmatisieren, d.h. in den Kontext einer Situation bringen, genauer: ihre Isolierung

⁶⁴³ Zur dahingehenden Diskussion insbes. der 70er-Jahre *Lautmann*, *Justiz* 140 ff.; *Simon*, Die Unabhängigkeit des Richters, S. 146 ff., 160 ff. m.w.N.; *Rottleuthner*, Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft; *Kaupen*, Die Hüter von Recht und Ordnung; ferner zur Nachwuchsselektion bereits *Dahrendorf*, Die Ausbildung einer Elite, *Der Monat* 14 (1962), 15 ff. Das Bild des schichten- und interessengebundenen, konservativ-autoritären Juristenstandes bedarf aber wohl mittlerweile einer Überholung. Im Hinblick auf die Situation des juristischen Nachwuchses erscheint zudem die Rede von der „Ausbildung einer Elite“ geradezu als Hohn.

⁶⁴⁴ *Schreckenberger*, Notizen über die Rhetorische Semiotik, S. 356.

rung, die durch die fixierende Definition entstand, wieder beseitigen“⁶⁴⁵ muß und nicht dem Eindruck erliegen darf, „daß das, was in casu hic et nunc als gerecht zu ermitteln ist, sich mit hinreichender Sicherheit letztlich doch aus der Wortbedeutung des einschlägigen Rechtstextes ergebe“⁶⁴⁶. Nach Auffassung *Scherckenbergers* hat die „reich gegliederte Ontologie der juristischen ‚Gegenstände‘“ sogar „vorzügliche rhetorische Leistungen erbracht, indem sie komplizierte juristische Sachverhalte für den fachsprachlichen Zeichengebrauch in handliche, von der Anschauung rhetorisch gestützte Schemata faßte; sie hat sich als ein hervorragendes Instrument zur Verkürzung und der Argumentation und damit der Dogmatisierung der Rechtssprache erwiesen“⁶⁴⁷. Gleichzeitig betont auch er, daß „ontologisierende Sprechweisen oft geeignete Strategien (bilden), um dogmatische Vorentscheidungen zu verhüllen und komplizierte semiotische Strukturen zu verdecken“⁶⁴⁸.

Hervorzuheben gilt es vor diesem Hintergrund, daß sowohl *Scherckenberger* als im übrigen auch *Seibert* Untersuchungen angestellt haben, die deutlich machen, wie die von *Viehweg* geforderte Pragmatisierung aussehen kann bzw. wie sie sich im Verfahrensablauf vollzieht. So hat *Scherckenberger* anhand seiner verfassungsrechtlichen Text- und Entscheidungsanalysen die appellativen und direktiven bzw. operativen Funktionen, die metasprachlicher Ausdrücke der Rechtssprache entfalten können, näher bestimmt. *Seiberts* Urteils- und Aktenanalysen illustrieren die Annäherung zwischen Fall und Gesetzestext als Abfolge sprachlicher Handlungssequenzen und geben zugleich Hinweise über die Struktur des Konkretisierungsprozesses. Beide liefern Ansätze für eine intervenierende argumentative Kontrolle innerhalb des Entscheidungsfindungsprozesses. Die Rhetorische Rechtstheorie im Sinne *Viehwegs*, nämlich als rhetorisch verstandene *Theorie vom begründenden Reden*, die die Aufgabe verfolgt, die rechtlichen Herstellungsprozesse in pragmatischer Hinsicht abzuklären, ist damit einige Schritte vorangekommen.

c) Die rechtsrhetorische Perspektive auf die Herstellungs-Darstellungs-Differenz

Eine solche Theorie im Sinne *Viehwegs* faßt ersichtlich primär den Begründungsprozeß, also die Suche und Gewinnung von entscheidungserheblichen Gesichtspunkten im Rahmen der Rechtsfindung ins Auge. Zu klären bleibt, welche Konsequenzen sich ausgehend davon

⁶⁴⁵ *Viehweg*, Schritte zu einer Rhetorischen Rechtstheorie, S. 201 f.

⁶⁴⁶ *Viehweg*, Topik (Anhang), S. 114.

⁶⁴⁷ *Scherckenberger*, Rhetorische Semiotik, S. 38.

⁶⁴⁸ *Scherckenberger*, Rhetorische Semiotik, S. 39.

im Hinblick auf die Darstellung der Entscheidung ergeben. Genauer: Es ist zunächst festzuhalten, was sich auf Grundlage des rechtsrhetorischen Ansatzes für das Verhältnis von Herstellung und Darstellung bzw. Darstellung der Herstellung ergibt.

Im Ausgangspunkt ergibt sich auch aus rechtsrhetorischer Perspektive, daß das Begründungserfordernis als zentrales Instrument zur Rationalitätssicherung und Kontrolle rechtlicher Entscheidungen anzusehen ist. Insoweit teilt sie zugleich die Prämisse der verschiedenen neueren argumentations- bzw. begründungstheoretischen Ansätze, wonach in Abgrenzung zu einem irrationalistischen oder dezisionistischen Verständnis grundsätzlich ein innerer Zusammenhang zwischen Entscheidungsfindung und Entscheidungsbegründung besteht. Gerade wenn und weil ein solcher Zusammenhang angenommen wird, ergibt sich aber weiter, daß sich die Kriterien und Anforderungen, die an die Begründung zu stellen sind, nur bestimmen lassen, wenn über die Kriterien und Anforderungen einer ordnungsgemäßen Entscheidungsfindung Klarheit besteht. Wenn also von Begründungstheoretikern betont wird, daß die von ihnen konzipierten Regeln nicht beanspruchen, den Gang der tatsächlichen Überlegungen des Entscheidenden wiederzugeben, sondern Anforderungen an die Begründung formulieren⁶⁴⁹, darf nicht etwa der Eindruck entstehen, daß sich gleichsam auf dem Umweg der Begründung eine größere Rationalität erzeugen ließe, als einem korrespondierenden Herstellungsmodell zukäme. Nur reicht es danach aus, wenn eine Entscheidung so, wie in der Begründung angegeben, entstanden sein *könnte*, sich also als rationale Entscheidung *rekonstruieren* läßt, auch wenn im tatsächlichen Entscheidungsprozeß andere Gesichtspunkte ausschlaggebend waren, die so gleichsam neutralisiert werden.

