



This pdf document provided by SOULL can be cited as:

Christensen, Ralph (2011): "Dynamische Ansätze" In: SOULL – Sources of Language and Law, <https://legal-linguistics.net> (Last update: 13.7.2020)

All rights reserved.

B. Dynamische Ansätze

Die Analyse juristischer Argumentation war natürlich nicht so einseitig an der Logik orientiert, wie die bisher dargestellten Positionen von Koch, Rüßmann, Alexy usw. Es gab durchaus eine große Zahl von Analysen, die sich vor allem um die Sichtung des empirischen Materials bemühten. Diese Ansätze waren zahlreicher und breiter aufgestellt. Sie waren allerdings in der Polemik nicht so entschieden, wie die Vertreter des logikorientierten Ansatzes. Zwar gab es auch Kritik am Frankfurter Ansatz, die zeigte, dass die Semantik, welche zugrunde gelegt wurde, unterkomplex war und forderten, dass die rein logisch orientierte Analyse durch eine argumentative Analyse ersetzt werden muss.¹ Aber es fehlte den konkurrierenden Theorien die Neigung für erfrischende Polemik, wie sie Rottleuthner zeigt, wenn er auf einer Tagung, in welcher auch andere Modelle vorgestellt wurden, auf seinen Gegner in einer Fußnote eingeht: „Das im Münchner Projekt verwendete Verfahren, argumentative Zusammenhänge darzustellen, wird man vielleicht – solange keine intersubjektiv nachvollziehbare Methode dafür angegeben wird – als Mischgebilde einer ansatzweisen logischen Rekonstruktion und einer intuitiven Inhaltsanalyse bezeichnen können.“² Das Frankfurter Modell war zwar weniger komplex als seine Alternativen, aber es war lauter und mit mehr Lust an Durchsetzung und Kampf verbunden. Es hat deswegen vor allem über die Schule Alexys auf den Fortgang der Diskussion einen stärkeren Einfluss genommen als die Alternativen. Aber um aus der Begrenztheit des logisch deduktiven Modells herauszukommen, sind die damaligen Alternative eine grundlegende Richtungsanzeige.

¹Vgl. dazu grundlegend Ulfrid Neumann, *Juristische Argumentationslehre*, 1986.

²Hubert Rottleuthner, Plädoyer für eine empirische Argumentationstheorie, in: ARSP 1980, Beiheft Nr. 14, Argumentation und Recht, S. 87 ff., S. 88.

Die dynamischen Ansätze sind natürlich nicht einfach eine Umkehrung des Frankfurter Modells. Es handelt sich vielmehr um eine andere Schwerpunktsetzung. Sie sind in sich durchaus verschieden.³ Der Unterschied liegt in der Theorettradition, die als Grundlage für eine Vorstrukturierung der Praxis verwendet wird. Gemeinsam ist ihnen aber zunächst, dass sie nicht ein deduktives Schema einfach voraussetzen, sondern sich vom Material stärker irritieren lassen. Ihr Vorgehen ist andererseits auch nicht rein induktiv, sondern sie bringen jeweils ein bestimmtes Modell in Anschlag, welches dann am Material überprüft und korrigiert wird. Die Logik liefert hier nicht die Struktur für Semantik und Argumentation. Außerdem wird die Semantik nicht zur eigentlichen Bedeutung und die Pragmatik als Papierkorb dieser lediglich gegenübergestellt. Die Frage, die uns bei der folgenden Darstellung leitet, ist die nach der Vermittlung von Logik, Argumentationstheorie und spezifischer Struktur der juristischen Dogmatik.

I. Wissenschaftstheoretische Analyse: Die Elemente juristischer Argumentation

Der Münchner Ansatz geht vom damaligen Stand der Wissenschaftsphilosophie und analytischen Philosophie aus. Allerdings nicht von einer auf die Diskussion der 20er Jahre verkürzten Tradition des Wiener Kreises, sondern von der Weiterentwicklung nach Auflösung dieser Schule. Als Leitfaden für die Analyse wird die Wissenschaftstheorie des kritischen Rationalismus und der an Wittgenstein anknüpfende moderne Begriff der Sprachregel verwendet. Das zweite Münchner Projekt dringt noch weiter in die Struktur juristischer Argumentation ein, indem es mit der Frage nach dem Gewinnerargument auch schon das Problem eines Zusammenhangs der Elemente juristischer Argumentation stellt. Seine Ergebnisse wurden leider nie vollständig publiziert.⁴ Aber wie schon die Frage nach dem Gewinnerargument nahe legt, soll eine zentrale Regel zur Entscheidung zwischen streitigen Lesarten des Gesetzes gefunden werden. Mit dieser zentralen Regel wird es uns ähnlich ergehen wie mit der Frage nach der Steuerungszentrale im Gehirn. Trotz aller farbgebenden Verfahren wird die Zentrale immer im nächsten Raum liegen, den wir noch nicht betreten haben. Aber auch wenn der Zweck zu stark formuliert sein sollte, schließt dies fruchtbare Erkenntnisse nicht aus.

³Ausgeklammert werden hier die Ansätze sozialwissenschaftlicher und medienwissenschaftlicher Art wie z.B. die Anwendung der Inhaltsanalyse im Recht: Jutta Limbach, Die sozialwissenschaftliche Inhaltsanalyse richterlicher Entscheidungen, in: Juristische Arbeitsblätter, 1976, S. 353 ff.; Christoph Wambsganz, Computerunterstützte Inhaltsanalysen zweier Strafrechtskommentare, München 1999; Mariele Dederichs, Die Methodik des EuGH. Häufigkeit und Bedeutung methodischer Argumente in den Begründungen des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaft, Baden-Baden 2004; Hans Kudlich/Ralph Christensen, Die Methodik des BGH in Strafsachen, Köln/München 2009.

⁴Das zweite Münchner Projekt hatte das interessante Thema der Rechtsprechungsänderung. Es wurde von Arthur Kaufmann, Ulfrid Neumann und Jochen Schneider geleitet. Vgl. dazu Ulrich Schroth, Eine Methode der formalen Rekonstruktion von Gerichtsurteilen, in: ARSP, Beiheft Nr. 14, Argumentation und Recht, Wiesbaden 1980, S. 119 ff.

1. Theoretische Voraussetzung

Die Beobachter des Rechts lassen sich im Münchner Ansatz viel stärker auf ihren Gegenstand ein. Sie gehen nicht davon aus, dass die Logik die innere Struktur juristischer Argumentation abbildet und der Rest durch eine von der Pragmatik unabhängigen Semantik mit stabilen Regeln abgedeckt ist. Die Urteilsanalysen dieses Ansatzes wurden von Eike von Savigny, Ulfrid Neumann und Joachim Rahlf durchgeführt. Die beiden Letzteren sind Juristen, während Eike von Savigny Philosoph ist und schon ausgewiesen war durch Veröffentlichungen zur analytischen Sprachphilosophie. Diese bildete insbesondere mit dem von Herbert L. A. Hart ausgearbeiteten Regelbegriff den heuristischen Hintergrund der Untersuchung.

a) Die impliziten Regeln Interdisziplinarität ist heute wissenschaftliches Programm, aber seltene Praxis. Dies liegt an den immensen Verständigungsschwierigkeiten, die zwischen den Vertretern der jeweiligen Disziplinen überwunden werden müssen. Dem Münchner Ansatz ist diese Vermittlungsarbeit zwischen Jurisprudenz, Sprachphilosophie und Wissenschaftstheorie vorbildlich gelungen. Vermittelnde Instanz war dabei der von Herbert L. A. Hart innerhalb der analytischen Philosophie gerade auch für das Recht entwickelte Regelbegriff.⁵ Dem Münchner Ansatz geht es nicht um eine Methodologie des Rechts im Sinne normativer Regeln. Diese sind im Recht ausreichend vorhanden. Es geht vielmehr um die impliziten Regeln, die in diesem sozialen Zusammenhang gelten. Das sind solche Regeln, die man häufig beherrscht, ohne sie formulieren zu können. Angeknüpft wird dabei auch an die unter anderem von Gilbert Ryle entwickelte Differenz von Können und Wissen. Die in einer Wissenschaft formulierte normative Methodologie wird nur einen geringen Teil dieses in der Disziplin vorhandenen praktischen Könnens überhaupt formulieren. Um den nicht im Blickfeld des fachlichen Wissens liegenden Teil des fachlichen Könnens geht es.⁶ Eine tatsächlich befolgte Regel verlangt zumindest drei Voraussetzungen: „1. Mitglieder von X zeigen selten offen ein Verhalten, welches von dem durch Y vorgeschriebenen Verhalten abweicht. 2. Mitglieder von X, die offen davon abweichen, sind Sanktionen seitens der übrigen Mitglieder von X ausgesetzt. 3. Die Sanktionen werden im Allgemeinen akzeptiert.“⁷

Mit dem Prinzip der impliziten Regeln sind gewisse Probleme verbunden. Ist das Implizite wirklich ein stabiler Zusammenhang oder nicht eine tastende Verknüpfung, die immer wieder der normativen Bewertung unterliegt? Ist das,

⁵Vgl. dazu Herbert L. A. Hart, *Der Begriff des Rechts*, Frankfurt am Main 1973, S. 83, S. 119 ff., S. 131 ff., S. 174 ff.

⁶Skizziert wird der Regelbegriff von Eike von Savigny, in: ders. u.a., *Juristische Dogmatik und Wissenschaftstheorie*, München 1976, S. 157 f. Vgl. dazu im Übrigen ders., *Analytische Philosophie*, Freiburg/München 1970, S. 65 ff., in Auseinandersetzung mit Wittgenstein sowie ders., *Die Philosophie der normalen Sprache*, Frankfurt am Main 1980, S. 97 ff., in Auseinandersetzung mit Ryle sowie ders., *Zum Begriff der Sprache*, Stuttgart 1983, Kap. II.

⁷Eike von Savigny u.a., *Die heterogene Basis als wissenschaftstheoretisch bedeutsames Merkmal der strafrechtsdogmatischen Argumentation*, in: Eike von Savigny u.a., *Juristische Dogmatik und Wissenschaftstheorie*, München 1976, S. 144 ff., S. 157.

was implizit vorliegt, ein Wissen und hat jemand das Auge Gottes, um es verbindlich zu formulieren? Ist die Explikation des Impliziten vielleicht sogar eine Bedeutungstheorie⁸ oder muss diese nicht komplexer sein? Diese schwierigen Fragen brauchen hier nicht gelöst zu werden. Es muss für den Münchner Ansatz keine ganze Bedeutungstheorie ausgearbeitet werden. Es genügt, wenn man das Anliegen der Verfasser gut pragmatisch als Explikation eines praktischen Könnens in theoretisches Wissen begreift. Gelesen mit dieser notwendigen Bescheidenheit trifft das Anliegen des Münchner Ansatzes den Kern einer pragmatisch zu verstehenden Rechtstheorie.

Das pragmatische Anliegen der Verfasser zeigt sich auch in einem Wechsel des Tons. Der Ton des amüsiert überlegenen Beobachters, wie er noch kennzeichnend war für den Ansatz von Koch, Rüßmann usw., verschwindet jetzt: „Die Rechtswissenschaft stellt unter den nicht-empirischen Wissenschaften einen Ausnahmefall nicht nur deshalb dar, weil ihre Notwendigkeit unbestreitbar ist. Herausragend sind auch die hier üblichen Standards wissenschaftlicher Arbeit. Argumentationen in der Verteidigung von Annahmen *de lege lata*, also in der dogmatischen Arbeit am Gesetz werden nach Standards beurteilt, welche von anderen nicht-empirischen Wissenschaften nicht gefordert werden und welche den Vergleich mit den Standards der empirischen Wissenschaften nicht zu scheuen brauchen.“⁹

Der ethnologische Blick ist dabei nicht der Arroganz der Autoren geschuldet, denn es waren zwei Juristen und ein Philosoph, die hier zusammenarbeiteten. Die notwendige Distanz ist vielmehr Voraussetzung für jede interdisziplinäre Arbeit. Wenn man die Methoden einer Disziplin lediglich übernimmt, sieht man nur das, was in der Disziplin viele sehen und auf keinen Fall die entsprechenden blinden Flecken. Es bedarf also einer freundlichen Distanz: „Das Experiment besteht darin, das Selbstverständnis der Dogmatik von ihrer Rolle und ihren Problemen, wie es sich – in Grundzügen gleichartig – in der Methodenliteratur artikuliert, vom Standpunkt des sympathisierenden, aber externen Beobachters aus methodisch in Frage zu stellen und entweder zu bestätigen oder zu modifizieren. Die Frage, was die Dogmatik tut und welche Probleme sie hat, wird also unabhängig von ihrem Selbstverständnis gestellt.“¹⁰ Das methodische Selbstverständnis der Jurisprudenz wird damit erst einmal suspendiert und das Tun der Gerichte wird mit der Terminologie des damaligen Stands der Wissenschaftstheorie neu beschrieben. Am Ende kann man dann sehen, ob die jeweilige Beschreibung strukturelle Ähnlichkeiten aufweist.

⁸So Michael Dummett, Was ist eine Bedeutungstheorie?, in: ders., Wahrheit. Fünf philosophische Aufsätze, Stuttgart 1982, S. 94 ff. Gegen die Reduktion der Bedeutungstheorie auf dieses Problem: Jasper Liptow, Regel und Interpretation, Weilerswist 2004, S. 236.

⁹Eike von Savigny, Methodologie der Dogmatik: Wissenschaftstheoretische Fragen, in: ders. u.a., ebd., S. 7 ff., S. 7.

¹⁰Eike von Savigny, Methodologie der Dogmatik: Wissenschaftstheoretische Fragen, in: ders. u.a., ebd., S. 7 ff., S. 7.

b) Auslegung und Verfahren des Rechts Der Münchner Ansatz geht schon im Titel von der Wissenschaftstheorie aus. In der damaligen Diskussion der Wissenschaftstheorie stand noch die Suche nach dem obersten Kriterium für Wissenschaftlichkeit (Verifikation oder Falsifikation) im Vordergrund.¹¹ Das Funktionieren solcher globaler Kriterien wurde später durch die Untersuchung der Geschichte der Wissenschaft in Frage gestellt. Diese Diskussion ist von Beobachtern häufig als „Krieg der Wissenschaften“ beschrieben worden: Man wolle damit den „Multikulturalismus“ auch in die Wissenschaft importieren und spreche damit der Natur und ihrer Repräsentation die Objektivität ab.¹² Mit dem Verschwinden der alles überblickenden Metawissenschaftler traten neue Disziplinen in den Vordergrund wie Wissenschaftsgeschichte¹³ und Wissenschaftssoziologie.¹⁴

Natürlich gibt es in der Wissenschaft Methoden, aber eben mehr als eine. Deswegen muss Wissenschaft auch als sozialer Zusammenhang analysiert werden: „Das Universale liegt weder hinten noch oben, noch unten, sondern vor uns. Wir wissen noch nicht, wie das Diverse aussieht, wenn es sich nicht mehr vom vorzeitig vereinheitlichten Hintergrund der Natur abhebt. Der Relativismus verschwindet mit dem Absolutismus. Bleibt der Relationismus, die gemeinsame, erst noch herzustellende Welt.“¹⁵ Wissenschaftstheorie kann also nicht einfach dekretieren, was Wissenschaft ist. Sie muss beschreiben, wie sie gemacht wird und dies reflektieren. Sie ist also aufstufende Selbstreflexion der Wissenschaft. Der Münchner Ansatz schwankt zwischen Beurteilung der Wissenschaftlichkeit des Rechts von einem vorgeordneten Kriterium her und der aufstufenden Selbstreflexion.

