

Recht und Rhetorik

Herausgegeben von Katharina Gräfin von Schlieffen

3

Agnes Launhardt

Topik und Rhetorische Rechtstheorie

Eine Untersuchung zu Rezeption
und Relevanz der Rechtstheorie
Theodor Viehwegs

PETER LANG

Internationaler Verlag der Wissenschaften

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 Problem Denkens ein konstitutives Element des juristischen Denkens bilde und die Struktur des juristischen Denkens präge. Damit hat VIEHWEG eine nachhaltige Grundlagen-debatte ausgelöst und zugleich den Grundstein für die Rhetorische Rechtstheorie der sog. „Mainzer Schule“ gelegt.³

Die „Topik-These“ war in den 50er- und 60er-Jahren Gegenstand vehementer Auseinandersetzungen, wobei im Mittelpunkt der Kontroverse die Gegenüberstellung von Problem Denken und System Denken bzw. von offenem und geschlossenem Rechtssystem stand.⁴ 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 zu-

¹ Theodor Viehweg, Topik und Jurisprudenz. Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung, 1. Aufl. 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 Theodor Viehweg am 21.07.1950 vor der Fakultät für Rechts- und Wirtschaftswissenschaften in Mainz gehalten hat.

³ Grundlegend für die deutsche Topik-Debatte ferner Josef Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 1. Aufl. Tübingen 1956, 5. Aufl., Tübingen 1990. Zeitgleich und unabhängig von der Topik-Debatte erfolgte eine Wiederbelebung rhetorischer Traditionen durch die Konzeption der „Neuen Rhetorik“, vgl. Chaim Perelman, Lucie 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. 37–38, 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 Spiros Simitis, „Die Bedeutung von System und Dogmatik – dargestellt an rechtsgeschäftlichen Problemen des Massenverkehrs“, in: AcP 172 (1972), S. 131–154, S. 131.

⁵ Martin Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation, 1. Aufl. Berlin 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 W. Cole Durham, Vorwort zu Theodor Viehweg, Topics and Law, Frankfurt/Main u. a. 1993, S. (→)

rückgeführt, 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 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 wurden.“⁶ 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 entstand.⁷

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 Sechziger Jahren einerseits eine als „Neue Hermeneutik“ bezeichnete Richtung unter Bezugnahme auf die philosophische Hermeneutik GADAMERS (ESSER, LARENZ, HRUSCHKA, KAUFMANN) sowie andererseits eine sprachphilosophisch orientierte Strömung unter Bezugnahme auf WITTGENSTEIN (HART, ECK-

xi, xx, xxiii ff.; Dirk 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 Marc E. Gold, „The Rhetoric of Constitutional Argumentation“, in: *University of Toronto Law Journal* 35 (1985), S. 154–182, S. 154 ff.; Paul Robertshaw, „Law, Language and Rhetoric“, in: *Modern Law Review* 50 (1987), S. 971–981, S. 971 ff.; Peter Goodrich, *Legal Discourse. Studies in Linguistics, Rhetoric and Legal Analysis*, New York 1987; Bernhard S. Jackson, *Law, Fact and Narrative Coherence*, Merseyside 1988.

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

⁷ Zur Überwindung des bereits in der Weimarer Zeit ausgetragenen Streites zwischen Positivismus und Naturrecht sowie zur Entwicklung der Methodendiskussion nach dem zweiten Weltkrieg s. etwa Arthur Kaufmann, „Durch Naturrecht und Rechtspositivismus zur juristischen Hermeneutik“, in: *Beiträge zur juristischen Hermeneutik*, Köln u. a. 1984, S. 79–88, S. 79 ff.; Werner Krawietz, *Juristische Entscheidung und wissenschaftliche Erkenntnis. Eine Untersuchung zum Verhältnis von dogmatischer Rechtswissenschaft und rechtswissenschaftlicher Grundlagenforschung*, Wien/New York 1978, S. 155 ff., 173 ff.; ders., „Zum Paradigmenwechsel im juristischen Methodenstreit“, in: *Rechtstheorie Beiheft* 1 (1979), S. 113–152, S. 113 ff. Für den Bereich gerade der Verfassungsinterpretation s. ferner Martin Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation, 2. Aufl., Berlin 1976, S. 13 ff., 37 ff.; Ralf Dreier, „Zur Problematik und Situation der Verfassungsinterpretation“, in: *Recht – Moral – Ideologie. Studien zur Rechtstheorie*, Frankfurt/Main 1981, S. 106–145, S. 106 ff.