Allerdings entkommt ein Begründungskonzept nicht schon allein deshalb, weil es grundsätzlich auch außergesetzliche Gesichtspunkte in der Begründung zuläßt, dem im Zusammenhang mit dem Subsumtionsmodell diskutierten Problem der „Scheinlegitimation“. Diese Problem bleibt vielmehr immer dann bestehen, wenn das Herstellungsmodell, an dem sich die Darstellungsanweisungen orientieren, wiederum auf idealisierenden Annahmen beruht, so daß auch eine dahingehende Begründung wieder mehr verspricht, als tatsächlich eingehalten werden kann. Das macht deutlich, daß auch bei der Konzeption von Begründungsmodellen, insbesondere wenn diese „Begründungsehrlichkeit“ fordern und zu ermöglichen beanspruchen, auf die Rekonstruktion der tatsächlichen Bedingungen und Funktionen des Herstellungsprozesses nicht verzichten können.

⁶⁴⁹ S. nochmals *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, S. 282.

Auf der Herstellungsseite aber gilt, daß sich die Entscheidung zwar auf die gesetzlichen Vorgaben stützt, sich jedoch weder durch diese noch anhand der Maßstäbe einer übergesetzlichen Vernünftigkeit umfassend steuern oder absichern, sondern lediglich plausibilisieren läßt. Dieser Befund führt auf der Darstellungsseite zu folgendem Konflikt: Man kann zwar versuchen, immerhin ein Optimum an Kontrolle dadurch zu sichern, daß die zur Rechtsfindung herangezogenen Konkretisierungs- und Wertungselemente möglichst vollständig und explizit sichtbar gemacht werden, damit sie kritisierbar und auf ihre Plausibilität hin prüfbar sind. Nur gerät eine so verstandene Kontrollierbarkeit den Überlegungen *Sobotas* zufolge dann in Zielkonkurrenz zum Überzeugungszwang, weil sie die Plausibilität, die gezeigt werden soll, gerade beeinträchtigt.

Denn nach *Sobota* spiegelt die Darstellung grundsätzlich nie den wirklichen Herstellungsprozeß wider, sondern entwirft vielmehr ein Bild dieses Vorgangs, das dem lebensweltlichen Rechts- und Rationalitätsverständnis des Entscheidenden entspricht und auf die lebensweltlichen Vorstellungen und Erwartungen der Adressaten zielt. Vorherrschend ist demnach eine Darstellungsform, die subjektiv-wertende Momente ausblendet und die Herstellung als objektgeleiteten und objektgerichteten Vorgang präsentiert. Dabei werden laut *Sobota* Elemente der offiziellen Methodenlehre ebenso wirksam wie inoffizielle Konstruktionsanweisungen, die auch den Einsatz nichtargumentativer Überzeugungsmittel umfassen. Aus rechtsrhetorischer Perspektive manifestiert sich darin keine Unehrlichkeit, sondern der Umstand, daß die Lebenswelt anders zustande kommt, als die Mitglieder einer Sprachgemeinschaft es in ihren Konstruktionsprozessen darstellen. „Entstehungslegenden“ dienen demzufolge als Deutungs- und Orientierungshilfen, die dazu beitragen, daß die sprachlich konstituierte Rechtswelt im Wechsel der Situationen und Einzelfälle nicht in eine Fülle kontingenter Daten und Verhaltensformen zerfällt, sondern in einer dauerhaften und geordneten Gestalt erscheint.

Vor diesem Hintergrund hält *Sobota* es für voreilig, den überkommenen deduktiv-sachlichen Begründungsstil zu verabschieden. Damit ergibt sich die Frage, ob man das kognitiv-objektivistische Rechtsverständnis, auf das diese Darstellungsform verweist, ernstlich bewahren und die „Subsumtionsideologie“ restaurieren kann. Ein solches Ansinnen wäre ersichtlich absurd. Das ist es indes auch nicht, was *Sobota* anstrebt. Ihr geht es darum, von überzogenen Rationalitätserwartungen Abstand zu nehmen, und bewährte Argumentations- und Überzeugungstechniken, ohne die auch die „angeblich postmoderne

Gegenwart“ nicht auskommen kann, bewußt zu pflegen und einzuüben. Denn diese verlieren ihre Wirksamkeit nicht schon deshalb, weil man sich davon nur noch Plausibilität und keine Gewißheit verspricht.

Dies gilt freilich unter dem Vorbehalt, daß die Untersuchungen *Sobotas* die Zusammenhänge zwischen Herstellung und Herstellungsideal sowie korrespondierend dazu zwischen inoffiziellen und offiziellen Darstellungsmustern nur sehr umrißhaft beleuchten können. Auch bestreitet *Sobota* nicht, daß sich ein Wandel nicht nur des herrschenden Rechts- und Selbstverständnisses, sondern auch der Argumentations- und Begründungspraxis zumindest in gewissen Grenzen bereits vollzogen hat, wenn wohl auch nicht in unmittelbarer Bezugnahme auf neuere Begründungsmodelle und weit entfernt von Vollständigkeits- oder Exaktheitsansprüchen. In Anbetracht dessen erscheint es keineswegs ausgeschlossen, daß sich eine „stilbrüchige“ Verbindung des deduktiven Darstellungsgrundmusters mit erweiterten Explikationen der zur Konkretisierung oder Abwägung herangezogenen Gesichtspunkte entwickelt und bewährt, die sich am Leitbild einer am Gesetz orientierten und im übrigen fach- und sachgerecht stützbaeren Entscheidung orientiert.