Diese Schranke zeigt sich beim Problem der Auslegung. Es gibt Juristen, die beschreiben ihre Tätigkeit als Auslegung von Gesetzen. Vor allem Methodenlehrbücher neigen dazu, das juristische Handeln auf Erkenntnis zu beschränken. Jeder Praktiker weiß, dass Auslegung vorkommt, aber immer eingebettet ist in ein ganzes Verfahren, welches erst Recht erzeugt. Der Münchner Ansatz will die Redeweise von der Auslegung nicht einfach übernehmen. Das ganze Verfahren kann er nicht untersuchen, weil er nur die in der NJW veröffentlichten Urteilsgründe heranziehen kann. Also suchen die Autoren nach einem Mittelweg. Sie nehmen die Sätze, welche das Gesetz ergänzen. Diese werden aber nicht in ihren Zusammenhang der Argumentation gestellt, sondern erscheinen eingefroren als Dogmatik. Wenn man schon von Dogmatik redet, sollte man dies nicht als Singular verwenden, sondern als kollektives Handeln mehrerer Personen in einem Verfahren. Um die zu ergänzenden Sätze wird gestritten. Diesen Streit kann man

¹¹Vgl. dazu Alan F. Chalmers, *Wege der Wissenschaft*, Berlin/Heidelberg 1989, zum Induktionsprinzip S. 19 ff., zum Falsifikationskonzept und dessen Grenzen S. 63 ff. Im Übrigen Helmut F. Spinner, *Pluralismus als Erkenntnismodell*, Frankfurt am Main 1974, S. 20 ff.

¹²Bruno Latour, *Das Parlament der Dinge*, Frankfurt am Main 2001, S. 273.

¹³Vgl. Thomas S. Kuhn, *Die Struktur der wissenschaftlichen Revolutionen*, Frankfurt am Main 1979, S. 15 ff.

¹⁴Vgl. dazu Alan F. Chalmers, *Wege der Wissenschaft*, Berlin/Heidelberg 1989, S. 120. Beispielhaft sei die von Michel Chalon und Bruno Latour entwickelte „Akteur-Netzwerktheorie (ANT)“ erwähnt (vgl. dazu Reiner Ruffing/Bruno Latour, Paderborn 2009, S. 29 ff.).

¹⁵Bruno Latour, *Das Parlament der Dinge*, Frankfurt am Main 2001, S. 275.

in den Urteilsgründen auch noch an der Diskussion von Einwänden erkennen. Dies wird im Münchner Ansatz nicht explizit thematisiert. Die Argumentation verschwindet in dem Wort Dogmatik.

Hier liegt eine aus der Zeit fast zwingende Schranke des Münchner Ansatzes. Die Fragestellung lautet folgendermaßen: „Wenn wir Gesetze und Richter hätten, aber niemanden, der dogmatische Arbeit leistete (auch die Richter täten das nicht) – wie würde sich dann die Tätigkeit des Richters unterscheiden von der Tätigkeit, wie sie heute aussieht?“¹⁶ Die Richter müssten weiterhin auch dort entscheiden, wo das Urteil dem Gesetz nicht entnommen werden kann. Aber sie könnten ihre Entscheidungen nicht mehr begründen und die zentrale Aufgabe des Rechts als Gleichbehandlung wäre verfehlt.

Dem Münchner Ansatz ist zuzustimmen, dass man Begründungen braucht, um willkürliche Entscheidungen zu vermeiden. Es stimmt auch, dass das Gesetz allein zur Erfüllung dieser Aufgabe nicht ausreicht. Wir brauchen also weitere Sätze. Aber was ist der Maßstab dafür? Heute würde man sagen, der Relevanzhorizont des Verfahrens. Der Richter muss das begründen, was im Verfahren umstritten war. Aber dieser pragmatische Maßstab wird vom Münchner Ansatz nicht in Anschlag gebracht. Stattdessen sagt Eike von Savigny: „Vollständig können die Prämissen einer Entscheidungsbegründung nur dann sein, wenn weitere Sätze hinzugezogen werden. Diese das kodifizierte Recht ergänzenden Sätze zu finden, ist Aufgabe der Dogmatik (...)“¹⁷ Über den Begriff der Vollständigkeit von Prämissen verfügen wir gerade nicht. Das hat sich schon in der Auseinandersetzung mit Kochs Begriff der rationalen Rekonstruktion gezeigt. Es gibt nicht die Struktur der Begründung, die auch von dem Thron Gottes standhalten würde. Deswegen gibt es das Verfahren, welches diesen Relevanzhorizont einschränkt.

c) Vom Auslegen zum Überprüfen Aber auch ohne die zu starke Voraussetzung der deduktiven Vollständigkeit bleibt es sinnvoll, die von der praktischen Arbeit des Rechts dem Codex hinzugefügten Sätze zu thematisieren. Aus der Sicht der herkömmlichen Rechtslehre werden diese nicht als schöpferisch begriffen. Sie werden vielmehr als Sätze angesehen, die man ohne Anspruch auf Eigenautorität aus dem Sinn des Gesetzes entnehmen kann. Diesen Anspruch auf Objektivität will der Münchner Ansatz nicht einfach übernehmen, sondern überprüfen: „Die zusätzlichen Sätze werden unter dem Gesichtspunkt ihrer Akzeptabilität ausgewählt; es liegt daher nahe, sie als Hypothesen im wissenschaftstheoretischen Sinne aufzufassen. Verfahren zur Auswahl zwischen alternativen Hypothesen werden wissenschaftstheoretisch in der Theorie der Überprüfung von Hypothesen diskutiert; unsere Frage muss daher lauten: Wie werden dogmatische Annahmen (Auslegungen, ‚Lösungen‘) überprüft?“¹⁸

¹⁶Eike von Savigny, *Methodologie der Dogmatik: Wissenschaftstheoretische Fragen*, in: ders. u.a., *Juristische Dogmatik und Wissenschaftstheorie*, München 1976, S. 7 ff., S. 8.

¹⁷Ebd., S. 8.

¹⁸Ebd., S. 9.

Es wird zunächst die Frage aufgeworfen,¹⁹ unter welchen Voraussetzungen man die Hinzufügung von Sätzen zum Gesetz als Interpretationen auffassen kann. Dabei wird nahe gelegt, dass die Bedeutung eines Satzes in den Folgerungen liegen könnte, die man daraus ableiten kann. Inferenzsemantik ist genauso plausibel wie eine Semantik, die von sprachlichen Differenzen ausgeht. Aber ebenso wie diese steht sie vor dem Problem, dass sie Inferenzen nicht vollständig überblicken kann. Das macht eine strenge Abgrenzung von Auslegung und Fortbildung unmöglich. Man kann nicht zu einem Satz die abschließende Anzahl der interpretierenden Paraphrasen angeben. Der Münchner Ansatz weicht dem Problem aus, indem er Auslegung durch eine Haltung des Lesers kennzeichnet: Dieser beansprucht keine eigene Autorität.

Untersucht wird dann, ob die von der Dogmatik vorgeschlagenen zusätzlichen Sätze einer Überprüfung unterzogen werden und welche Instanzen dabei heranzuziehen sind. Dabei zeigt sich für den Münchner Ansatz das beruhigende Ergebnis, dass die Vorgehensweise der Dogmatik vollkommen gleichwertig ist mit der Vorgehensweise in anderen empirischen Disziplinen. Es gäbe Kriterien für die Überprüfung wissenschaftlicher Annahmen, welche sich feststellen ließen. Als Besonderheit in der Jurisprudenz sei allerdings das Vorliegen unterschiedlicher Argumentationstypen anzusehen. Daraus wird nun abgeleitet, dass die Dogmatik eine Wissenschaft mit heterogener Basis sei. In einer solchen Wissenschaft könne es zu Zusammenstößen von Argumenten unterschiedlichen Typs kommen. Dafür liefere weder die Wissenschaftstheorie, noch ein Konzept von allgemeiner Rationalität anwendbare Entscheidungsregeln.

Man begnügt sich damit, das Kriterium der Wissenschaft, nämlich Widerlegungsversuche, aufzuweisen. Zu einer prinzipiellen Reflexion der tatsächlichen Argumentation kommt es folglich nur sehr eingeschränkt. Der Pragmatismus muss sich hinter dem Rücken der kritisch rationalistischen Wissenschaftstheorie durchsetzen.

2. Die Analyse von Regeln juristischer Dogmatik

Die Analysen des Münchner Ansatzes wurden vor allem entlang von Entscheidungen aus der NJW vorgenommen. Eine klare Definition von Korpus und nachvollziehbaren Kriterien für Textereignisse fehlen zumeist. Von einer Inhaltsanalyse kann man deswegen nicht sprechen. Die Analyse ist auch keine rein logische, sondern eine sprachanalytisch und wissenschaftstheoretisch orientierte. Die Suche nach impliziten Regeln erfolgt also nicht durch „Auszählen“ und auch nicht entlang von rhetorischen Strategien. Eher könnte man von einer hermeneutischen Analyse einer großen Anzahl von Texten sprechen, deren Problem der Aufweis implizit geltender Regeln ist.

a) Der Wortlaut als Argument Zwar haben die Autoren die normativen Vorschläge juristischer Methodologie zunächst suspendiert. Aber bei ihren

¹⁹Ebd., S. 9.

Textanalysen stoßen sie natürlich trotzdem auf die klassischen Kanones der Auslegung als Überprüfungsinstanzen für dogmatische Behauptungen. Von den vier Kanones werden dazu Wortlaut und das historische Auslegungsinstrument jeweils mit einer eigenen Untersuchung bedacht.

Der Wortlaut taucht in der klassischen Methodik zweimal auf: Zunächst als Beginn der Auslegung und dann als deren Grenze. Ob damit dasselbe gemeint ist, wird vom Münchner Ansatz nicht untersucht. Es geht um den möglichen Wortsinn als Grenze der Auslegung.²⁰ Auch die Frage, was möglicher Wortsinn heißen könnte, wird nicht erläutert. Es könnte sein, dass der mögliche Wortsinn in der Summe der Gebrauchsbeispiele besteht, die ein nicht ganz inkompetenter Sprecher für plausibel hält. Die Grenze wäre damit gleichgesetzt mit der Konkretisierungsleistung der grammatischen Auslegung. Es könnte aber auch sein, dass man möglichem Wortsinn versteht, dass die Lesart an allen Kanones der sprachlichen Auslegung überprüft werden muss. Danach wäre die Auslegungsgrenze durch die Konkretisierungsleistung aller sprachlichen Auslegungsinstrumente festgelegt. Dies entspricht eher der Arbeitsweise der Linguistik, welche bei der Feststellung eines Wörterbuchs sich zunächst auf naheliegende Gebrauchsbeispiele stützt, um diese dann historisch systematisch und entsprechend dem kommunikativen Zweck zu ordnen. Diese sprachwissenschaftlichen Probleme werden im Münchner Ansatz übergangen. Die Zusammenarbeit von Juristen und Linguisten hatte damals allerdings gerade begonnen und die hier eingenommene Position des Münchner Ansatzes entspricht völlig dem Stand der damaligen Diskussion in der Rechtswissenschaft.

Als Ergebnis der Untersuchung stellt sich heraus, dass der BGH „am Argumentationsstandard ‚Möglicher Wortsinn als Grenze der Auslegung‘ verbal auch dort“ festhalten will, „wo die Argumentation diese Grenze offenkundig überschreitet.“²¹ Die Auslegungsgrenze hat ja im Strafrecht durch Art. 103 Abs. 2 Grundgesetz (Analogieverbot) noch eine besondere Hervorhebung erfahren. Deswegen will der BGH niemals ausdrücklich gegen den Wortlaut entscheiden. Ulfrid Neumann thematisiert dann Urteile, die dieser Erwartung entgegenstehen könnten. So z. B. eine Entscheidung, worin ein Kfz als bespanntes Fahrzeug für einen Forstdiebstahl angesehen wurde. Neumann verweist zur Begründung der Behauptung, dass dieses Urteil den möglichen Wortsinn verletze, auf den „natürlichen Sprachgebrauch“.²² Die Frage, ob der natürliche Sprachgebrauch homogen ist und wie man diesen feststellt, wird nicht aufgeworfen. Das Ergebnis ist zwar intuitiv plausibel, aber nicht zwingend. Neumann deutet selber an, dass es auch eine spezielle juristische Lesart vom Zweck her geben könnte. Er stellt fest, dass der BGH in einer anderen Entscheidung „dickleibige Wörterbücher“

²⁰ Joachim Rahlf, Der mögliche Wortsinn als Auslegungsgrenze in der Rechtsprechung des Strafsenats des BGH, in: Eike von Savigny u.a., Juristische Dogmatik und Wissenschaftstheorie, München 1976, S. 42 ff., S. 42.

²¹Ebd., S. 42.

²²Vgl. dazu Ulfrid Neumann, Der „mögliche Wortsinn“ als Auslegungsgrenze in der Rechtsprechung der Strafsenate des BGH, in: Eike von Savigny u.a., Juristische Dogmatik und Wissenschaftstheorie, München 1976, S. 42 ff., S. 49.

zitiert. Auf die linguistische Problematik geht er also nicht ein. Im Gegenteil wird an dem Sprachgebrauch „dickleibige Wörterbücher“ eine Unterschätzung der linguistischen Perspektive erkennbar. Es fehlt also eine Strategie zur Ermittlung des allgemeinen Sprachgebrauchs. Das Wort „natürlicher Sprachgebrauch“ verwendet Neumann wie ein Zeichen, das ähnlich der Gerechtigkeit bei Larenz, nur so lange funktioniert, als man nicht nach seiner Bedeutung fragt.

Dieselbe Problematik der Unterschätzung der Linguistik zeigt sich auch bei einer Entscheidung, die den Begriff der Bande betrifft. Neumann sagt, eine Bande könne nicht aus zwei Personen bestehen. Er beruft sich wieder auf den möglichen Wortsinn und verweist auf den Strafrechtler Dreher und eine unsystematische Befragung von Sprechern. Natürliche ist auch die Verwendung des Wortes Bande für bloß zwei Personen ein möglicher Wortsinn. Dies wäre für andere Sprecher nämlich ohne Weiteres verständlich. Eine andere Grenze als die der Verständlichkeit können wir aber aus der Sprache nicht gewinnen. Systematik und Zweck sprechen jedoch dafür, dass ein gewisser Korpsgeist die Grundlage für die besondere Gefährlichkeit ist und dieser vielleicht erst bei drei Personen vorliegt. Hier hätte man heute etwas mehr Arbeit mit „dickleibigen Wörterbüchern“ der Linguisten und ihrem juristischen Äquivalent in Form von Kommentaren erwartet.

Tatsächlich verwendet der BGH aber den Gesichtspunkt der Wortlautgrenze anders als es Neumann beschreibt. Es handelt sich um eine Grenze, die sich aus der Gesamtheit der sprachlichen Konkretisierungselemente ergibt. Neumann will aber die Ermittlung des Wortsinns an eine einzige Auslegungsregel binden. So kann man allerdings sprachliche Bedeutung keinesfalls ermitteln. Die Zahl der Gebrauchsbeispiele, die man mit einer computergestützten Korpusanalyse ermittelt, ist so widersprüchlich und heterogen, dass man immer auf Zusammenhang, Zweck und Gebrauchsgeschichte eingehen muss, um gewisse Zusammenhänge herzustellen. Das kann bei Wörtern im Rahmen eines Rechtsstreits nicht anders sein. Deswegen kann man die Bedeutung nicht einem einzigen Konkretisierungselement zuordnen. Damit würde man die Auslegung unmöglich machen.