⁸ Als zeitgenössischer Vertreter Karl Engisch, *Einführung in das juristische Denken*, 1. Aufl. Stuttgart 1956, 8. Aufl., Stuttgart u. a. 1983.

MANN, ROELLECKE).⁹ In den Siebziger Jahren traten sodann verstärkt Versuche in den Vordergrund, die „Logische Semantik“ unter Rückgriff auf CARNAP für die juristische Methodik fruchtbar zu machen (KOCH, RÜBMAN, HERBERGER, SIMON, ZIMMERMANN); ab Ende der Siebziger 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 Siebziger Jahren in den verschiedenen Theorieströmungen. Als ein gewisser Schlusspunkt der um VIEHWEG geführten Diskussion wird insoweit Gerhard OTTES Aufsatz „20 Jahre Topik-Diskussion“ aus dem Jahre 1970 angesehen.¹¹ Zwar trat in den Siebziger 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, So-

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

¹⁰ *Dietrich Busse*, Juristische Semantik. Grundfragen der juristischen Interpretationstheorie in sprachwissenschaftlicher Sicht, Berlin 1993, S. 52 f., 104 ff. m. w. N.

¹¹ *Gerhard Otte*, „Zwanzig Jahre Topik-Diskussion: Ertrag und Aufgaben“, in: *Rechtstheorie* 1 (1970), S. 183–197, S. 183 ff.; vgl. *Bernd H. Oppermann*, Die Rezeption des Nordamerikanischen Rechtsrealismus durch die Deutsche Topikdiskussion, Frankfurt/Main 1985, S. 4.

ziologie usw.) und deren Rezeption auch die verschiedenen rechtstheoretischen Positionen zunehmend voraussetzungsreicher und unzugänglicher werden. Dies gilt auch für die Rhetorische Rechtslehre, 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 Neunziger Jahren legte die Rhetorische Rechtslehre 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.

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 Integra-

tion sowohl sprachanalytischer als auch empirischer Ansätze geeignet.¹² 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 Siebziger 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 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.

¹² Umgekehrt wird die Rhetorik – insbes. im angloamerikanischen Raum – zunehmend auch in anderen Disziplinen rezipiert bzw. als eigenständige Disziplin gepflegt, s. nur *Herbert W. Simons (Hrsg.), The Rhetorical Turn: Invention and Persuasion in the Conduct of Inquiry*, Chicago/London 1990; *W. Cole Durham*, Vorwort zu *Theodor Viehweg, Topics and Law*, Frankfurt/Main u. a. 1993, S. xxxii f. m. w. N.; für die deutsche Debatte etwa *Thomas Schirren, Gert Ueding (Hrsg.), Topik und Rhetorik. Ein interdisziplinäres Symposium*, Tübingen 2000.

¹³ *Theodor Viehweg, Topik und Jurisprudenz, Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*, 5. Aufl., München 1974, S. 14. Vgl. dazu auch *Martin Morlok, Ralf Kölbel, Agnes Launhardt*, „Recht als soziale Praxis. Eine soziologische Perspektive in der Methodenlehre“, in: *Rechtstheorie* 31 (2000), S. 15–46, S. 15 ff.

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 analysieren zu können. Dabei wird deutlich werden, dass die Topik-Debatte bei einer unzulänglichen und teilweise voreingenommenen Betrachtung seines Werkes stehen geblieben ist.

Nachdem die Resultate dieser Debatte einer kritischen Bilanz unterzogen worden sind, 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 verbinden 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 *Strukturierenden Rechtslehre* orientieren. 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.