Ganz unabhängig davon, inwieweit die traditionell deduktiv-sachliche Attitüde mit anderen Begründungsmodi eine überzeugungsfähige und deshalb auch praxisrelevante Verbindung eingehen kann, muß jedenfalls bezweifelt werden, ob eine isolierende Betrachtung der Darstellungsseite einen geeigneten Ansatz bildet, um eine bessere Entscheidungsrationaliät und -kontrolle zu erreichen. Wenn es nämlich richtig ist, daß eine erweiterte Kontrolle vor allem auf pragmatischer Ebene ansetzen muß, dann muß sie auch direktiv-situationsbezogen wirksam werden, d.h.: die Kontrollmechanismen müssen *innerhalb* des Überzeugungsbildungsprozesses und *während* des kommunikativen Geschehens einsetzen. Denn selbst im Falle einer dokumentarischen Begründung - die niemand fordert - wäre es nicht möglich, die Qualität der Problemerkörterung, die über die Konstitution von Lösung und Fall entscheidet, umfassend zu beurteilen. Vielmehr wird es gerade in problematischen Fällen regelmäßig möglich sein, im Ergebnis die eine wie die andere Entscheidung, die schließlich getroffen werden muß, „mit angemessener Begründung“ zu vertreten, d.h. in Einklang mit den offiziellen Begründungserfordernissen. Insofern bleibt die von der Rechtsrhetorik angestrebte Aufklärung des Herstellungsprozesses unter Berücksichtigung seiner verfahrensmäßigen Ausgestaltung weiterhin Aufgabe, wenn darin eine kommunikative, wechselseitig überprüfbare rechtliche Kreation erreicht werden soll.

d) Analytische Rhetorikforschung und praktische Anleitung

Es bleibt schließlich zu konstatieren, daß *Viehweg* sein Anliegen in „Topik und Jurisprudenz“ zwar als Versuch kennzeichnet, eine „zulängliche Theorie der Praxis zu entwickeln“⁶⁵⁰. Gemeint und durchgeführt ist darin freilich eine Theorie *über* die Praxis, nicht eine Methodik für die Praxis⁶⁵¹. Insofern hat *Wieacker* recht, wenn er feststellt: „Viehwegs ‚Topik und Jurisprudenz‘ verdanken wir der Analyse allgemeingültiger Denk- und Begründungsstile durch einen bedeutenden Rechtsphilosophen, dem man nicht Unrecht tut, wenn man sagt, er sei mehr interessiert an der wissenschaftlichen Grundlagenforschung als an den Problemen der Praxis“⁶⁵². Wenngleich *Viehweg* wie auch andere Autoren der „Mainzer Schule“ mehrfach Bezüge zu Ausbildung und Praxis herstellen⁶⁵³, ist insgesamt einzuräumen, daß dieser Interessenschwerpunkt von ihnen allen geteilt wird. *Sobota* umreißt den dahingehenden methodischen Bedarf programmatisch wie folgt: Eine „rhetorisch angelegte juristische Methodenlehre (...) vermittelt zwischen der rechtstheoretischen Forschung und der rechtsrhetorischen Praxis, indem sie versucht, den angehenden Juristen in einer angemessenen, lebensstauglichen Weise auf die Muster des rechtserzeugenden Verhaltens aufmerksam zu machen. Durch den Rückgriff auf die methodologischen Befunde der Redeanalyse ist sie in der Lage, ihm die Chancen und Risiken der einzelnen Sprachstrategien vor Augen zu führen“⁶⁵⁴. Dies ist zu unterstreichen und gilt um so mehr, als außerhalb der Rechtsrhetorik bereits die Frage nach einem zielvollen und reflektierten Einsatz sprachlicher Überzeugungsmittel reduziert wird auf die Frage nach rationalen, möglichst sogar zwingenden Entscheidungsgründen⁶⁵⁵.

Vor diesem Hintergrund ist darauf zu verweisen, daß sich unabhängig von den Autoren der „Mainzer Schule“ ein stärker praxisorientierter Zweig der Rechtsrhetorik entwickelt hat. Hinzuweisen gilt es insoweit vor allem auf die speziell auf die juristische Praxis ausgerichteten rhetorischen Anleitungsbücher, die von *Wolfgang Gast* und *Fritjof Haft* vorgelegt

⁶⁵⁰ *Viehweg*, Topik, S. 14.

⁶⁵¹ Vgl. insoweit nochmals *Ballwegs* nachdrücklichen Hinweis auf den Unterschied oben Fn. 636.

⁶⁵² *Wieacker*, Zur Topikdiskussion, S. 395.

⁶⁵³ Vgl. *Viehweg*, Der deutsche Jurist - Über Mängel und Reform des Rechtsstudiums in der Bundesrepublik, (1962), in: *ders.*, Rechtsphilosophie und Rhetorische Rechtstheorie, Bade-Baden 1995, S. 74 ff.

⁶⁵⁴ *Sobota*, Sachlichkeit, S. 7.