Es gibt aber noch eine zweite Vorentscheidung, die Neumann daran hindert, wirklich mit der Sprache zu arbeiten. Er will bei Widersprüchen zwischen der teleologischen und der grammatischen Auslegung zweierlei Sprachen annehmen, als Umgangssprache und Gesetzessprache. Aber nicht jede Verwendung konstituiert eine Sprache. Die Sprache ist vielmehr eine methodische Abstraktion. Tatsächlich gibt es nur Einzelsprachen.²³ Verwendungsbeispiele konstituieren keine ganze Sprache, sondern nur einen Plausibilitätskontext für die Überprüfung eines Zusammenhangs zwischen verschiedenen Verwendungsbeispielen, die man mit Zusammenhang, Zweck und Geschichte begründet hat. Dieses Missverständnis wird in seiner Wirkungsweise dadurch potenziert, dass Neumann den Wortsinn zum Datum machen will, der der Auslegung mit der Objektivität von Naturegegenständen vorgegeben ist: „Der Hinweis auf die mögliche Differenz von Gesetzessprache und Umgangssprache in BGHSt 14, 116 [118] problematisiert

²³Vgl. dazu den vorigen Abschnitt.

freilich die Tauglichkeit des möglichen Wortsinns als Auslegungsgrenze. Denn die Frage, ob die Gesetzessprache mit der Umgangssprache divergiert, ist nur unter Heranziehung anderer Auslegungskriterien zu entscheiden. Dann aber wird der ‚mögliche Wortsinn‘ zum Ergebnis der Auslegung statt zu ihrer Grenze. Auf diese Problematik kann hier jedoch nicht eingegangen werden.“²⁴

Insgesamt kann man sehen, dass der Münchner Ansatz auf den Gegenstand Recht zugeht, aber für eine Diskussion von Bedeutungszusammenhängen fehlt ihr noch eine methodische Operationalisierung. Neumann kann aber auf die genaue Untersuchung der sprachlichen Infrastruktur verzichten, weil sein Zweck eben nur darin besteht, die Wortlautgrenze als implizite Regel zu erweisen: „Die These erscheint berechtigt, dass die nahezu durchgängige Behauptung der Vereinbarkeit der Entscheidung mit dem Wortlaut der fraglichen Vorschrift Bestandteil einer generellen ‚Konfliktvermeidungsstrategie‘ des BGH ist.“²⁵

b) Historische Auslegung als Argument Vor der eigentlichen Rechtsprechungsanalyse hat der Münchner Ansatz zu Recht den damaligen Stand der Methodendiskussion in der Jurisprudenz dargestellt und systematisiert.²⁶ Danach ergibt sich ein Übergewicht der so genannten objektiven Auslegungslehre, welche den Willen des Gesetzes gegenüber dem bloßen Willen des Gesetzgebers privilegiert. Als Krone der Auslegung gilt danach die teleologische Auslegung: „Dem vom Gesetzgeber erkennbar verfolgten Gesetzeszweck komme im Allgemeinen der Vorrang gegenüber allgemeinen Kriterien zu. (...) Die objektiv-teleologischen Kriterien hätten darüber hinaus den Ausschlag zu geben, wenn der Zweck des historischen Gesetzgebers nicht eindeutig zu erkennen sei oder wenn Wertungswidersprüche zwischen den Zwecken vorlägen. Sie könnten ferner auch subsidiär zur Erkenntnis der Zwecke des Gesetzgebers herangezogen werden, da anzunehmen sei, dass dessen Intention auf das sachlich Angemessene gerichtet war.“²⁷ Die historische Auslegung hat demnach höchstens eine bestätigende Rolle.

Diese methodische Theorie findet in der Praxis der Strafsenate des BGH keine Bestätigung: „Die Untersuchung des zufällig herausgegriffenen Jahrgangs 1971 der NJW bringt ein unerwartetes Ergebnis: die Berücksichtigung gesetzgeberischer Vorstellungen in der Auslegung von Strafgesetzen durch das höchste Strafgericht der Bundesrepublik steht in vollster Blüte.“²⁸ Dieser Widerspruch zwischen Theorie und methodischer Praxis lässt sich zwar zum Teil durch eine Gesetzesnovelle erklären, aber bedarf einer Diskussion. Dabei werden dann drei

²⁴Vgl. dazu ebd., Fn. 1, am Ende, S. 165.

²⁵Ebd., S. 51.

²⁶Vgl. dazu Joachim Rahlf, Die Rangfolge der klassischen juristischen Interpretationsmittel in der strafrechtswissenschaftlichen Auslegungslehre, in: Eike von Savigny u.a., Juristische Dogmatik und Wissenschaftstheorie, München 1976, S. 14 ff.

²⁷Ebd., S. 21.

²⁸Joachim Rahlf, Die Rolle der historischen Auslegungsmethode in der Rechtsprechung des BGH, in: Eike von Savigny u.a., Juristische Dogmatik und Wissenschaftstheorie, München 1976, S. 27 ff., S. 27.

Aspekte der historischen Auslegung unterschieden: die Entstehungsgeschichte,²⁹ die subjektiv teleologische Auslegung und der Streit zwischen subjektiver und objektiver Theorie. Ob der BGH subjektiv oder objektiv argumentiert, ist nicht immer direkt aus dem Wortlaut zu erkennen, weil Gesetz und Gesetzgeber häufig synonym verwendet werden. Aber es lässt sich aus dem Kontext klären: „Ein Fall der historischen Auslegung ist deshalb immer dann gegeben, wenn über Umschreibungen des Gesetzestexts und systematische Erwägungen zu gesetzlichen Regelungen hinaus Bezugnahmen auf andere gesetzgeberische Absichten und Ansichten zu erkennen sind, also auch solche, die ohnehin ihren Ausdruck im Gesetz gefunden haben.“³⁰ Eine quantitative Auswertung zeigt dann, dass die historische Auslegung mehr als doppelt so oft verwendet wird,³¹ als die von der Theorie privilegierte teleologische Auslegung. Der BGH hat aber nicht zu den Auslegungstheorien Stellung genommen: „In allen untersuchten Entscheidungen ist der BGH ‚subjektiv‘ vorgegangen, das heißt, es kommt keinmal vor, dass der BGH auch nur Anlass zu der Prüfung gesehen hätte, ob etwa der ‚objektivierte Wille des Gesetzes‘ mit dem ‚Willen des Gesetzgebers‘ in Konflikt gerate.“³² Obwohl der BGH den Auslegungsstreit zu Recht nicht diskutiert, lässt sich doch aus seiner Praxis ein Argument für den Vorrang der objektiven Theorie ableiten. Es zeigt sich die faktische Regel,³³ dass neue Gesetze aus den Materialien auszulegen sind, während bei älteren Gesetzen der objektive Bedeutungsgehalt wichtiger ist. Als zweites Argument tritt Folgendes hinzu: „Auffallend ist nun, dass der BGH fast immer – bis auf zwei Punkte – seine Feststellungen über die Absichten des heutigen Gesetzgebers mit Formulierungen versieht, die klar machen, dass diese Feststellungen nebenher fallen (‚übrigens‘). Schon daran wird deutlich, was genauere Betrachtungen der jeweiligen Argumentation ergeben: der zusätzlichen Berufung auf dieses Argument hätte es nicht bedurft, die Schlüssigkeit der Argumentation wäre durch ihr Fehlen nicht berührt.“³⁴ Kenntlich gemacht wird aber die Regel, dass eine Entscheidung nicht gegen die Absicht des Gesetzgebers verstoßen darf³⁵ und die weitere Regel, dass die Entstehungsgeschichte benutzbar ist, jedenfalls wenn ihre Zusätzlichkeit gekennzeichnet wird.³⁶

c) Konflikte zwischen Interpretationsmitteln Der Rechtsstreit geht von einem Konflikt in der Sache aus, welcher von Rechtsfunktionären zu einem Konflikt um die Lesart des Gesetzes geformt wird, und dieser wiederum kann sich in einem Konflikt von Auslegungsinstrumenten zeigen. Die Methodik hat für

²⁹Vgl. dazu ebd., S. 28 f. In der Entstehungsgeschichte wäre noch zu differenzieren: Wenn Bezugspunkt dieser Auslegung die Materialien der Gesetzesdebatten sind, spricht man von genetischer Auslegung, wenn dagegen frühere Normtexte zur Auslegung herangezogen werden, spricht man von historischer Auslegung.

³⁰Ebd., S. 33.

³¹Ebd., S. 35.

³²Ebd., S. 36.

³³Ebd., S. 37.

³⁴Ebd., S. 41.

³⁵Ebd., S. 39.

³⁶Ebd., S. 41.

die abstrakte Rangfolge dieser Elemente Vorschläge³⁷, ist aber realistisch genug, um das genaue Gewicht dem Argumentationsverlauf zu überlassen. Teilweise wird aber auch jeder abstrakte Unterschied bestritten. Eine Untersuchung anhand der Rechtspraxis ist deshalb von großem Interesse.

Der Münchner Ansatz muss zunächst den Begriff des Konflikts definieren. Ein offener Konflikt liegt danach vor, wenn zwei Argumente eingesetzt werden, die zu unterschiedlichen Ergebnissen führen. Dies kommt vor allem dann vor, wenn sich der BGH mit Entscheidungen der Vorinstanz bzw. Revisionsbegründungen auseinandersetzt oder wenn er hypothetische Argumente bzw. Gegenargumente der Literatur diskutiert. Von diesen offenen Konflikten³⁸ werden verdeckte Konflikte³⁹ unterschieden, wo Argumente außerhalb des Verfahrens übergangen werden, obwohl sie prominent veröffentlicht waren und einschlägig sind. Als gewichtiges Indiz für eine solche Art des Mogelns gilt die Erwähnung des Arguments in wichtigen Kommentaren. Es ließen sich allerdings bei der Analyse „außerordentlich wenige“⁴⁰ verdeckte Konflikte finden, so dass die Untersuchung zu dem Ergebnis kommt, dass der BGH in der Berücksichtigung von Gegenargumenten sehr sorgfältig ist. Dies ist doch ein sehr wichtiges Ergebnis und könnte etwa für den heutigen Stand der Rechtsprechung noch vergleichend untersucht werden.

Allerdings lassen beide Formen der erfassten Konflikte keine Entscheidung über die Auslegungstheorie zu. Zwar zeigt sich, „dass es unter Juristen offenbar als unzulässig gilt, gegen Erkenntnisse aus historischer Interpretation zu entscheiden. Für eine Feststellung zur Rangfolge innerhalb des Methodenschemas reicht eine solche Konfliktstellung nicht aus: dazu hätten sich zwei Argumente gegenüberstehen müssen, die beide den juristischen Interpretationsmitteln zuzurechnen sind.“⁴¹

Wichtig ist noch ein weiteres quasi nebenbei gewonnenen Ergebnis: In einer Entscheidung hat der BGH mit dem Problem umzugehen, dass die Entstehungsgeschichte gegen die von ihm bevorzugte Lesart spricht. Er führt allerdings als Argument gerade nicht die objektive Lehre als Gegensatz zur subjektiven Lehre an. Vielmehr steigt er in die genaue Durcharbeitung der Materialien ein, um dieses Argument zu widerlegen bzw. zu integrieren: „Der BGH entscheidet damit also gegen die erklärte Auffassung des Gesetzgebers unter gleichzeitiger Berufung auf den Gesetzgeber. Indem er auf den Sinn der Gesetzesneufassung abstellt,

³⁷Vgl. dazu im Einzelnen die Nachweise bei Joachim Rahlf, Die Rangfolge der klassischen juristischen Interpretationsmittel in der strafrechtswissenschaftlichen Auslegungslehre, in: Eike von Savigny u.a., Juristische Dogmatik und Wissenschaftstheorie, München 1976, S. 27 ff. Vgl. für den heutigen Stand Ralph Christensen/Hans Kudlich, Theorie richterlichen Begründens, Berlin 2001, S. 375 ff.; Friedrich Müller/Ralph Christensen, Juristische Methodik, Band I, S. 482 ff.

³⁸Joachim Rahlf, Offene und verdeckte Konflikte zwischen klassischen juristischen Interpretationsmitteln in der Argumentationspraxis des BGH, in: Eike von Savigny u.a., Juristische Dogmatik und Wissenschaftstheorie, München 1976, S. 79 ff.

³⁹Ebd., S. 87 ff.

⁴⁰Ebd., S. 91.

⁴¹Ebd., S. 95.

der sich aus den Intentionen des Gesetzgebers ergebe, wird die entgegenstehende Äußerung zu einer Art Betriebsunfall im Laufe der Gesetzgebungsarbeit, zu einer Inkonsequenz und zu einem Verstoß gegen die eigene Absicht des Gesetzgebers.“⁴² Hier haben wir mindestens das, was Lyotard⁴³ eine Umkehrung nennt und man sieht zugleich, dass die allgemeinen Sprechhandlungen des Argumentierens, wie Begründen und Kritisieren auch in der juristischen Diskussion vorkommen. Hier geht es um Kritisieren durch Integration des Gegenarguments. Leider hat der Münchner Ansatz dies nicht weiter verfolgt.

3. Die Leistung der wissenschaftstheoretischen Analyse

Der Münchner Ansatz ist äußerst ertragreich und lässt eine Vielzahl von Anschlüssen zu. Er ist der erste Stollen in einem Bergwerk voller fruchtbarer Probleme. Juristen entwickeln zu Gesetzestexten fallbezogene Lesarten und überprüfen diese an Argumenten. Diesen Umstand in den Blick gebracht zu haben, ist das Hauptverdienst der wissenschaftstheoretischen Analyse. Es zeigt sich mit dieser Untersuchung, wo an der Analyse der Praxis die Rechtstheorie ansetzen muss. Zugleich zeigt sich aber die Notwendigkeit, das zur Analyse eingesetzte Instrumentarium weiterzuentwickeln.

a) Die fehlenden Instrumente der Sprachanalyse Der Münchner Ansatz zeigt auf die Notwendigkeit der Sprachanalyse, ohne über ein entsprechendes Instrumentarium zu verfügen. Wenn die Autoren die Plausibilität von Wortlautargumenten überprüfen, haben sie nur Verweise auf das Sprachgefühl, die eigene Sprachkompetenz oder empirische Befragungen zu bieten. Sprachwissenschaftlich gesehen ist das vollkommen unzulänglich. Eine Befragung von Sprechern wird entweder am Fehlen einer sprachreflexiven Kompetenz des Sprechers scheitern oder daran, dass diese Sprecher selbst Fehler machen. Schon im ersten Abschnitt hatten wir diese unterkomplexe Vorgehensweise mit dem unter Sprachwissenschaftlern üblichen Sprichwort bezeichnet „Never trust a native speaker“. Das eigene Sprachgefühl ist einfach zu subjektiv und bedarf der Überprüfung. Heute gibt es computergestützte Corpusanalysen, welche die gefundenen Verwendungsbeispiele dann systematisieren, indem sie eine gewisse Kohärenz herstellen und dazu historische oder Zweckgesichtspunkte verwenden. Diese Techniken könnte man durchaus mit den von den Juristen herkömmlich angewendeten Kanones der Auslegung vergleichen.

Der Münchner Ansatz will die Sprachanalyse allerdings auf die grammatische Auslegung reduzieren. Das ist unterkomplex. Verführt wird er dazu wohl durch ein zu massives Verständnis des Begriffs der impliziten Regel. Diese wird aufgefasst als feste Struktur, ähnlich einem typischen Lebenslauf in der damals noch ungebrochenen Industriegesellschaft: man wird jung eingestellt, arbeitet dann 50 Jahre im selben Betrieb und erhält mit 65 eine goldene Uhr.

⁴²Ebd., S. 39.

⁴³Vgl. dazu Jean-François Lyotard, *Die Logik, die wir brauchen. Nietzsche und die Sophisten*, Bonn 2004, S. 29.