⁶⁵⁵ *Schreckenberger*, Rhetorik und Demokratie, S. 395, weist darauf hin, daß Gefühle „gewiß kein Ersatz für Argumente“ sein können, aber daß doch unverkennbar sei, daß sie den Fortgang einer Argumentation fördern oder behindern können. Den Analysen *Sobotas* zufolge können sie insbesondere die Wirksamkeit von Argumenten auch wirksam verstärken.

worden sind⁶⁵⁶. Dem von diesen Autoren jeweils entfaltete Verständnis einer eigenständigen juristischen Rhetorik ist im vorliegenden Zusammenhang im übrigen aber nicht weiter nachzugehen⁶⁵⁷. Klarstellend ist lediglich anzumerken, daß beide den Verdacht, Rhetorik als juristisches Kampfmittel oder Instrument der Verschleierung zu vermitteln, entschieden von sich weisen.

2. ... und Perspektiven: Zur Stellung der Rechtsrhetorik in der heutigen Debatte

Vergleicht man die im Rahmen der bisherigen Überlegungen dargestellten Positionen der Rhetorischen Rechtslehre mit den aktuell maßgeblichen rechtstheoretischen Strömungen, nämlich den diskurstheoretisch ausgerichteten *normativen Argumentationstheorien* einerseits sowie der durch Müller begründeten *Strukturierenden Rechtslehre* und daran orientierten Konzeptionen andererseits, wird deutlich, daß die Rechtsrhetorik durchaus nicht in der neueren Debatte aufgegangen ist, sondern eine eigenständige Wahrnehmung verdient.

a) Zum Verhältnis von Rechtsrhetorik und normativer Argumentationstheorie

Wie bereits an früherer Stelle ausgeführt, ist der Rechtsrhetorik im Sinne einer Theorie vom begründenden Reden mit normativ ausgerichteten Argumentationstheorien die Überlegung gemeinsam, daß rechtliches Entscheiden sich durch die Gesetze nicht umfassend steuern und auf die Erkenntnis vorgegebener Inhalte beschränken läßt. Daran anknüpfend stellt sich für beide Ansätze die Frage, ob und inwieweit sich rechtliche Entscheidungen unter diesen Bedingungen rational begründen lassen. Die Herangehensweise an diese Fragestellung unterscheidet sich allerdings grundlegend.

Die Rechtsrhetorik verortet die Jurisprudenz im Bereich des meinungsmäßigen und dogmatischen Denkens, das es als Gegenstand rechtswissenschaftlicher bzw. rechtstheoretischer Forschung ansieht. Dies impliziert eine deskriptiv-analytische Vorgehensweise und schließt eine Suche nach überpositiven moralischen Inhalten ebenso aus wie die Entwicklung normativer juristischer Begründungslehren, auf die sich demgegenüber das Interesse

⁶⁵⁶ Gast, *Juristische Rhetorik. Auslegung, Begründung, Subsumtion*, 3. Aufl., Heidelberg 2002; Haft, *Juristische Rhetorik*. Vgl. ferner Ott, *Juristische Dialektik – 50 dialektische Argumentationsweisen und Kunstgriffe, um bei rechtlichen Auseinandersetzungen Recht zu behalten*, 2. Aufl., Basel/ Frankfurt/Main 1995.

⁶⁵⁷ Vergleichend zu beiden Autoren Thümmel, *Rechtsrhetorik als Methodenlehre und Instrument der Vertragsgestaltung*, Tübingen 1998, S. 89 ff., 99 ff.

der normativen Argumentationstheorien richtet. Die Rhetorischen Rechtstheorie sieht ihre Aufgabe vielmehr darin, die strukturellen und funktionellen Bedingungen und Voraussetzungen rechtlichen Entscheidens zu rekonstruieren. Entsprechend wird eine Entwicklung unmittelbar anwendungsbezogener Vorgaben für die juristische Praxis von der nicht angestrebt. Zutreffend geht sie allerdings davon, daß die Analyse der Bedingungen und Restriktionen rechtlicher Entscheidungsprozesse das Selbstverständnis der Jurisprudenz verändern und so mittelbar auf die Praxis zurückwirken und deren Verfahren besser verständlich und lehrbar machen kann.

Das bedeutet nicht, daß die Rechtsrhetorik rechtliche Inhalte, also das „was“, aus ihrem Blickfeld ausschließt oder sie für beliebig erklärt. Nur gehören diese in die Dimension der rechtlichen und rhetorischen Praxis und werden nicht unter dem Gesichtspunkt ihrer Legitimation, sondern hinsichtlich ihrer Entstehung und Durchsetzung, also dem „wie“, betrachtet⁶⁵⁸. Wenn die Rechtsrhetorik also nach den Bedingungen rationaler Argumentation fragt, legt sie dabei einen rein formalen Rationalitätsbegriff zugrunde. Wenngleich die Rechtsrhetorik ihren Gegenstandsbereich insoweit also beschränkt, ist die Notwendigkeit der permanente Suche nach „richtigen“ Inhalten sowie nach Kriterien einer nicht „nur“ überzeugenden und stimmigen, sondern in einem anspruchsvolleren Sinne „begründeten“ Argumentation selbstverständlich nicht bestritten. Dies betrifft nicht nur die fachspezifischen Leistungen im Bereich der dogmatischen Lehre und die allgemeine Diskussion moralischer Fragen, sondern grundsätzlich auch für den Entwurf methodologischer Zielvorstellungen⁶⁵⁹. Prinzipiell eröffnet sich damit Raum für gegenseitige Wertschätzung und Ergänzung - oder doch zumindest friedliche Koexistenz. Die tatsächlich zu konstatierenden Nachbarschaftsstreitigkeiten betreffen vor allem zwei Aspekte: Der Rhetorischen Rechtstheorie wird seitens der normativen Argumentationstheorie Unverbindlichkeit und Ungenauigkeit vorgeworfen⁶⁶⁰. Der Gesichtspunkt der Unverbindlichkeit, also einer fehlenden Berücksichtigung des Gesetzesbindungspostulats, trifft die Rechtsrhetorik - wie gezeigt - nicht. Bezüglich des Einwands der Ungenauigkeit ist zu differenzieren. Soweit die normative Argumentationstheorie eine genauere Analyse der logischen Struktur von Argumenten beansprucht, läßt sich nach Anschlußstellen suchen.

Soweit sie allerdings die Ungenauigkeit der seitens der Rechtsrhetorik rekonstruierten

⁶⁵⁸ Vgl. *Sobota*, Rhetorik: Form ohne Inhalt? ARSP 75 (1989), 525 ff. (532 f.).

⁶⁵⁹ Vgl. auch *Schreckenberger*, Rhetorik und Demokratie, S. 394.

⁶⁶⁰ Vgl. *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, S. 41.

Struktur topischen Denkens anprangert, kehrt er sich in einen Gegenvorwurf. Sie selbst begeht hier nämlich eine Grenzverletzung, weil sie beansprucht, ihr normatives Gebäude auf eine analytische Grundlage stellen zu können. So besteht die Angreifbarkeit des diskurstheoretischen Ansatzes gerade darin, daß sie die von der Rechtsrhetorik festgestellten Unschärfen der juristischen Argumentation durch idealisierende Prämissen verdeckt, um sie dann als vernünftigen Diskurs ausweisen zu können. Die Orientierung an der Fiktion eines idealen Diskurses überspielt sowohl die institutionellen Zwänge rechtlichen Entscheidens als auch das Fehlen einer scharfen Grenze zwischen den Formen rationaler und irrationaler Überzeugung. Dabei beruht diese Fiktion darauf, daß die pragmatische Dimension auf ein universales Regelsystem reduziert wird, was es von vornherein nicht zuläßt, die inventiven und intervenierenden Momente im konkreten, situationsgebundenen Entscheidungsprozeß zu erfassen. Daß der namentlich von *Alexy* für die juristische Argumentation entwickelte Regelkatalog nicht auf die Herstellung, sondern auf die Darstellung der Entscheidung zugeschnitten ist, was eine Neutralisierung nicht legitimierbarer Elemente des tatsächlichen, konkreten Herstellungsprozesses erreichen soll, kann darüber nicht hinweghelfen. Denn diese Strategie funktioniert nur hinsichtlich solcher Momente, die - wenn die Entscheidung richtig ist - in der Begründung hinweggedacht und vollständig durch rationale Gesichtspunkte ersetzt werden können, die zum gleichen Ergebnis führen. Der hier in Rede stehende pragmatische Aspekt sprachlicher Bedeutungskonstitution läßt sich dagegen nicht wegdenken, sondern nur idealisieren und umdeklarieren.

Dieses Problem bleibt auch für eine zweite Generation von Diskurstheoretikern bestehen, die versucht, den Situationsbezug stärker zu berücksichtigen. So unterscheidet etwa *Delf Buchwald* zwischen einer Kernbegründung nach rechtsinternen Maßgaben und einer ergänzenden Mantelbegründung, die die jeweilige Normauswahl, die Sachverhaltsinterpretation, Prinzipienabwägungen u.ä. legitimieren soll⁶⁶¹. Innerhalb der Mantelbegründung tauchen dann auch Gesichtspunkte wie die Äußerungssituation und der Entscheidungszeitpunkt auf. Der universale Richtigkeitsanspruch wird insoweit zu einer Rationalität mit wechselndem Inhalt abgeschwächt und die Geltung rechtfertigender Prinzipien einer räumlich-zeitlichen Relativierung unterzogen. Für die Gewinnung einer konkreten Entscheidung und die Legitimation der dafür erforderlichen Deutungs- und Wertungsprozesse ist damit aber nichts gewonnen. Ein zweistufiges Modell entwirft auch *Klaus Günther*, der zwischen

⁶⁶¹ *Buchwald*, Der Begriff der rationalen juristischen Begründung, Baden-Baden 1990, insbes. S. 277 f., 279, 311 ff.

Anwendung und Begründung einer Norm unterscheidet⁶⁶². Der konkrete Entscheidungszusammenhang soll danach im Rahmen eines Anwendungsdiskurses berücksichtigt werden und den Gesichtspunkt der situativen Angemessenheit, der im Rahmen von Begründungsdiskursen, die von der Geltung rechtlicher Normen unter der Prämisse gleichbleibender Bedingungen handeln, jeweils ergänzend hinzufügen⁶⁶³. Im Rahmen des Anwendungsdiskurses kann demzufolge zwar zutreffend die Pragmatik innerhalb der tatsächlichen Entscheidungsfindung berücksichtigt werden, damit einhergehend verblissen dann allerdings auch die idealen Annahmen der Diskurstheorie, weil (realer) Anwendungs- und (idealer) Begründungsdiskurs entkoppelt werden. Insofern kann hier auf einen Kommentar *Alexys* verwiesen werden: „Mit dem Aufstieg des Anwendungsdiskurses zum Kohärenzdiskurs (ver)käme der Begründungsdiskurs zum Topoidiskurs“⁶⁶⁴.

b) Parallelen und Differenzen zur Strukturierenden Rechtslehre

Anders als im Verhältnis zur normativen Argumentationstheorie ergeben sich zwischen Rhetorischer Rechtstheorie und *Strukturierender Rechtslehre* jedenfalls hinsichtlich ihrer sprachtheoretischen Voraussetzungen weitgehende Übereinstimmungen. Ihrer Zielsetzung nach unterscheiden sie sich allerdings insofern, als die Strukturierende Rechtslehre eine juristische Methodik anstrebt, die eine optimale Rückbindung der Entscheidungsfindung an den Gesetzestext gewährleistet. Diesbezüglich läßt sich bei den Vertretern dieses Ansatzes ein deutliches Abgrenzungsbedürfnis verzeichnen. Ungeachtet dessen ergeben sich hinsichtlich der jeweils vorgenommenen Rekonstruktion rechtlicher Entscheidungsprozesse keine unüberwindbaren Gegensätze⁶⁶⁵.