Heute haben sich nicht nur Lebensläufe zu mehrfach gebrochenen Biografien verändert, sondern auch der Begriff der Sprachregel hat sich kompliziert. Sie ist eine methodische Annahme und hinter ihr steckt eine Vernetzung gelungener Kommunikationsbeispiele unter mitlaufender normativer Bewertung. Genauso wie man Biografien heute nicht mehr in seinem Wohnviertel mit Fabrik fertig vorfindet, sondern durch immer wieder gebrochene narrative Zusammenhänge erst herstellen muss, versteht man auch die sprachliche Regel heute als narrative Verknüpfung von Gebrauchsbeispielen. Dieser narrative oder konstruktive Anteil an den uns in Leben und Sprache vorgegebenen Strukturen war damals noch nicht so aufdringlich sichtbar.

b) Die fehlende Pragmatik der Argumentation Der Münchner Ansatz verwendet das Wort Dogmatik so, das es sich auf die Argumentation im Verfahren des Rechts bezieht. Dieser pragmatische Anteil bedarf allerdings der Explikation gegen wiederum zeitbedingte Schranken. Die erste besteht im Argumentbegriff selbst. Als Argumente gelten „Feststellungen oder Behauptungen, die andere Behauptungen stützen oder schwächen und die selbst keinen Argumentationsschritt mehr enthalten.“⁴⁴ Hier wird so etwas wie ein Argumentationsatom vorausgesetzt, und es stellt sich die Frage, wie dieses aufgewiesen werden soll. Der einzig sinnvolle Bezug für eine solche Hoffnung könnte nur die Logik sein. Wie aber schon im vorigen Abschnitt gezeigt, ist die Logik als Bühnentechnik für die Argumentation zwar unverzichtbar, aber sie ist eben nicht das auf der Bühne gespielte Stück. Deswegen braucht man einen pragmatischen Argumentationsbegriff, der auf die Dynamik der Argumentation bezogen ist. Ein Argument ist danach ein Textelement, das uns den Übergang von einem Satz zu einem anderen erlaubt und eingeordnet ist in einen Prozess zur Validierung von problematischen Wissen. Es hilft ein kleines Stück über eine Lücke in diesem Wissen. Ein solcher pragmatischer Argumentbegriff fehlt dem Münchner Ansatz völlig.

Man wird aber mit dem Münchner Ansatz auf das entsprechende Gleis gesetzt. Die Autoren stellen selber fest, dass die Bezeichnung Dogmatik irreführend ist.⁴⁵ Denn unter Dogma versteht man ja eine fraglose Festlegung durch eine Autorität: „Dies zu treffen, ist gerade nicht das Geschäft der Dogmatik; vielmehr sucht sie nach denjenigen Sätzen, welche zusammen mit dem Kodex die Begründung akzeptabler Fallentscheidungen erlauben, in mühsamer Diskussion.“⁴⁶ Sogar das jeder Argumentation zugrundeliegende Problem, Lücken in unserem sicheren Wissen zu schließen, wird vom Münchner Ansatz richtig bestimmt:

⁴⁴Vgl. dazu Joachim Rahlf, Offene und verdeckte Konflikte zwischen klassischen juristischen Interpretationsmitteln in der Argumentationspraxis des BGH, in: Eike von Savigny u.a., Juristische Dogmatik und Wissenschaftstheorie, München 1976, S. 79 ff., S. 79.

⁴⁵Vgl. dazu Eike von Savigny, Die Rolle der Dogmatik – Wissenschaftstheoretisch gesehen, in: ders. u.a., Juristische Dogmatik und Wissenschaftstheorie, München 1976, S. 100 ff., S. 107.

⁴⁶Ebd.; vgl. dazu auch im selben Text „Der Name ‚Auslegung‘ wäre also nur dann hilfreich, wenn die juristische Argumentationstätigkeit sich auf die so genannte ‚subjektive‘ Auslegung beschränkte. Jeder Jurist weiß, dass dies nicht der Fall ist.“ Ebd., S. 108. Vgl. dazu auch Eike von Savigny, Hypothesenbildung als Auslegung: Eine Detailanalyse, in: ders. u.a., Juristische Dogmatik und Wissenschaftstheorie, München 1976, S. 110 ff.

„Die Diskussion um Hypothesen ist ja kein Selbstzweck, sondern man führt sie, weil man Hypothesen braucht, auf die man sich verlassen kann.“⁴⁷ Wie schon gesehen, werden auch die argumentativen Grundzüge von Behauptungen und Kritisieren über Widerlegungen Integration in den gerichtlichen Begründungen nachgewiesen. Was dagegen nicht klar erkannt wird, ist die Geltungsdynamik als Zielrichtung der Argumentation. Stattdessen findet man immer wieder das nicht einlösbare Ideal deduktiver Vollständigkeit.⁴⁸

c) Auslegung als Hypothesenüberprüfung. Ziel des Münchner Ansatzes war es, das Selbstverständnis der Dogmatik als Auslegung unabhängig zu überprüfen. Nachdem die Autoren dieses Selbstverständnis zunächst suspendiert und dann an den Begründungen des BGH geprüft hatten, kommen sie zu folgendem Ergebnis: „Die Rolle der Dogmatik, zum kodifizierten Recht nicht-kodifiziertes Recht hinzuzufügen, um auf diese Weise jene deduktive Vollständigkeit von Entscheidungsbegründungen zu erreichen, welche notwendig ist, damit die Gleichbehandlung in diskutierbarer Form gewahrt bleiben kann, lässt sich also auch vom wissenschaftstheoretischen Standpunkt als Auslegung bezeichnen (a), wenn man einer modifizierten Verifikationstheorie der Bedeutung zustimmt, und unter dieser Voraussetzung deshalb (b), weil der Gesetzeswortlaut immun ist.“⁴⁹ Dieses Ergebnis bedarf einiger Einschränkungen: Zunächst ist der Begriff der Auslegung nicht auf die Weise zu explizieren, wie die Autoren vorschlagen.⁵⁰ Die objektivistische Explikation, welche die Autoren verwenden, funktioniert nicht. Denn die modifizierte Verifikationstheorie der Bedeutung wird heute noch nicht einmal mehr von den Autoren selbst vertreten. Vor allem aber deshalb, weil wir über einen Begriff von deduktiver Vollständigkeit gerade nicht verfügen können.

Andere Rechtskulturen, wie die französische und dadurch auch die neu entstehende unionsrechtliche unterscheiden gar nicht zwischen Interpretation und Auslegung. Dieser Position ist zuzugeben, dass es sich hier ebenso wie bei der Abgrenzung von Wörtlichkeit und Rhetorizität oder Metapher um ein Kontinuum handelt. Der Begriff der Auslegung bleibt auch nach der Aufgabe des Ideals deduktiver Vollständigkeit sinnvoll. Er bezieht sich auf die Objektivität des Rechts, und diese muss tatsächlich gegen subjektive, politische und sonst

⁴⁷Eike von Savigny, Übereinstimmende Merkmale in der Struktur strafrechtsdogmatischer und empirischer Argumentation, in: ders. u.a., Juristische Dogmatik und Wissenschaftstheorie, München 1976, S. 120 ff., S. 133.

⁴⁸Vgl. dazu Eike von Savigny, Hypothesenbildung als Auslegung: Eine Detailanalyse, in: ders. u.a., Juristische Dogmatik und Wissenschaftstheorie, München 1976, S. 110 ff., S. 119 und öfter.

⁴⁹Ebd.

⁵⁰Vgl. zu diesem Auslegungsbegriff Eike von Savigny, Hypothesenbildung als Auslegung: Eine Detailanalyse, in: ders. u.a., Juristische Dogmatik und Wissenschaftstheorie, München 1976, S. 110 ff., S. 110; ders., Übereinstimmende Merkmale in der Struktur strafrechtsdogmatischer und empirischer Argumentation, in: ders. u.a., ebd., S. 120 ff., S. 120. An anderer Stelle findet sich dann auch die schon zitierte Aussage, dass das Wort Auslegung nur dann sinnvoll sei, wenn sie sich auf den Zweck des Gesetzgebers beziehen. Als Auslegung die Explikation dessen zu verstehen, was der Autor meint, wäre aber noch weniger sinnvoll als die vorgenommene Explikation: Meaning by means of meaning? By no means! wird Eike von Savigny einen gegen Grice gerichteten Aufsatz betiteln.

machtgestützte Zugriffe verteidigt werden. Die Objektivität des Rechts besteht aber nicht darin, dass in den Gesetzestexten im Sinne des Museumsmythos Bedeutungsgegenstände für den Richter vorgegeben wären. Sie besteht vielmehr in dem ganzen, vom Verfahren strukturierten Bedeutungsgeschehen. Darin werden Anschlusszwänge aufgebaut durch die vorgebrachten Argumente der Parteien, Entscheidungen anderer Gerichte, eigene Vorentscheidungen und Argumente der Literatur. Erst dieser Relevanzhorizont bildet die mit dem Wort Auslegung gemeinte Objektivität des Rechts. Unter dem Stichwort offene und verdeckte Konflikte hatten die Autoren des Münchner Ansatzes das auch untersucht. Dabei hat sich gezeigt, dass jedenfalls der Strafsenat des BGH zur damaligen Zeit sehr gründlich gearbeitet hat. Diese Untersuchung wäre für die heutige Zeit unter dem Stichwort der Objektivität des Rechts fortzuführen. Denn die Objektivität des Rechts besteht aus zwei Komponenten. Erstens darin, dass der Richter sich die Obersätze vom Gesetzgeber vorgeben lässt und sich keine eigenen ausdenkt; zweitens aber darin, dass er den Relevanzhorizont für das Bedeutungsgeschehen der fraglichen Texte abarbeitet. Dies wäre der immer noch zu verteidigende Kern im Grenzbezug der Auslegung. Für dessen Analyse hat der Münchner Ansatz ein Grundgerüst geschaffen, das für die heutige Zeit in neuen Untersuchungen verwendet werden könnte.

Daneben findet sich ein großer Schatz wertvoller Einzelbeobachtungen, die hier natürlich nur kurz angesprochen werden können: „Es gibt keine Entscheidung, in der alle vier Methoden angewendet würden.“⁵¹ Die Kanones der Auslegung sind also nicht einfach ein Ablaufmodell der Rechtserkenntnis. Sie vielmehr heuristische Instrumente, um Argumente zu generieren, welche zur Lösung eines normativen Orientierungsproblems dienen können. Des Weiteren können sie als Überprüfungsinstanz für Argumente dienen. Ihr Einsatz wird also nicht von der Struktur der Rechtserkenntnis, sondern vom Relevanzhorizont des Verfahrens bestimmt. Allerdings ist das Verwenden der Kanones auf der Textoberfläche nicht immer klar zu erkennen, deswegen muss man häufig zwischen den Zeilen lesen, um etwa eine systematische Auslegung von einer normgelösten dogmatischen Theorie abzugrenzen. Dies ist bei folgenden Beobachtungen des Münchner Ansatzes mit zu reflektieren: „In einer ganzen Reihe von Entscheidungen wird keines der vier Interpretationsmittel eingesetzt. Oft kommt es vor, dass nur eine der vier Auslegungsmethoden angewendet wird.“⁵²

Die Struktur der Rechtserkenntnis legt auch keineswegs eine bestimmte Reihenfolge der Kanones bei ihrer Anwendung nahe. Dies bestätigt folgende Beobachtung der Münchner Analyse: „Wenn mehr als eine Methode angewendet wird, dann sind unterschiedliche Methoden anzutreffen.“⁵³ Auch dies wäre also durch den Relevanzhorizont des Verfahrens besser zu erklären.

⁵¹Joachim Rahlf, Offene und verdeckte Konflikte zwischen klassischen juristischen Interpretationsmitteln in der Argumentationspraxis des BGH, in: Eike von Savigny u.a., Juristische Dogmatik und Wissenschaftstheorie, München 1976, S. 79 ff., S. 82.

⁵²Ebd.

⁵³Ebd.

Allerdings haben die textbezogenen Regeln der Auslegung einen besonderen Stellenwert: „In Konfliktsituationen setzen sich die Feststellungen aus grammatischer, systematischer, historischer und teleologischer Interpretation immer gegenüber anderen Argumenten durch.“⁵⁴ Dies könnte dafür sprechen, die Wortlautgrenze an die Gesamtheit der normtextbezogenen Auslegungsinstrumente zu binden. Die Wortlautgrenze allein mit der grammatischen Auslegung zu identifizieren, ist noch eine Nachwirkung des alten Museumsmythos, der an Bedeutungsgegenstände glaubt.

II. Rhetorische Analyse: Der Zusammenhang juristischer Argumentation

Der rhetorische Ansatz⁵⁵ ist die anspruchsvollste Analyse von juristischen Urteilen. Seine theoretischen Voraussetzungen sind die kompliziertesten, woraus sich Vor- und Nachteile ergeben.

Die Stärke des Ansatzes liegt darin, dass er im Verhältnis zur Inhaltsanalyse, die auf das quantitative Auftreten einzelner Elemente bezogen ist, übergreifende Zusammenhänge gut sichtbar machen kann. Außerdem ist er nicht auf die Textoberfläche begrenzt. Auch wenn ein durch Textereignisse definiertes Element nicht auftritt, kann man hermeneutisch zwischen den Zeilen lesen. Das Risiko allerdings liegt darin, dass man die Ergebnisse nicht auszählen kann.⁵⁶ Die entsprechenden Interpretationen sind dann als qualitative Ergebnisse aufzufassen, deren Begründung argumentativ zu erfolgen hat.

1. Theoretische Voraussetzungen

Nach dem Zusammenbruch des Tausendjährigen Reiches wurde in Deutschland ein Neuhegelianismus als Rechtstheorie weitergeführt, der das Recht in der Figur der Totalität fasste.⁵⁷ Bei Unklarheiten in der normativen Orientierung konnte

⁵⁴Ebd.

⁵⁵Katharina Sobota, Rhetorisches Seismogramm – Eine neue Methode in der Rechtswissenschaft, in: JZ 1992, S. 231 ff.; dies./Otto Benkert/Hans Mathias Kepplinger, Psychopharmaka im Widerstreit. Eine Studie zur Akzeptanz von Psychopharmaka – Bevölkerungsumfrage und Medienanalyse, Berlin 1995; dies., Argumente und stilistische Überzeugungsmittel in Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. Eine Rhetorik-Analyse auf empirischer Grundlage, in: Jahrbuch der Rhetorik 15 (1996), S. 115 ff.; Katharina Gräfin von Schlieffen, Zur topisch-pathetischen Ordnung juristischen Denkens. Resultate empirischer Rhetorikforschung, in: Kent D. Lerch (Hrsg.), Die Sprache des Rechts, Band 2, Recht verhandeln, Berlin/New York 2005, S. 405 ff.; dies., Wie Juristen begründen, in: JZ 2011, S. 109 ff.

⁵⁶Vgl. dazu Harald Wohrapp, Argumente stehen in einem Text nicht wie Gänseblumen in der Wiese herum. Eine Kritik von Katharina Sobotas empirischer Rechtstextanalyse, in: Kent D. Lerch (Hrsg.), Die Sprache des Rechts, Band 2, Recht verhandeln, Berlin/New York 2005, S. 549 ff., S. 570 ff.; Katharina Gräfin von Schlieffen, Wie Juristen begründen, in: JZ 2011, S. 109 ff., S. 115, die neben den empirischen von qualitativen Resultaten spricht.

⁵⁷Vgl. dazu die monumentalen Werke von Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York 1979, S. 478 ff.; ders., Richtiges Recht, München 1979, S. 33 ff.; dieselbe Struktur der Totalität findet sich auch in anderen deutschsprachigen Rechtstheorien, etwa bei Franz Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriffe, Wien/New York 1991, S. 290 ff. Weitergeführt wird der Gedanke der Totalität

man von den Rechtsbegriffen aus zu den sie stützenden Prinzipien gelangen, um konkrete Konflikte zu lösen. Wenn die Prinzipien das Ergebnis noch nicht widerspruchsfrei lieferten, war die Rechtsidee heranzuziehen, um von dort aus die vorgegebene Lösung zu finden. Die zentrale Idee, von der aus man das Ganze des Rechts kontrollieren kann, war dann je nach politischer Lage zu besetzen⁵⁸ durch Weltgeist, Wille des Führers oder die Idee der freien Person. Entscheidend war, dass man vom Ganzen her denken konnte und das jeweilige Problem durch Rechtserkenntnis unabhängig von der konkreten Argumentation im Verfahren zu lösen war.⁵⁹

Gegen diese einfache Fortführung eines obrigkeitsstaatlichen Rechtsmodells, unabhängig von den politischen Vorgaben der Verfassung, regte sich in der Rechtswissenschaft Widerstand von Seiten der Hermeneutik⁶⁰ und der Topik. Die Mainzer Schule⁶¹ stützte sich dabei auf die rhetorische Tradition, um das Problem des Rechts aus dem Gefängnis des Systems zu befreien. Problem und System waren hier die Gegensätze, die im Wege der rhetorischen Analyse entfaltet wurden.

heute in der Theorie von Robert Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, 4. Aufl., Frankfurt am Main 2001; ders., Zum Begriff des Rechtsprinzips, in: ders., Recht, Vernunft, Diskurs, Frankfurt am Main 1995, S. 213 ff.; ders., Thirteen Replies, in: Georgias Pavlakos, Law, Rights and Discourse, Oxford 2007, S. 333 ff.