Zentraler Begriff der Strukturierenden Rechtslehre nach *Müller* ist die Normkonkretisierung. Damit ist nicht gemeint, daß eine fertige Gesetzesnorm lediglich in ihrem Umfang verengt und der in ihr erhaltene Sinn fallnäher umschrieben wird, sondern daß die Rechtsnorm für den jeweiligen Fall im Wege der Konkretisierung erst *nachkonstruiert* werden

⁶⁶² *Günther*, Der Sinn für Angemessenheit, Frankfurt/Main 1988, S. 25, 34, 56; vgl. ferner *ders.*, Ein normativer Begriff der Kohärenz für eine Theorie der juristischen Argumentation, *Rechtstheorie* 20 (1989), 163 ff.

⁶⁶³ Die Trennung von Begründungs- und Anwendungsdiskurs wird aufgenommen von *Habermas*, Faktizität und Geltung, 3. Aufl., Frankfurt/Main 1993, S. 266 f.; scharf abgelehnt aber von *Alexy*, Normenbegründung und Normanwendung, in: *ders.*, Recht, Vernunft, Diskurs, Frankfurt/Main 1995, S. 52 ff.

⁶⁶⁴ *Alexy*, Normenbegründung, S. 63.

⁶⁶⁵ Vgl. die scharfe Distanzierung zu einem topischen Rechtsverständnis bei *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Rn. 112, sowie die skeptische Stellungnahme zur Rechtsrhetorik bei *Christensen*, Gesetzesbindung, S. 202 ff.

muß⁶⁶⁶. Der Konkretisierungsvorgang, aus dem dann die Rechtsnorm hervorgeht, soll sich gestalten wie folgt: Zur Lösung eines Falles wählt der Entscheider vom Sachverhalt her die ihm aufgrund seines Vorwissens „einschlägig“ erscheinenden Normtexte aus. Über den Normtext eröffnet sich ein weites Feld von Sachgesichtspunkten, der gemäß dem jeweiligen Sachverhalt zum *Fallbereich* verengt wird. Unter Heranziehung sämtlicher methodisch anerkannter Mittel (*Sprachdaten*) ist aus dem Normtext dann zunächst das *Normprogramm* zu ermitteln. Mit dessen Hilfe werden aus dem Sach- bzw. Fallbereich diejenigen *Realdaten* ausgewählt, die zu Recht zur Grundlage der Entscheidung gemacht werden. Diese bilden nach Müller den *Normbereich*. Normprogramm und Normbereich ergeben zusammen die abstrakt-generell zu formulierende *Rechtsnorm* („In einem Fall wie diesem gilt ...“), die zuletzt als *Entscheidungsnorm* (Entscheidungsformel, Urteil) individualisiert wird⁶⁶⁷.

Dabei geht auch Müller von einem pragmatischen Ansatz aus, wonach die Sprache notwendig unbestimmt und situationsabhängig ist: Der Normtext könne regelmäßig nur Signal- und Anknüpfungsbegriffe bieten, die das, woran als Entsprechung in der sozialen Realität gedacht ist, evozieren. Außerdem sei er wie jeder Text nicht ohne Bezug zum ihn begleitenden Wirklichkeitsmodell verstehbar⁶⁶⁸. Das ändere aber nichts an der die Normtexte auszeichnenden *Geltung*, die die Pflicht des Entscheidenden begründe, die für den Fall einschlägigen Normtexte vollständig als Eingangsdaten heranzuziehen und sie methodisch korrekt zu verarbeiten⁶⁶⁹. Bestimmtheits- und Bindungspostulat sind danach nicht auf eine tatsächlich nicht vorfindbare Wortlautgrenze⁶⁷⁰, sondern auf die *Struktur* des Entscheidungsfindungs- bzw. Konkretisierungsprozesses zu beziehen⁶⁷¹. Schließlich verlangt im

⁶⁶⁶ Müller/Christensen, Juristische Methodik, Rn. 14.

⁶⁶⁷ Müller/Christensen, Juristische Methodik, Rn. 16.

⁶⁶⁸ Deshalb stellten „Recht“ und „Wirklichkeit“ bzw. Anordnung und Geordnetes im Konkretisierungsvorgang prinzipiell gleichrangig wirksame Momente von nur relativer Unterscheidbarkeit dar. Seinen Versuch, den Sein-Sollen-Dualismus zu überwinden, möchten Müller/Christensen ausdrücklich nicht als „normative Kraft des Faktischen“ gedeutet wissen: Nach ihrer Konzeption geht der Normbereich wegen der auch rechtlichen Formung und seiner Auswahl durch die Perspektive des Normprogramms über einen bloßen Ausschnitt außerrechtlicher Faktizität hinaus, vgl. Müller/Christensen, Juristische Methodik, Rn. 204, 233 ff., 423. Der Normbereich ist nicht eine Summe von Tatsachen, sondern die Formulierung eines Zusammenhangs von Strukturelementen, die in der auswählenden und wertenden Perspektive des Normprogramms aus der sozialen Realität herausgehoben werden und im Regelfall zumindest teilweise rechtlich geformt sind.

⁶⁶⁹ Müller/Christensen, Juristische Methodik, Rn. 17.

⁶⁷⁰ Müller/Christensen, Juristische Methodik, Rn. 531, 533: „Der Normtext als Ausdruck, als Zeichen ‚hat‘ seine Bedeutung nur so, wie sie ihm vom Rechtsarbeiter durch die Erklärungen gegeben wird, die den Text im Prozeß der Rechtserzeugung auf eine Lesart festlegen. Ohne die bliebe der Normtext ein Stück Papier, bedeckt mit Druckerschwärze, allenfalls bedeckt mit Chiffren. (...) Die ‚Wortlautgrenze‘ ist überhaupt keine, die durch die Sprache selbst vorgegeben wäre. (...) Eine solche Grenze ist in der Sprache zu errichten. Sie ist praktizierte Sprache“.

⁶⁷¹ Dazu auch Christensen, Gesetzesbindung, passim; Müller/Christensen/Sokolowski, Rechtstext und Textarbeit, Berlin 1997.

übrigen auch *Müller* eine aufrichtige und vollständige Begründung⁶⁷².

Auch wenn *Müller* also die Verbindlichkeit der Normtextgeltung und die rechtliche Verpflichtung zur methodengerechten Konkretisierung der Normtexte besonders betont, liegt seine Einschätzung der Pragmatik für die tatsächlichen Entscheidungsfindungsprozesse dem Verständnis der Rhetorischen Rechtstheorie recht nahe. Die Übereinstimmungen im Hinblick auf die Rekonstruktion der Praxis treten noch deutlicher bei *Christensen* und *Kudlich* hervor, die eine insgesamt sehr gründliche und informative „Theorie richterlichen Begründens“ vorgelegt haben⁶⁷³. Darin setzen sie sich zunächst ausführlich mit dem Scheitern der Semantik und der Wende hin zur Pragmatik auseinander und versuchen sodann, die Struktur juristischen Begründens als Reflexion der Praxis nachzuzeichnen und eine realitätsnahe „Theorie der Praxis“ aufzuzeigen, die „das Können der Praxis in Wissen explizier(t)“⁶⁷⁴.

Der Ansatz von *Christensen* und *Kudlich* ist hier nicht im einzelnen zu besprechen. Die vorliegend primär interessierenden Anknüpfungspunkte an die rechtsrhetorische Sichtweise werden aber augenfällig, wenn man *Christensen* und *Kudlich* ihre Sprachauffassung etwa wie folgt kennzeichnen: „Die Sprache ist kein dem Sprecher fertig vorgegebenes und technisch-instrumentell anwendbares Regelwerk, sondern ein Verfahren zur Konstitution von Bedeutung. Sie ist durchsetzt von Normierungen und Wertungen, welche die Geltung des sozialen Handelns bestimmen und andererseits im sprachlichen Handeln auch verändert und gestaltet werden. Und auch die genannten Normierungen und Wertungen sind nicht naturhaft und objektiv vorgegeben, sondern abhängig von konfligierenden Bestimmungsversuchen im öffentlichen Sprachkampf“⁶⁷⁵. Auch der juristische Gebrauch sprachlicher Ausdrücke lasse sich „immer nur durch seine Konsistenz, seine Plausibilität und seine Akzeptanz im jeweiligen System, mit einem Wort, durch die Kohärenz der (...) damit verbindlich angesehenen Überzeugungen rechtfertigen“⁶⁷⁶.

⁶⁷² *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Rn. 534.

⁶⁷³ *Christensen/Kudlich*, Theorie richterlichen Begründens, Berlin 2001.

⁶⁷⁴ *Christensen/Kudlich*, Theorie richterlichen Begründens, S. 24; zum Konzept einer solchen „Theorie der Praxis“ auch schon *Morlok/Köbel/Launhardt*, Recht als soziale Praxis. Eine soziologische Perspektive in der Methodenlehre, Rechtstheorie 2000, 15 ff.; dazu ferner *Krawietz/Morlok* (Hg.), Vom Scheitern und der Wiederbelebung juristischer Methodik im Rechtsalltag - ein Bruch zwischen Theorie und Praxis?, Rechtstheorie 32 (2001), Sonderheft Juristische Methodenlehre.

⁶⁷⁵ *Christensen/Kudlich*, Theorie richterlichen Begründens, S. 164.

⁶⁷⁶ *Christensen/Kudlich*, Theorie richterlichen Begründens, S. 176.

Eine weitere Schnittstelle ergibt sich offenkundig im Hinblick auf das Ziel, die Struktur juristischer Argumentation aufzuklären. Hierzu erklären *Christensen* und *Kudlich*: „Der Ansatzpunkt ist damit nicht nur ein philosophischer, sondern auch ein rhetorischer, der sich in unterschiedlichen Spielarten - nicht selten eng mit dem Recht verbunden - in der Geschichte über die Rhetorikausbildung in Rom, die Rhetorik als *ars bene dicendi et persuandi* im Rahmen des scholastischen *triviums* (neben Grammatik und Logik) der sieben mittelalterlichen *artes liberales* und die neuzeitlich-moderne politische Redekunst bis hin zu modernen Ansätzen einer juristischen Rhetorik fortentwickelte (...)“⁶⁷⁷. Als Vertreter eines modernen Ansatzes juristischer Rhetorik wird hier allerdings ausschließlich *Haft* zitiert. Im Ergebnis gelangen *Christensen* und *Kudlich* schließlich zu einem Argumentationsmodell, wonach es für die juristische Begründung darauf ankomme, daß sie den besseren im Verfahren vorgebrachten Argumenten beim Bedeutungskonflikt Vorrang einräumt, also alle Gegenargumente entweder widerlegt oder integriert. Was als besseres Argument gilt und wie man Gegenargumente integriert oder widerlegt, sei insoweit durch die Standards einer rechtsstaatlichen Methodik zu präzisieren⁶⁷⁸.