⁵⁸Vgl. dazu Hans Heinrich Jakobs, Karl Larenz und der Nationalsozialismus, in: DJZ 1993, S. 805 ff.; R. Frassek, Von der „völkischen Lebensordnung“ zum Recht. Die Umsetzung weltanschaulicher Programmatik in den schuldrechtlichen Schriften von Karl Larenz (1903-1993), 1996.

⁵⁹Zur Kritik an dieser hierarchischen Denkweise vgl. Ralph Christensen/Andreas Fischer-Lescano, Das Ganze des Rechts, Berlin 2007, S. 113 ff. Zur Auseinandersetzung Lyotards mit dem Totalitätsbegriff Hegels vgl. Jean-François Lyotard, Der Widerstreit, München 1987, S. 159 ff.; zur weiteren Vertiefung Hinweise bei Tilman Borsche, Orte der Wahrheit, Orte des Widerstreits. Zur diskursiven Bestimmung von Bedeutung nach Lyotard, in: Josef Simon/Werner Stegmaier, Fremde Vernunft, Frankfurt am Main 1998, S. 113 ff., S. 136, Fn. 34.

⁶⁰In der Hermeneutik war die Frage, ob das unverzichtbar juristische Vorverständnis als Vorgriff auf die Vollkommenheit mit der Struktur der Totalität aufgeladen werden muss (so Larenz im Anschluss an eine bestimmte Lesart Gadamers; vgl. dazu Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4. Aufl., 1979, S. 181 ff.) oder ob der Begriff des Vorverständnisses gerade aus der Totalität als Grundstruktur herausführt (so Esser und Müller unter Bezug auf eine breitere hermeneutische Tradition und bei Müller eine dekonstruktive Lesart Gadamers).

⁶¹Theodor Vieweg, Topik und Jurisprudenz, 1. Aufl. 1951, 5. Aufl. 1974; Ottmar Ballweg, Rechtswissenschaft und Jurisprudenz, 1970; Waldemar Schreckenberger, Rhetorische Semiotik. Analysen von Texten des Grundgesetzes und von rhetorischen Grundstrukturen der Argumentation des Bundesverfassungsgerichts, 1978; Ottmar Ballweg/Thomas Michael Seibert (Hrsg.), Rhetorische Rechtstheorie, 1982; Hubert Rodingen, Pragmatik der juristischen Argumentation, 1977; Thomas Michael Seibert, Zeichen, Prozesse. Grenzgänge zur Semiotik des Rechts, 1996; ders., Gerichtsrede. Wirklichkeit und Möglichkeit im forensischen Diskurs, 2004; Gerhard Struck, Topische Jurisprudenz. Argument und Gemeinplatz in der juristischen Arbeit, 1971; Fritjof Haft, Juristische Rhetorik, 6. Aufl. 1999; Walter Grasnack, Über Rechtsrhetorik heute, in: Rhetorik 7 (1988), S. 225 ff.; ders., Wozu Rechtsrhetorik? Versuch einer Aufklärung, GA 1990, S. 483 ff.; Wolfgang Gast, Juristische Rhetorik, 4. Aufl., Heidelberg 2006.

a) **Begriff der Rhetorik** Die Tradition der Rhetorik ist in Europa gleich ursprünglich mit der Philosophie.⁶² Sie steht zu dieser auch in einem Spannungsverhältnis, welches immer wieder die Theorieproduktion begünstigt hat. Platon hat die Sophisten als Täuscher und Taschenspieler dargestellt. Während umgekehrt die Sophisten immer wieder die Begrenztheit der von den Philosophen entwickelten Methoden vorführen.⁶³ Die rhetorische Kritik der Philosophie bei Autoren wie Gorgias,⁶⁴ Nietzsche oder Lyotard⁶⁵ dient dabei vor allem der Infragestellung eines Wahrheitsanspruches, der sich der Argumentation entziehen wähnt.⁶⁶ Demgegenüber will die Rhetorik Zeugnis ablegen von einem Widerstreit, der sich nicht einfach in eine höhere Einheit der Vernunft aufheben lässt. Nun hat in über zwei Jahrtausenden die Philosophie die Reflexion auf die Begrenztheit ihres Vernunftanspruchs internalisiert.⁶⁷ Die Notwendigkeit einer rhetorischen Kritik überschießender Ansprüche der Philosophie verschwindet aber nie vollständig.

Zunächst ist der Begriff der Rhetorik zu klären. Im Altertum galt sie als die Kunst, überzeugend und gut zu sprechen. Sie umfasste sowohl die praktische Kompetenz als auch deren Reflexion.⁶⁸ Sie war zentraler Bestandteil der Bildung der Elite.⁶⁹ Gut reden zu können war in der griechischen Polis eine zentrale Form für die Verteidigung und Ausübung von Macht. Diese Macht der Sprache, welche sich vor allem in der politischen Form der Demokratie entfalten konnte,⁷⁰ war auch Anlass für die philosophische Kritik der Rhetorik. Platons Dialog „Gorgias“ führt den Titel „Über die Rhetorik“. Im Dialog streiten sich Sokrates und Gorgias, wobei sie im ersten Teil um eine gemeinsame Definition der Rhetorik ringen. Sokrates kritisiert an Gorgias, dass er mit der Kunst des Überredens kein wahres Wissen im Sinne der episteme hervorbringe, sondern nur Meinungen

⁶²Vgl. Samuel Jesseling, Rhetorik und Philosophie, Stuttgart 1988, S. 16 ff., m.w.N.

⁶³Vgl. zu den von Platon entwickelten Methoden der Philosophie: Platon, Theaitetos, 201 d ff.; ders., Sophistes 253 a ff.; ders., Politikos, 277 e ff. Grundsätzlich zur Abspaltung des theoretischen Wissens von der oralen Kultur in der griechischen Sattelzeit Thomas Vesting, Die Medien des Rechts, Band II Schrift, Weilerswist 2011, S. 69 ff.; Christian Stetter, System und Performanz, Frankfurt am Main 2005, S. 100; ders., Schrift und Sprache, Frankfurt am Main 1997, S. 299 ff.

⁶⁴Vgl. dazu Gorgias von Leontinoi, Reden, Fragmente und Testimonien, hrsg. und übersetzt von Thomas Buchheim, Hamburg 1989.

⁶⁵Vgl. dazu Jean-François Lyotard, Die Logik, die wir brauchen. Nietzsche und die Sophisten, Bonn 2004.

⁶⁶Vgl. Jean-François Lyotard, ebd., zu den Sophisten S. 15 ff., Nietzsche S. 37 ff.

⁶⁷Vgl. dazu Tilman Borsche, Orte der Wahrheit, Orte des Widerstreits. Zur diskursiven Bestimmung von Bedeutung nach Lyotard, in: Josef Simon/Werner Stegmaier (Hrsg.), Fremde Vernunft, Frankfurt am Main 1998, S. 113 ff., S. 135.

⁶⁸Vgl. dazu Wolfgang Gast, Juristische Rhetorik, 4. Aufl., Heidelberg 2006, S. 2 ff.; Carolin Weirauch, Juristische Rhetorik, Berlin 2005, S. 11 f.

⁶⁹Im 6. und 7. Jh. v. Chr. geht man von einer Krise der griechischen Adelspolis aus, welche als eine der Ursachen der besonderen Entwicklungsdynamik Griechenlands gilt. Vgl. dazu Stefan Breuer, Imperien der Alten Welt, 1987, S. 138 ff.; ders., Der Staat. Entstehung, Typen und Organisationsstadien, 1998, S. 91 ff.

⁷⁰Vgl. dazu Jean-Pierre Vernant, Die Entstehung des griechischen Denkens, 1982, S. 44 ff.; Geoffrey E. Lloyd, The Revolutions of Wisdom. Studies in the Claims and Practice of Ancient Greek Science, Berkeley 1989, S. 78 ff.; Jan Assmann, Das kulturelle Gedächtnis, 1992, S. 268.

im Sinne der doxa. Die Redkunst sei daher keine Wissenschaft, sondern eben nur Schmeichelei.

Im Dialog „Phaidros“ nennt Platon die Rhetorik nur dann ein sinnvolles Instrument, wenn der Redner schon im Besitz einer unabhängig davon gewonnenen philosophischen Wahrheit sei. Der bloße Rhetoriker dagegen „kann sich nicht auf ein wahrhaftes Streben nach Einsicht berufen, sondern nur auf Texte und Schriften, die das Ergebnis eines langen Drehens und Wendens, ein Produkt von Schere und Leimtopf sind. Er ist also nicht viel mehr als ein Dichter, ein Literat oder Schriftsteller. Die Wörter ‚Dichter‘, oder ‚Schriftsteller‘ haben für Platon einen eindeutig pejorativen Sinn.“⁷¹ Für Platon liegt der unbedingte Vorrang der Philosophie vor der Rhetorik darin begründet, dass die Wahrheit im Dialog der lebendigen Sprache hergestellt wird und nicht wie die Rhetorik auf die monologische Situation der Schrift verweist.⁷² Hier wird zum ersten Mal deutlich formuliert, was Derrida den Phonozentrismus⁷³ der europäischen Philosophie nennt.⁷⁴ Allerdings lässt Platon den Dialog als Wahrheitsgeschehen doch schriftlich fixieren.⁷⁵ Diesen Widerspruch fasst er in seinem Schriftbegriff als pharmakon, welche sowohl als Heilmittel wie auch als Gift wirken kann. Im „Phaidros“ berichtet Sokrates, dass nicht etwa Thamus der König der ägyptischen Götter, sondern der untergeordnete Gott Theuth die Schrift erfunden habe.⁷⁶ Denn einem König fehlte Souveränität und Unabhängigkeit, wenn er über ein Medium in Schrift sich ausdrücken müsste.⁷⁷ Sein Wort genügt. Aufzeichnung ist demgegenüber sekundär und wird deswegen von Theuth, der auch als Gott des Todes gelten kann, eingeführt. Deswegen urteilt Platon, dass die Schrift etwas Zusätzliches, Nachträgliches und sogar Gefährliches sei. Der Sinn wird in der Schrift vom Autor abgelöst und steht damit der Aneignung durch jeden hergelaufenen Dritten offen.⁷⁸ Diese Vaterlosigkeit des Sinns, unabhängig von der lebendigen Rede, macht die Schrift gefährlich.⁷⁹ Und es ist dieses Risiko, das Platon im Aufblühen der Rhetorik bekämpfen will.

Die Rhetorik erscheint somit als frühe Medientheorie,⁸⁰ welche im Spannungs-

⁷¹Samuel IJsseling, *Rhetorik und Philosophie*, Stuttgart-Bad Cannstatt 1988, S. 19.

⁷²Platon, *Phaidros*, 274d-275b; vgl. zu Platons Kritik des neuen Mediums Schrift: Jochen Hörisch, *Der Sinn und die Sinne. Eine Geschichte der Medien*, Frankfurt am Main 2001, S. 87 ff.

⁷³Vgl. dazu Begriff Jacques Derrida, *Die Stimme und das Phänomen*, Frankfurt am Main 1979, S. 51 f., S. 124, S. 129 f., S. 135, S. 140, S. 165.

⁷⁴Vgl. dazu Jacques Derrida, *Platons Pharmazie*, in: ders., *Disseminationen*, Wien 1995, S. 69 ff.

⁷⁵Walter J. Ong, *Orality and Literacy*, New York 2003, S. 78 ff.; ders., *Interfaces of the Word*, Ithaca u.a. 1977, S. 282, S. 285; Christian Stetter, *Schrift und Sprache*, Frankfurt am Main 1997, S. 299 ff., S. 302; Thomas Villers, *Das Paradigma des Alphabets. Platon und die Schriftbedingtheit der Philosophie*, 2005, S. 106 ff.

⁷⁶Vgl. Jacques Derrida, ebd., S. 94 ff.

⁷⁷Jacques Derrida, ebd., S. 84 ff.

⁷⁸Jacques Derrida, ebd., S. 106 ff.

⁷⁹Jacques Derrida, ebd., S. 194 ff.

⁸⁰Dies jedenfalls, wenn man unter Medientheorie die Analyse des Bedeutungsgeschehens versteht, wonach A als B gilt, vgl. dazu grundsätzlich Christoph Ernst, *Gespenst, Phantom, Wiedergänger. Zur medienphilosophischen Lektüre der Dekonstruktion*, in: ders./Petra Gropp/Karl

verhältnis von mündlicher Sprache und Schrift⁸¹ an gesellschaftlichen Problemen des selektiven Umgangs mit Überschuss Sinn arbeitet: „Die Einführung der Sprache konstituierte die Stammesgesellschaft, die Einführung der Schrift die antike Hochkultur, die Einführung des Buchdrucks die moderne Gesellschaft und die Einführung des Computers die nächste Gesellschaft. Jedes neue Verbreitungsmedium konfrontiert die Gesellschaft mit neuen und überschüssigen Möglichkeiten der Kommunikation, für deren selektive Handhabung die bisherige Struktur und Kultur der Gesellschaft nicht ausreichen. Jede Einführung eines neuen Verbreitungsmediums muss daher zur Umstellung dieser Struktur und dieser Kultur führen (...).“⁸² Dabei gibt es in einer konkreten Gesellschaft eine spannungsreiche Wechselwirkung zwischen den verschiedenen Verbreitungsmedien. Und dies impliziert Kulturkriege,⁸³ weil jedes dieser Medien seine eigene Rhetorik hat. Gerade diese Spannung einer Inter-⁸⁴ und Inframedialität⁸⁵ ist das Grundproblem des Streits zwischen Philosophie und Rhetorik.

Die Sophisten fassen den Überschuss des Sinns in Figuren, die der Wiederholung und Verschiebung durch andere Benutzer offen stehen. Damit gefährden sie die Wörtlichkeit der Wahrheit, welche Platon gegen sie verteidigen will. Nur der philosophische Dialog gewinnt für ihn Zugang zur Wahrheit. Dabei sind die Dialogpartner für ihn gerade entbehrlich,⁸⁶ weil es um die ewige Wahrheit der Ideen geht, an welcher die Sprecher höchstens teilhaben können.

Umgekehrt gehen die Sophisten vom Ereignis des Satzes aus. Dieser ist nicht schon aufgrund seiner grammatischen oder logischen Form wahrheitsfähig, sondern erst dadurch, dass er in einem Diskurs wirklich geäußert wird. Wenn Gorgias sagt, die Wahrheit sei der Rede Zier,⁸⁷ soll dies bedeuten, dass die Rede gar nicht auf Wahrheit zielt, sondern eben vielerlei Zwecken dienen kann.⁸⁸ Der Rhetor nutzt vielmehr die Überzeugungskraft von Sätzen, um diese für andere

Anton Sprengart (Hrsg.), *Perspektiven interdisziplinärer Medienphilosophie*, Bielefeld 2003, S. 45 ff.; vgl. im Übrigen Dirk Baecker, *Nach der Rhetorik*, in: Georg Stanitzek/Wilhelm Voßkamp (Hrsg.), *Schnittstelle: Medien und Kulturwissenschaften*, Köln 2001, S. 151 ff.

⁸¹Vgl. zur Hypothese, dass die Rhetorik als Reaktion auf die Einführung der Schrift entsteht: Christian Stetter, *Schrift und Sprache*, Frankfurt am Main 1997, S. 356 ff.; Thomas Vesting, *Die Medien des Rechts*, Band II, *Schrift*, Weilerswist 2011, S. 133; Walter J. Ong, *Interfaces of the Word*, Ithaca u.a. 1977, S. 87; Erik Wolf, *Griechisches Rechtsdenken III/2*, 1955, S. 157 ff.

⁸²Dirk Baecker, *Studien zur nächsten Gesellschaft*, Frankfurt am Main 2007, S. 7.

⁸³Baecker, ebd., S. 11.

⁸⁴Vgl. zur sog. Medienmatrix Dirk Baecker, *Beobachtung mit Medien*, in: Claudia Liebrand/Irmela Schneider (Hrsg.), *Medien in Medien*, Köln 2002, S. 12 ff., S. 19 f.

⁸⁵Vgl. dazu Ludwig Jäger, *Transkriptionen: Inframedial*, in: Claudia Liebrand/Irmela Schneider (Hrsg.), *Medien in Medien*, Köln 2002, S. 123 ff.; Michael Wetzels, *Unter Sprachen – unter Kulturen*. Walter Benjamins „Interlinearversion“ des Übersetzens als Inframedialität, in: ebd., S. 154 ff.

⁸⁶Platon, *Phaidon*, 91c1f: „Wenig kümmert euch im Sokrates, um die Wahrheit aber viel mehr.“

⁸⁷Gorgias von Leontinoi, *Reden, Fragmente und Testimonien*, hrsg. und übersetzt von Thomas Buchheim, Hamburg 1989, Fr. 11 (1), S. 2.

⁸⁸Tilman Borsche, *Orte der Wahrheit, Orte des Widerstreits. Zur diskursiven Bestimmung von Bedeutung nach Lyotard*, in: Josef Simon/Werner Stegmaier, *Fremde Vernunft*, Frankfurt am Main 1998, S. 113 ff., S. 113.

Ziele zu verwenden. Wahrheit ist hier kein Selbstwert. Sie wird instrumentalisiert, um den Zuhörer umzustimmen.⁸⁹ Damit stehen wahre Sätze nicht mehr unter der Vorgabe der Tilgung oder mindestens Neutralisierung von Autor und Zeit.⁹⁰ Das war das Anliegen der von Platon vertretenen Philosophie, welche sich gegen mythologische Erzählweisen wendet,⁹¹ wonach der Autor als Gott oder Heiliger gerade der entscheidende Garant der Wahrheit war. Gorgias will aber nicht zurück zum Mythos. Er will die Wahrheit allerdings auch nicht als vorgegebenes und schon feststehendes Ziel der Rede ansehen.⁹² Für ihn ist die Wahrheit der Einsatz⁹³ der Rede, das, worum gespielt wird. Die Rede steht damit zur Wahrheit nicht in einem didaktischen Verhältnis, sondern in einem konstitutiven. Worin dieses konstitutive Verhältnis besteht, bleibt allerdings ungeklärt. Deswegen bleibt der alte Streit zwischen Platon und Gorgias auch unentschieden und unversöhnt,⁹⁴ solange dieses Verhältnis von Wahrheit und Rede nicht geklärt ist. Man kann Gorgias vorwerfen, es ginge ihm nur um die Überzeugung seiner Zuhörer, die Wahrheit werde dem untergeordnet. Und man kann Platon vorwerfen, seine Dialoge seien eigentlich überflüssig, weil die Wahrheit ja schon ewig feststeht. Das Sachproblem dieser Debatte ist also der Ort der Wahrheit in der Rede.

b) Entwicklung der Rhetorik Der Streit zwischen der Philosophie und der Rhetorik wurde natürlich nie endgültig entschieden. Auch die Kirchenväter der ausgehenden Antike hatten mit dem Problem zu ringen, ob die Wahrheit der Rede vorgeordnet oder untergeordnet ist. Denn die Bibel konnte mit der Eleganz der antiken Redekultur nicht mithalten und sollte doch als Wahrheit gelten. In einem Brief beschreibt Hieronymus, dass ihm Stil- und Formgebung der Heiligen Schrift störten, wenn er sie mit den klassischen Texten der Antike vergleiche. Deswegen erklärt er dann diese Texte zur Speise des Teufels.⁹⁵ Auch für Augustinus war die Bibel zunächst eher Hindernis als Anreiz für seinen Übertritt zum Christentum.⁹⁶ Diese Schwierigkeiten betrafen alle Kirchenväter, die ja meist durchgängig die klassische Ausbildung zum Redner genossen hatten. Daraus ergab sich ein Spannungsverhältnis zwischen den bisherigen technischen Inhalten der Redekunst und der neuen Religion. Für diese sollte der tote Buchstabe nur ein Hilfsmittel zur Proliferation des lebendigen Geistes sein. Die in Sprache gefassten Codierungen sollten direkt auf die Seele von Lesern und

⁸⁹Ebd., S. 123 ff.

⁹⁰Ebd., S. 119.

⁹¹Zu diesen Erzählweisen vgl. Jean-François Lyotard, *Der Widerstreit*, München 1987, S. 222 f.

⁹²Vgl. dazu ebd., S. 253 ff.

⁹³Vgl. zu diesem Begriff ebd., S. 10 f., S. 228-231, S. 245 f.

⁹⁴Vgl. dazu Tilman Borsche, *Orte der Wahrheit, Orte des Widerstreits. Zur diskursiven Bestimmung von Bedeutung nach Lyotard*, in: Josef Simon/Werner Stegmaier, *Fremde Vernunft*, Frankfurt am Main 1998, S. 134.

⁹⁵Vgl. dazu Samuel IJesseling, *Rhetorik und Philosophie*, Stuttgart-Bad Cannstatt 1988, S. 63 f.

⁹⁶Vgl. ebd., S. 64.

Hörern durchschlagen.⁹⁷ Schreiben wird hier als Übersetzung einer vorgelagerten Stimme interpretiert.⁹⁸ Der Gedanke, dass sich an die Stelle der Stimme des Autors immer supplementär ein anderes Zeichen setzt,⁹⁹ konnte jetzt nicht mehr formuliert werden.

Auch hier wird der Streit zwischen Philosophie und Rhetorik wieder von einem Einschnitt in der medialen Entwicklung beeinflusst. Zu dieser Zeit kommt nämlich die antike Schriftrolle zunehmend außer Gebrauch gegenüber dem Buch.¹⁰⁰ Selbst wenn man nicht eine konsequente Hardware-Geschichte der Literatur fordert,¹⁰¹ muss man doch auf die kulturellen und technik-geschichtlichen Implikationen von Trägermedien achten. In der Literatur wird die Relation zu Medientechniken mindestens implizit thematisiert und manchmal zu prinzipiellen Strukturen ausgebaut. In der Antike gab es nun Archive und Bibliotheken, die die scheinbare Ewigkeit der Schrift sicherten und damit auch die Ansprüche, deren Durchsetzung den Verweis auf Dokumente voraussetzte. Gerade Schriftreligionen wie das Christentum behaupten sich durch den Canon der Auslegung ihrer Texte, und deswegen sind auf solche Strukturen angewiesen. Nun begünstigt die zunehmende Ersetzung der Schriftrolle durch das Buch das so genannte stille Lesen,¹⁰² das uns heute selbstverständlich ist, damals aber durchaus ungebräuchlich war. Augustinus lernt diese Technik bei Ambrosius schätzen und fasst sie prinzipiell als Modell einer geistlichen Bedeutung und inneren Wahrheit.¹⁰³ Das ermöglicht Augustinus die Erkenntnis als einen geistlichen und göttlichen Bereich zu bestimmen.¹⁰⁴ Der entscheidende Impuls wird nicht durch Worte im Gespräch vermittelt, sondern vollzieht sich im Innern des Einzelnen. Nicht die Intersubjektivität von Sprache und Dialog führt uns zur Wahrheit, sondern ein solipsistisch gefasster Geist ist ihre Stätte. Sprache wird damit zum neutralen Mittel, um einen unabhängig von ihr erfahrbaren Inhalt weiterzuleiten: „Geht es um unmittelbare Erkenntnis und evidente Wahrheit, verändert sich die Bedeutung von Argumentation und Rhetorik – aus diesem Grund bestand für Augustinus die Aufgabe der Rede nicht mehr wie in der griechisch orientierten Rhetorik darin, einen kontroversen Gegenstand besserer Beurteilung zuzuführen, sondern darin, eine Wahrheit, die eine Wahrheit zu verkünden.“¹⁰⁵

⁹⁷Friedrich A. Kittler, *Fiktion und Simulation*, in: K. Berek u.a., *Aisthesis*, Leipzig 1990, S. 196 ff., S. 198.

⁹⁸Friedrich A. Kittler, *Aufschreibesysteme 1800–2000*, 3. Aufl., München 1995, S. 84.

⁹⁹Michael Wetzlar, *Die Enden des Buches und die Wiederkehr der Schrift*, Weinheim 1991.

¹⁰⁰Vgl. dazu Helmut Schanze, *Integrale Mediengeschichte*, in: ders. (Hrsg.), *Handbuch der Mediengeschichte*, Stuttgart 2001, S. 207 ff., S. 220 ff.; Natalie Binczek/Nicolas Pethes, *Die einzelnen Medien*, in: ebd., S. 248 ff., S. 288; vgl. außerdem E. Schön, *Geschichte des Lesens*, in: B. Franzmann/K. Hasemann/D. Löffler/ders. (Hrsg.), *Handbuch Lesen*, München 1999, S. 8, der insoweit von einer Revolution spricht.

¹⁰¹Friedrich A. Kittler, *Literaturgeschichte*, in: H. Bosse, U. Renner, *Literaturwissenschaft. Einführung in ein Sprachspiel*, Freiburg 1999, S. 357 ff.

¹⁰²Vgl. dazu grundlegend Roger Chartier/Guglielmo Cavallo, *Die Welt des Lesens. Von der Schriftrolle zum Bildschirm*, Frankfurt am Main/New York 1999, S. 77.

¹⁰³Samuel IJesseling, *Rhetorik und Philosophie*, Stuttgart 1988, S. 65.

¹⁰⁴Ebd., S. 69.

¹⁰⁵Carolin Weirauch, *Juristische Rhetorik*, Berlin 2005, S. 33; vgl. dazu außerdem Niehues-Pröbsting, „Kunst der Überlistung“ oder „Reden mit Vernunft“. Zu philosophischen Aspekten

Im Mittelalter wirkt natürlich diese Konzeption fort. In diesem Rahmen gilt allerdings die Rhetorik als eine der sieben Künste. Als *ars bene dicendi* deckt sie ungefähr das ab, was man heute als Literaturwissenschaft begreift. Allerdings sind die freien Künste nicht mehr Vorbereitung auf die Philosophie, sondern jetzt Magd der Theologie. Demgemäß werden die Autoritätsargumente aus der Schrift als die höchsten angesehen. Der Wortlaut der Heiligen Schrift als *argumentum ex verbo* war entscheidend, denn der christliche Gott wendet sich durch die Schrift an die Menschen.

Der italienische Humanismus der beginnenden Moderne entdeckte dann wieder Stil und Eleganz der klassischen Rhetorik. Trotzdem blieb das Wort in seiner dienenden Rolle. Nur trat an die Stelle des von der Sprache repräsentierten göttlichen Willens die Welt und die darin mögliche Erfahrung. Auch hier ging die Wiederbelebung der Diskussion zwischen Rhetorik und Philosophie mit einer medialen Umwälzung einher. Ausgelöst von der Druckmaschine wurden Entwicklungen verstärkt, die schon in der mittelalterlichen Buchkultur begonnen hatten. Schon dort waren mit Spaltenordnung und Betitelungssystemen die Elemente des heutigen Buch-Layouts entstanden.¹⁰⁶ Der nur wenig differenzierte Fließtext, den man noch in alten Inschriften sehen kann, ohne Komma, Punkt und Wortabstand, wurde zum strukturierten Gefüge und ermöglichte eine Hierarchie durch Gliederung, Überschrift und weitere Paratexte.¹⁰⁷ Das so genannte *biblionome* Layout begründet damit die Gutenberg-Galaxis. Der Text hat jetzt eine Gestalt mit Haupt- und Nebentexten und kann durch Verzeichnisse, Überschriften und Gliederungen strukturiert werden. Erst mit diesen neuen Elementen wird ein selektiver und alinearer Zugriff auf den Text möglich, so dass das Lesen über das einzelne Wort hinaus zum Zusammenhang geführt wird.¹⁰⁸ Das Repräsentationsmodell, wonach Schrift eine unabhängig von ihr bestehende Wahrheit nur nachträglich darstellt, von der neuen medialen Infrastruktur der Druckerpresse nicht prinzipiell in Frage gestellt. Erst der heute durch die Vernetzung der Computer entstehende Hypertext macht diese Unterstellung angreifbar.¹⁰⁹ Damals war das Repräsentationsmodell praktisch unangefochten. Die Stellung der Wahrheit wird damit im Sinne der Philosophie als der Sprache vorgeordnet bestimmt, ohne allerdings ganz unumstritten zu bleiben.

Im Recht wurde die Durchsetzung der philosophischen auf Kosten der rhetorischen Position durch die Entwicklung des Gerichtsverfahrens begünstigt. Ausgehend von Oberitalien hatte sich im späten Mittelalter die Schriftlichkeit des Verfahrens

der Rhetorik, in: *Philosophische Rundschau* 1990 (37), S. 123 ff., S. 150.

¹⁰⁶Vgl. dazu Roger Chartier/Guglielmo Cavallo, *Die Welt des Lesens. Von der Schriftrolle zum Bildschirm*, Frankfurt am Main/New York 1999, S. 72.

¹⁰⁷Vgl. dazu grundsätzlich Ivan Illich/Barry Sanders, *Das Denken lernt Schreiben. Lesekultur und Identität*, Hamburg 1988; J. D. Müller, *Der Körper des Buchs. Zum Medienwechsel zwischen Handschrift und Druck*, in: Hans Ulrich Gumbrecht/Karl Ludwig Pfeiffer (Hrsg.), *Materialität der Kommunikation*, Frankfurt am Main 1988, S. 203 ff.,

¹⁰⁸Roger Chartier/Guglielmo Cavallo, *Die Welt des Lesens. Von der Schriftrolle zum Bildschirm*, Frankfurt am Main/New York 1999, S. 34.

¹⁰⁹Vgl. dazu grundsätzlich Friedrich Müller/Ralph Christensen, *Juristische Methodik*, Band II *Europarecht*, 2. Aufl., Berlin 2007, S. 219 ff., m.w.N.

durchgesetzt, so dass die klassischen Techniken der Rhetorik notwendig in den Hintergrund treten mussten.¹¹⁰ Andererseits bleibt sie durch die Bolognese Rechtsschule und ihre Kommentierung des *corpus iuris* aber auch lebendig. Theodor Vieweg¹¹¹ versteht diesen „*mos italicus*“ als „genetische Verbindung zwischen Jurisprudenz und Rhetorik“. ¹¹² Allerdings wurde jetzt anders als in Zeiten der antiken Rhetorik die Texte der Postglossatoren aufbewahrt. Aus dieser Schriftlichkeit entsteht allmählich das Formular und entwickelt sich die Akte.¹¹³ Dies wird dann langsam zum Zentrum der praktischen Arbeit an Recht: „Man kann es sich leisten, als Person zurückzutreten und Textformulare sprechen zu lassen. Damit wachsen allerdings auch die Anforderungen an die sachliche Differenzierung der Texte und Zuständigkeiten.“¹¹⁴ Es beginnt somit der Stil der Sachlichkeit, welcher mit Formularen das Recht in Betrieb hält. Der Rationalismus der Aufklärung hat diese Tendenz noch verstärkt. Die wahrscheinlichen und bloß meinungsmäßigen Sätzen sind danach durch Vernunftwahrheiten zu ersetzen. Die Rhetorik wird als Ursache für Verwirrung und Irrtum angesehen.¹¹⁵ Statt wie in der Antike oratorische Figuren in die Rede einzufügen, soll man die Sache deutlich vortragen und beweisen.¹¹⁶ Man kann daher für das späte 18. Jahrhundert von einer Umgestaltung der Redekunst zum Stilideal der Sachlichkeit¹¹⁷ sprechen bzw., wenn man die klassische antike Rhetorik im Auge, hat von ihrem Untergang.¹¹⁸

Das aufklärerische Naturrecht hat sich nach Durchsetzung des freien Marktes zu einem Gesetzes- oder Rechtspositivismus sublimiert, welcher fordert, die Begriffe des Gesetzes möglichst genau zu definieren. Durch eine an den Idealen der Mathematik orientierte¹¹⁹ Festigkeit und Bestimmtheit soll Rechtssicherheit

¹¹⁰Vgl. dazu Gert Ueding, *Moderne Rhetorik*, S. 29 f.