Obwohl sich also offenbar Überschneidungsbereiche zwischen Rechtsrhetorik und Strukturierender Rechtslehre abzeichnen, fehlen wechselseitige Bezugnahmen weitgehend⁶⁷⁹. Freilich darf auch nicht übersehen werden, daß einige Differenzen bleiben. So beharrt die Strukturierende Rechtslehre darauf, daß die Topik die Gesetzesbindung⁶⁸⁰ verkenne und „die Rechtserzeugung ohne fallübergreifende Bindungen beschreiben“⁶⁸¹ wolle. Dieser Vorwurf wurde im Rahmen dieser Arbeit ausführlich widerlegt. Umgekehrt ist dagegen aus rechtsrhetorischer Perspektive zu fragen, wo genau die strukturierende Methodik dem

⁶⁷⁷ *Christensen/Kudlich*, Theorie richterlichen Begründens, S. 232.

⁶⁷⁸ *Christensen/Kudlich*, Theorie richterlichen Begründens, S. 24, 241 ff., in Anlehnung an *H. Wohlrapp*, Argumentative Geltung, in: *ders.*, Wege der Argumentationsforschung, 1995, S. 280 ff. Danach gewinnen Argumente ihre Überzeugungskraft „aus dem Bestand von Meinungen, Ansichten und Normen, welche die Beteiligten anerkennen, teilen, die für sie unstrittig sind (...). Auf diese Weise vermögen Argumente die ihnen praktisch zugedachte Wirkung zu tun, Gegenteiliges aus dem gemeinsamen Stand gültigen Wissens und akzeptierter Meinungen auszuschließen und sich selbst als Teil dieses Bestands zu etablieren. Dadurch werden sie eben ‚zwingend‘ und vermögen ihrerseits nun als Basis weiteren Argumentierens zu dienen“; s. *Christensen/Kudlich*, Theorie richterlichen Begründens, S. 246. Ein Bezug zur aristotelischen Topik wird aber gerade nicht hergestellt, sondern lediglich eine Gegenüberstellung zu dessen Interesse an validen Schlußweisen vorgenommen.

⁶⁷⁹ Sehr zurückhaltende Hinweise auf *Seibert* etwa bei *Christensen*, Gesetzesbindung, S. 205 f.; *Christensen/Kudlich*, Theorie richterlichen Begründens, S. 165 Fn. 142, S. 248 Fn. 484. Eine Annäherung aus umgekehrter Richtung findet sich bei *Schreckenberger* im Hinblick auf die „Konkretisierungsthese“, vgl. *ders.*, Rhetorische Semiotik, S. 248 ff.; *ders.*, Notizen über die Rhetorische Semiotik, S. 257 f.

⁶⁸⁰ Vgl. *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Rn. 112.

⁶⁸¹ So eine Kapitelüberschrift bei *Christensen*, Gesetzesbindung, S. 202.

rechtlichen Konkretisierungsprozeß Grenzen zieht⁶⁸² bzw. wie ernsthaft sie solche - jenseits eines normativen Postulats⁶⁸³ - noch behauptet. Die einleitende Klarstellung bei *Christensen* und *Kudlich* verweist jedenfalls auch dort auf eine gewisse Ernüchterung: „Wir wollen nicht, dass die Gerichte etwas grundlegend anderes machen. Sie sollen lediglich das, was sie bisher getan haben, mit einem klareren Bewußtsein tun“⁶⁸⁴.

Schluß

Das von *Viehweg* in „Topik und Jurisprudenz“ entfaltete Verständnis der Jurisprudenz hat eine nachhaltige Debatte ausgelöst und die Basis für die Rhetorische Rechtstheorie in Deutschland gelegt, die hier nach wie vor eine eigenständige und wichtige Position in der rechtstheoretischen Landschaft einnimmt. Daneben ist es *Viehweg* mit diesem Band in überragender Prägnanz und Bündigkeit gelungen, juristischen Lesern eine Sicht auf die eigene Disziplin zu eröffnen, die viele sonst weitgehend unreflektierte Aspekte des eigenen Tuns erhellt und erklärt. Sie erlaubt und gebietet es zugleich, „das Recht nicht als etwas, was sie lediglich hinnehmen, sondern als etwas, was sie fortgesetzt verantwortlich mitaufbauen, zu verstehen“⁶⁸⁵. Die starke und sich noch weiter ausdehnende Verflechtung zwischen Rechtstheorie und benachbarten Disziplinen mag eine solche Kürze und Prägnanz vielleicht nicht mehr erlauben. Sie ist um so mehr zu schätzen.

⁶⁸² Kritisch insoweit *Seibert*, Zeichen, Prozesse, S. 120 f.

⁶⁸³ *Christensen*, Gesetzesbindung, S. 286: „Die Wortlautgrenze ist keine sprachliche oder methodologische, sondern eine normative Größe“. Danach ist bei der Entscheidung jeweils der Interpretation den Vorzug zu geben, welche dem Normtext unter den einschränkenden Bedingungen der methodenrelevanten Normen (des Verfassungsrechts) besser zugerechnet werden kann

⁶⁸⁴ *Christensen/Kudlich*, Theorie richterlichen Begründens, S. 24, ferner 378 Fn. 410, wo die *Autoren* ihre Absichten als durchaus „konservativ“ kennzeichnen. Eine Mäßigung ehemals beherzter Erwartungen wird insoweit auch in der Strukturierenden Rechtslehre spürbar; vgl. dagegen noch *Müller*, Recht, Sprache, Gewalt, Berlin 1975, S. 18 ff.

⁶⁸⁵ *Viehweg*, Topik, S. 53.