¹¹¹Theodor Vieweg, *Topik und Jurisprudenz. Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*, München 1974, S. 62 f.

¹¹²Vgl. dazu auch Thomas Michael Seibert, *O tempora, o mores. Juristische Rhetorik im 21. Jahrhundert*, in: Manfred Beetz/Joachim Dyck/Wolfgang Neuber/Gert Ueding (Hrsg.), *Rhetorik, Band 21, Neue Tendenzen der Rhetorikforschung*, S. 67 ff., S. 70.

¹¹³Vgl. dazu grundsätzlich Cornelia Vismann, *Akten: Medientechnik und Recht*, Frankfurt am Main 2000, S. 204 ff.

¹¹⁴Thomas Michael Seibert, *O tempora, o mores. Juristische Rhetorik im 21. Jahrhundert*, in: Manfred Beetz/Joachim Dyck/Wolfgang Neuber/Gert Ueding (Hrsg.), *Rhetorik, Band 21, Neue Tendenzen der Rhetorikforschung*, S. 71.

¹¹⁵Gert Ueding, *Moderne Rhetorik*, S. 18.

¹¹⁶Ebd., S. 30.

¹¹⁷In der Jurisprudenz macht es Sinn, dieses besondere Stilideal auszuzeichnen. Dagegen Harald Wohlrapp, *Argumente stehen in einem Text nicht wie Gänseblumen in der Wiese herum. Eine Kritik an Katharina Sobotas empirischer Rechtstextanalyse*, in: Kent Lerch (Hrsg.), *Die Sprache des Rechts, Band 2: Recht verhandeln*, Berlin 2005, S. 549 ff., S. 564.

¹¹⁸Vgl. dazu Joachim Dyck, „Rede, dass ich dich sehe“. *Rhetorik im Deutschland des 18. Jahrhunderts*, in: Gert Ueding/Thomas Vogel (Hrsg.), *Von der Kunst der Rede und Beredsamkeit*, Tübingen 1998, S. 70 ff.; Helmut Schanze, *Romantik und Rhetorik. Rhetorische Komponenten der Literaturprogrammatische um 1800*, in: ders. (Hrsg.), *Rhetorik. Beiträge zu ihrer Geschichte in Deutschland vom 16. bis 20. Jahrhundert*, Frankfurt am Main 1974, S. 126 ff.; Manfred Beetz, *Rhetorische Logik*, Tübingen 1981.

¹¹⁹Chaim Perelman, *Juristische Logik als Argumentationslehre*, Freiburg/München 1979, S. 75.

hergestellt¹²⁰ und ein geschlossenes dogmatisches System entwickelt werden.¹²¹ Damit will man Rechtserkenntnis an die Stelle von Argumentation setzen.¹²² Aber wenn man in einer Auseinandersetzung nur demonstrieren soll, was wir schon wissen, führt dies zu einer Dogmatisierung der jeweilig herrschenden Kenntnisse.¹²³ Oft wird das sichere Wissen aber nicht ausreichen, um das Problem normative Orientierung zu lösen. Dann fehlen uns aber die Strategien, um mit der Situation des Einlösens programmatischer Geltungsansprüche fertig zu werden.¹²⁴ Die Annahme, man müsse sich auf die Anwendung schon erprobten Wissens beschränken und sei nicht gezwungen, unsicheres Wissen in der Diskussion zu überprüfen, macht uns unfähig zur Lösung neuer Probleme.¹²⁵

Bis in die heutige Zeit werden damals formulierte Vorbehalte gegen die Rhetorik in der Jurisprudenz weiter kultiviert. Die Rhetorik ersetze den Versuch, jemanden von der Richtigkeit einer Rechtserkenntnis zu überzeugen durch das bloße Überreden und sei damit Manipulation. Die Wertungsjurisprudenz erkennt in ihrer klassischen Ausprägung bei Larenz, Canaris und Diederichsen Rhetorik nur als unfreiwillige Leistung der Gerichte an.¹²⁶ Die Wertungsjurisprudenz fordert deswegen dazu auf, das Recht von der Rhetorik abzuschirmen.¹²⁷ Als Methode könne sie dem Jurist nicht mitteilen, wie er vorzugehen habe,¹²⁸ sie taue vielmehr nur zu einer „apologetischen Disziplin für die zunehmende Usurpierung genuin legislatorischer Machtbefugnisse durch die nicht mit unmittelbarer demokratischer Legitimation ausgestatteten Obergerichte.“¹²⁹

c) Renaissance und Leistungsfähigkeit der Rhetorik Trotz dieser schon klassischen Einwände ist es in jüngster Zeit zu einer Neubelebung der Rhetorik gekommen.¹³⁰ Das hat einerseits mit dem Recht und andererseits mit der

¹²⁰Vgl. dazu ebd., S. 75.

¹²¹Marijan Pavcnik, „Rechtsanwendung“ oder normative Konkretisierung des Gesetzes, in: ARSP 1991, S. 171 ff.

¹²²Vgl. dazu Werner Krawietz, Zum Paradigmenwechsel im Juristischen Methodenstreit, in: ders. (Hrsg.), Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz, Berlin 1979, S. 113 ff., S. 135.

¹²³Vgl. dazu auch die Unterscheidung von epistemischem und thetischem Wissen bei Harald Wohlrapp, Der Begriff des Arguments, Würzburg 2008, S. 47 ff., S. 81 ff.

¹²⁴Vgl. dazu Carolin Weirauch, Juristische Rhetorik, Berlin 2005, S. 33, unter Bezug auf Harald Wohlrapp, Einleitung. Bemerkungen zu Geschichte und Gegenwart der Argumentationstheorie, Zum Anliegen der Hamburger Gruppe und dem Sinn des vorliegenden Bandes, in: ders. (Hrsg.), Wege der Argumentationsforschung, Stuttgart-Bad Cannstatt 1995, S. 9 ff., S. 17.

¹²⁵Vgl. dazu Harald Wohlrapp, Der Begriff des Arguments, Würzburg 2008, S. 17.

¹²⁶Vgl. dazu Uwe Diederichsen, Rechtswissenschaft und Rhetorik, in: Carl Joachim Classen/Heinz-Joachim Müllenbrock (Hrsg.), Die Macht des Wortes. Aspekte gegenwärtiger Rhetorikforschung, Marburg 1992, S. 205 ff.

¹²⁷Ebd., S. 220.

¹²⁸Rainer Lippolt, Noch einmal: Rhetorik und Rechtsanwendung, in: JuS 1982, S. 573 ff., S. 575.

¹²⁹Bernd Schünemann, Die Gesetzesinterpretation im Schnittfeld von Sprachphilosophie, Staatsverfassung und juristischer Methodenlehre, in: G. Kohlmann (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag, Köln 1983, S. 169, S. 174.

¹³⁰Vgl. dazu Josef Kopperschmidt, Neue Rhetorik als Argumentationstheorie, in: H. Vetter/R. Heinrich (Hrsg.), Die Wiederkehr der Rhetorik, Wien/Berlin 1999, S. 93 ff.; Josef Kopper-

Philosophie zu tun.

Beginnen wir mit der Philosophie. Spätestens mit dem Einschnitt der so genannten Postmoderne hat man aufgehört, Philosopheme einfach zu produzieren, ohne das Phänomen der Philosophie selbst in seiner textuellen Bewegung zu verstehen. Die Texte der Philosophie haben danach eine spezifische Form und diese Form wird von den Autoren der Postmoderne rhetorisch gelesen. An die Stelle von Inhalten der untersuchten Texte treten damit linguistische und stilistische Textmomente. Es konstituiert sich damit eine neue Methode, Philosophie zu lesen. Die Vorgehensweise ist dabei nicht mehr die hermeneutische, welche nach einer verborgenen Bedeutung sucht, sondern eine rhetorische, welche den Text produzierenden dynamischen Strukturen untersucht. Dabei ist kennzeichnend, dass der neue Leser nicht außerhalb des Mediums tritt, um den Text von außen oder oberhalb zu beurteilen. Wenn er spricht, dann mit der Sprache des Anderen, einer Sprache, die er nicht entwirft, um eine schon feststehende Wahrheit mitzuteilen, sondern einer Sprache, der er sich unterwirft, um den Feldherrnhügel der Wahrheit wieder in die Bewegung realer Erzählungen aufzulösen. Es geht nun nicht mehr nur um eine hermeneutisch genaue Interpretation der Texte. Es geht um die gestrichenen und ausgelassenen Stellen des Textes. Man will die Strategien freilegen, mit denen der Text seine eigene Aussage dementiert. Die Rhetorik wendet hier die Energien der Philosophie gegen sich selbst.

Auch im Recht finden sich Entwicklungen, welche die Wiederaufnahme der Rhetorik begünstigen. Die immer stärker zunehmende Rechtsproduktion, sowohl auf der Ebene des Gesetzes als auch der Urteile, macht die positivistische Fiktion von transparentem Verstehen immer unplausibler. Der Habitus der ausgebildeten Experten wird durch Uneinheitlichkeit und Verkürzung der Ausbildung immer weniger durch eine einheitliche Kontur geprägt. So widerlegt die Produktion von immer mehr Recht den sie rechtfertigenden Positivismus. Die Entscheidung kann man nicht mehr aus Texten im Wege der Erkenntnis gewinnen, sondern sie verlagert sich ins Verfahren: „Gerichte zitieren Gerichte und binden sich ohne externe Kontrolle an sich selbst. Der Zugang zu der jeweiligen Sondertopik wird elektronisch vermittelt. Rechtsprechung ist online über die juristische Datenbank zugänglich, und bei Eingabe der geeigneten Suchworte erhält jeder juristische Benutzer jene Kette von Verweisen, mit denen er dann seine Begründung schmücken kann. Aber der Schmuck durch Belegstellen, der Zierrat einer einschlägigen Vorentscheidung und die Kette angeblich ständiger Rechtsprechung ergeben weder Bindung noch Überblick. Die Bindung entsteht nur im Verfahren selbst. Dort wird das Gesetz strukturiert.“¹³¹ Die Kenntnis von Rechtsbegriffen

schmidt, Argumentationstheoretische Anfragen an die Rhetorik, in: Zeitschrift für Literaturwissenschaft und Linguistik 1981 (11), S. 44 ff.; grundlegend zur Geschichte des Verhältnisses von Philosophie und Rhetorik Gottfried Gabriel, Logik und Rhetorik der Erkenntnis. Zum Verhältnis von wissenschaftlicher und ästhetischer Weltauffassung, Paderborn 1997, sowie Richard Ratzsch, Überreden versus Überzeugen. Rhetorik versus Philosophie, in: Dialektik 1999/1, S. 53 ff.

¹³¹Thomas Michael Seibert, O tempora, o mores. Juristische Rhetorik im 21. Jahrhundert, in: Manfred Beetz/Joachim Dyck/Wolfgang Neuber/Gert Ueding (Hrsg.), Rhetorik, Band 21, Neue Tendenzen der Rhetorikforschung, S. 67 ff., S. 74.

und der Regeln juristischer Auslegung ist heute nicht mehr ausreichend, um die Produktion von Recht nachzuvollziehen. Man muss vielmehr Fälle erzählen können und sie verbinden zu Fallketten. Denn in diesen Fällen und nicht in den Begriffen findet man den Weg zum Recht. Dabei zeigt sich dann aber auch, dass das Recht als unparteiischer und neutraler Dritter ausfällt.¹³² Von der Norm bleibt nur eine Spur, indem sie das Gebiet semantischer Kämpfe absteckt, ohne dass sie noch die Kraft hätte, diese Kämpfe zu entscheiden. Dazu bedarf es schon des ganzen Verfahrens, worin die Norm in eine erst zu interpretierende Richtung wirkt: „Auf diese Weise kommt Gewaltsames in die rechtliche Beurteilung der dritten Gewalt, etwas, das zuletzt Jacques Derrida in seiner Relektüre der Benjamin’schen Kritik der Gewalt hervorgeholt und zutage gefördert hat. Die Setzung ist Erhaltung, sie will in dem Moment, in dem sie einen Namen gibt, die Wiederholung aller Namensgebungen für sich beanspruchen.“¹³³

2. Rhetorische Feldforschung

Die Rhetorik ist Anregung für eine Art von Textanalyse gerichtlicher Urteile, welche die Grenzen der Inhaltsanalyse überschreitet. Sie will komplexe Phänomene erfassen, die sich nicht einfach auf der Textoberfläche beobachten lassen. So ist zum Beispiel Ironie ein Textereignis, was meist nicht durch entsprechende Marker gekennzeichnet ist. Man muss dafür zwischen den Zeilen lesen. Diese Komplexität macht solche Phänomene für eine Inhaltsanalyse schwer zu erfassen. Dies gilt generell für alle Sprachphänomene, die einen ästhetischen Mehrwert realisieren. Ein rein quantifizierendes Vorgehen muss die Kontexte vernachlässigen, die für das Verstehen komplexer Bedeutungsstrukturen entscheidend sind.¹³⁴ Schon in den 70er Jahren haben neomarxistische Medienwissenschaftler Beispiele aufgezeigt, die sich einem Auszählen entziehen. Diese sind vor allem übergreifende Sinnmuster und im Text latent gehaltene Strukturen. In der 80er/90er Jahren haben sich unterschiedliche Formen qualitativer Inhaltsanalysen entwickelt, wie Ritual- und Frameforschung, sowie Diskursanalysen und auch rhetorische Inhaltsanalysen. Der Schwerpunkt verschiebt sich damit vom Zerlegen der Texte in Elemente und deren Auszählung zum Verstehen.

In der Jurisprudenz hat der Hagener Ansatz die rhetorische Analyse von Texten entwickelt und erprobt.

Die Analyse von Urteilsbegründungen im Hagener Ansatz wurde dadurch vollzogen, dass Codierter Text-Ereignisse vorgegebenen Kategorien zuwiesen. Hier werden quantitativ-empirische Elemente des Auszählens von Textelementen als auch qualitative Verstehensprozesse von textuellen Makrostrukturen miteinander verbunden. Damit macht sich der Ansatz natürlich angreifbar, weil das Auszählen sehr stark vom Verstehen abhängt und somit ein gewisses Risiko von Willkür

¹³²Vgl. dazu ebd., S. 80.

¹³³Ebd., S. 83.

¹³⁴Vgl. dazu Heinz Bonfadelli, Medieninhaltsforschung, Konstanz 2002, S. 54.

bildet.¹³⁵ Die Stärke des Ansatzes liegt aber darin, dass er methodisches Neuland betritt. Er wildert im umstrittenen Niemandsland zwischen Rechtswissenschaft, Soziologie, Literaturwissenschaft und Medienwissenschaft. Erst wenn die Analyse vollständig durchgeführt ist, wird man die Regeln dessen kennen, was getan sein wird. Das Abweichen von den herkömmlichen Regeln empirischer Erhebungen lässt sich nicht ableugnen. Aber es lässt sich eben verstehen aus der komplexen Aufgabe der Analyse.

Ziel ist die herkömmliche Verkürzung im Verständnis von Urteilsbegründungen aufzuheben, wie es sich vor allem im logizistischen Ansatz von Koch/Alexy usw. zeigt. Mit den rhetorischen Strukturen soll die den Text produzierende dynamische Schicht erschlossen werden. Man kann nicht sagen, dass diese Aufgabe von vornherein unmöglich zu erfüllen ist, aber schon weit vor dem Horizont beginnt der steile Aufstieg zu einem großen Gebirge von Schwierigkeiten. Das Basislager wird in der 92er Studie angelegt. Darin soll ein theoretischer Apparat entwickelt werden, der die Seiten der Urteilsbegründungen erfassen kann, die im herrschenden Selbstverständnis nicht vorkommen. Dazu wird die argumentative Seite von Texten ihrer emotionalen gegenübergestellt. Die argumentative Seite erfasst in Begründungen die Enthymeme, die emotionale Seite wird über rhetorische Figuren erfasst, von denen dreißig der rhetorischen Tradition entnommen wurden, um das Vorverständnis begrifflich zu fixieren. Aus der Analyse ergibt sich, dass in den Texten des Bundesverfassungsgerichts ein gemeinsames Muster rhetorischer Intensität sichtbar wird, welches sich in Kurven darstellen lässt.

In der 95er Studie wird die Presseberichterstattung über Psychopharmaka untersucht. Dort wird gezeigt, dass ein Text, welcher Stilmittel verwendet, weniger argumentieren muss. Demnach sind also Argumente und Stilfiguren Unterfälle von Überzeugungsmitteln.

In einem weiteren Schritt wird dann Logos und Pathos von Ethos ergänzt: „Die Einübungen ins Angemessene verlangt nicht nur ein Verstandstraining, sondern eine Schule der Gefühle (...). Nicht nur Kognition entscheidet, sondern auch Moral und Tradition, Ästhetik und Emotion. Dieses Zusammenspiel erfasst Aristoteles mit der Trias ‚Logos-Ethos-Pathos‘.“¹³⁶ Der Begriff Argument soll dabei im Rahmen des Logos sehr weit verstanden werden: „Als Logos-Argument gelten Aussagen oder Andeutungen, die man (...) nach dem Schema formulieren könnte ‚das ist so, weil‘ (...). Außerdem muss bei dieser Konstruktion – x, weil X – das begründende X zum behauptenden x als die weitere Begrifflichkeit erscheinen, etwa wie sich eine Regel (...) zu einer Einzelgegebenheit verhält.“¹³⁷ Die Kategorie

¹³⁵Vgl. dazu Harald Wohlrapp, Argumente stehen in einem Text nicht wie Gänseblumen in der Wiese herum. Eine Kritik an Katharina Sobotas empirischer Rechtstextanalyse, in: Kent Lerch (Hrsg.), Die Sprache des Rechts, Band 2: Recht verhandeln, Berlin 2005, S. 549 ff.

¹³⁶Katharina Sobota, Argumente und stilistische Überzeugungsmittel in Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. Eine Rhetorik-Analyse auf empirischer Grundlage, in: Jahrbuch Rhetorik 15 (1996), S. 115 ff, S. 118.

¹³⁷Katharina Sobota, Argumente und stilistische Überzeugungsmittel in Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. Eine Rhetorik-Analyse auf empirischer Grundlage, in: Jahrbuch

Ethos bezieht sich dagegen auf Begründungselemente, welche den Zusammenhang zur Tradition herstellen wie Autoritätsargumente und Quellenangaben. Der wichtigste Zusammenhang zwischen diesen beiden Größen ist, „dass Logos und Ethos zu Pathos in einem reziproken Verhältnis stehen: Viel Pathos – wenig Logos, wenig Pathos – viel Logos. Für den Einsatz von Ethos gilt dies mit der Maßgabe, dass nicht nur Pathos, sondern auch Logos den Verweis auf Autoritäten und Quellen entbehrlich macht.“¹³⁸

a) Die Dimension des Pathos Pathos ist die Bezeichnung für die der Tradition entnommenen rhetorischen Figuren. Dazu zählen Alliteration, Inversion, Metapher und auch Figuren wie Differenzierung (einerseits – andererseits), Restrictio (zwar – aber) und Polarisierung (These – Gegenthese). Insgesamt werden zunächst dreißig und später siebenunddreißig Figuren aus der rhetorischen Tradition herangezogen, um Pathos zu operationalisieren. Schwierigkeiten liegen hier einerseits in der Heterogenität der rhetorischen Tradition und andererseits in der Zweckbestimmung solcher klassischen Sammlungen. Sie dienten einst dazu, die sprachlichen Möglichkeiten der Redner zu steigern und seine Sprachkompetenz auszuarbeiten. Allerdings wurden sie nicht als Instrument zur Analyse von Texten oder Medien ausgearbeitet. Wenn man sie dafür verwenden will, bedürfen sie einer Umformung: „Rhetorische Figuren sind stilistische Auffälligkeiten, die man nach einer handlichen Formel findet: Hätte man das nicht auch einfacher oder gewöhnlicher ausdrücken können? Dabei ist vom allgemeinen Sprachgebrauch auszugehen. Daraus ergab sich für die textauswertenden Mitarbeiter des Forschungsprojekts (Codierer) folgende Aufgabe: Sie mussten bei einer satzweisen Analyse der Entscheidungen stilistische Auffälligkeiten auffinden, einem Figurtyp zuordnen sowie die Intensität (also den Grad der Wirkung auf den Leser) und das Analyseergebnis tabellarisch festhalten.“¹³⁹ Es werden damit neben Lautfiguren wie Alliteration, Sinnfiguren wie die Metapher und Handlungsfiguren wie die rhetorische Frage gestellt. Gemeinsam ist dieser zunächst heterogenen Gruppe, dass sie erkennbar sein sollen durch ihre stilistische Abweichung vom allgemeinen Sprachgebrauch. Durch diese Anweisung gelangen wir aber in methodische Schwierigkeiten, die auch schon im logizistischen Ansatz sichtbar waren. Es stellt sich die Frage, wie dieser allgemeine Sprachgebrauch bestimmt werden kann.

Die geschilderte Gegenüberstellung von Logik und Rhetorik setzt voraus, dass man sprachlich zwischen Begriff und Metapher und damit zwischen eigentlichem und übertragenem Sprachgebrauch unterscheiden kann. Aristoteles definiert die Metapher folgendermaßen: „Eine Metapher ist die Übertragung eines Wortes, das somit in uneigentlicher Bedeutung verwendet wird, und zwar entweder von der Gattung auf die Art oder von der Art auf die Gattung, oder von einer Art

Rhetorik 15 (1996), S. 120.

¹³⁸Katharina Sobota, Argumente und stilistische Überzeugungsmittel in Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. Eine Rhetorik-Analyse auf empirischer Grundlage, in: Jahrbuch Rhetorik 15 (1996), S. 123.

¹³⁹Katharina Gräfin von Schlieffen, Zur topisch-pathetischen Ordnung juristischen Denkens, in: Kent Lerch (Hrsg.), Die Sprache des Rechts. Band 2, Recht verhandeln, Berlin 2005, S. 405 ff., S. 410.

auf die andere, oder nach Regeln der Analogie.“¹⁴⁰ Nach diesem aristotelischen Muster legt man auch in der heutigen Rhetorik die Figuren von Metonymie, Synekdoche und das gesamte Sprechen mit Stilfiguren als uneigentliches Sprechen im Gegensatz zur Normalsprache fest. Diese ganze Opposition von Normalsprache und Stilfiguren setzt aber voraus, was die rhetorische Rechtstheorie gerade bekämpfen will: Die Vorstellung nämlich, dass es zu einem Zeichen genau eine Bedeutung gibt. In der rhetorischen Tradition zeigt sich dies in der Lehre vom eigentlichen Wort, dem *verbum probrium*. Quine bezeichnet diese Auffassung als Museumsmythos, weil man davon ausgeht, dass es zu einem Wort genau einen Gegenstand gibt, den es bezeichnet und ihm damit aufklebt, wie ein Schild dem Ausstellungsgegenstand. Eine Metapher entsteht dann dadurch, dass man das Schild auf einen anderen Gegenstand klebt. Daraus erklärt sich auch das Misstrauen der Philosophie dieser Figur gegenüber. Die Verwendung der Metapher ist uneigentliches Reden. Das kann dem Schmuck der Rede dienen, aber meistens wird es nur zur Verwirrung führen. Eine Aufgabe, welche Philosophie und Wissenschaft gern an die Kunst delegieren, in ihrem eigenen Bereich aber vermeiden wollen.

Mit der im 20. Jahrhundert entwickelten Kritik am Repräsentationsmodell der Sprache verliert die herkömmliche Theorie der Metapher ihre Grundlage. Wenn es keinen ursprünglichen Ort für die Bedeutung gibt, kann diese auch nicht in andere Kontexte übertragen werden. Deswegen sagt Derrida von der Metapher, sie ziehe „sich zurück von der Szene der Welt, sie entzieht sich ihr Moment ihrer übermäßigen Ausbreitung, im Augenblick, in dem sie jede Grenze überschreitet.“¹⁴¹ Das heißt also, in dem Moment, wo man alles als metaphorisch begreift und keine wörtliche Bedeutung mehr als Gegenpol hat, verschwindet auch die Metapher.¹⁴² Eine allgemeine Metaphorologie der Philosophie ist damit nicht möglich, denn „die Metapher bleibt in allen ihren wesentlichen Zügen ein klassisches Philosophem, ein metaphysischer Begriff.“¹⁴³ Man kann der Metaphysik keinen Begriff entgegenstellen, sondern nur eine textuelle Arbeit und eine andere Verkettung. Eine Beschreibung aller philosophischen Metaphern muss diesen Begriff also selbst umfassen, denn der Begriff ist „hervorgegangen aus einem Netz von Philosophemen, die selbst Tropen entsprechen oder rhetorischen Figuren.“¹⁴⁴ Der grundlegende Begriff müsste damit selbst zu dem Gebiet gehören, das er umfassen will: „Diese zusätzliche Metapher, die außerhalb des Feldes bleibt, das sie zu umschreiben erlaubt, entzieht sich oder abstrahiert sich diesem Feld, subtrahiert sich also als eine Metapher weniger.“¹⁴⁵ Die Rhetorik kann sich von dieser Determination durch die Philosophie nur in Ausnahmefällen freimachen, etwa in der Katachrese, indem sie die Beziehung zwischen zwei Verwendungen bewusst verfremdet. Weder die Philosophie noch die Rhetorik

¹⁴⁰ Aristoteles, *Poetik*, 1457 b.

¹⁴¹ Jacques Derrida, *Der Entzug der Metapher*, in: Anselm Haverkamp (Hrsg.), *Die paradoxe Metapher*, Frankfurt am Main 1998, S. 197, S. 199 f.

¹⁴² Vgl. dazu ebd.

¹⁴³ Jacques Derrida, *Genése et structure*, S. 261.

¹⁴⁴ Jacques Derrida, *Mythologie blanche*, S. 261.

¹⁴⁵ Ebd., S. 273.

können damit das Meer der Sprache beherrschen.

Es genügt also nicht, die philosophische Hierarchie von wörtlicher Bedeutung und Metapher einfach umzukehren, indem man Wörtlichkeit zur vergessenen Metapher macht. Man muss vielmehr die Grenze passierbar machen, so dass die Unterscheidung zur strategisch praktischen wird. Metaphern verblassen sehr langsam, und ob sie schon tot sind oder gerade noch im Sterben begriffen sind, ist häufig schwer zu bestimmen. Das ist dem Hagener Ansatz entgegengehalten worden. Richtig daran ist, dass wir die Unterscheidung von Wörtlichkeit und Metapher nicht einfach voraussetzen können, sondern sie argumentativ begründen müssen. Überzogen wäre die Kritik, wenn sie annehmen würde, das wäre prinzipiell nicht möglich.

Wie könnte eine solche Begründung aussehen? Wenn man für die Erklärung den postanalytischen Stand der Sprachphilosophie heranzieht, wird die Möglichkeit einer Erklärung sichtbar. In der Triangulation von Sprecher, Hörer und Welt lässt sich ihr Funktionieren verstehen. Man könnte die Unterscheidung von ernsthaftem und übertragen ästhetischem Sprachgebrauch wie folgt durchführen: Bei nicht-metaphorischen Aussagen „soll automatisch interpretiert werden, man soll die routinemäßigen Verknüpfungen mit anderen Prädikationen herstellen und alle routinemäßigen Evidenzen und Folgerungen als für die Prädikation einschlägig ansehen. Die metaphorische Aussage wird als wahr hingestellt, aber das automatische, routinemäßige Verfahren der Interpretation soll nicht befolgt werden. Die metaphorische Aussage will, dass eine Reihe üblicher Verknüpfungen und Verallgemeinerungen suspendiert wird. Die metaphorische Aussage behauptet, dass das Prädikat wirklich auf den Gegenstand zutrifft, dass aber einige andere Prädikate, die mit ihm oft verknüpft sind, im gegebenen Fall nicht zutreffen.“¹⁴⁶

Wie findet man dann aber heraus, welche Prädikate man behalten und welche man suspendieren soll? Das ist kein Problem, welches sich ein für allemal lösen lässt: „Man kann die Interpretation einer Metapher mit einer durch neue Daten erzwungenen Revision einer wissenschaftlichen Theorie vergleichen. Genauso wie es keine Regeln und keine Algorithmen für die wissenschaftliche Theoriebildung gibt, so gibt es keinen Algorithmus für die Interpretation von Metaphern. In beiden Situationen haben wir ‚widerspenstige Daten‘, die darauf drängen, Teil unseres Denkens zu werden.“¹⁴⁷ Die Interpretation nicht-metaphorischer Äußerungen ist also routinemäßig und folgt den bekannten Mustern. Bei einer lebendigen Metapher brauchen wir dagegen einen kreativen Vorschlag, um die Äußerungen in unsere holistisch zu verstehende Interpretation einzubauen. Prädikation und Figuration lässt sich immer nur relativ unterscheiden: „Die allerelementarsten Prädikationen sind tote Metaphern, Metaphern vielleicht kraft ihrer Etymologie. Ein Kontinuum verbindet die exotischste Metapher mit der grundlegendsten

¹⁴⁶Samuel C. Wheeler, *Metapher nach Davidson und de Man*, in: Anselm Haverkamp, *Die paradoxe Metapher*, Frankfurt am Main 1998, S. 123 ff., S. 149.

¹⁴⁷Ebd., S. 155.

sprachlichen Operation.“¹⁴⁸ Damit ist die Unterscheidung von figurativer und anderer Redeweise prinzipiell möglich, aber immer begründungsbedürftig. Das Auszählen empirischer Elemente ist in diesem Bereich sehr voraussetzungsvoll. Wenn man nun eine Textanalyse durchführen will, braucht man natürlich Indizien, um überhaupt etwas auszählen zu können. Nun gibt es für solche komplexe Bedeutungsschichten eines Textes nicht immer eindeutige Markierungen auf der Textoberfläche. Es bedarf hier also eines großen interpretatorischen und hermeneutischen Aufwands, um eine Zuordnung zu begründen. Dabei wird häufig Intuition und der Kontext einen Anhaltspunkt liefern. Denn wir haben eine prinzipiell in jedem Einzelfall zu rechtfertigende Unterscheidung zwischen den Polen eines Kontinuums. Deswegen spricht der Hagerer Ansatz wohl zu Recht von qualitativen im Unterschied zu quantitativen Ergebnissen. Mit der Einschränkung eines starken interpretativen Anteils liefert die Analyse aber doch interessante Ergebnisse. Zunächst ist die Verwendung rhetorischer Figuren in gerichtlichen Begründungen regelmäßig anzutreffen. Es ergibt sich sogar ein habituell feststehender Anteil von Rhetorik in Urteilsbegründungen. Man kann dann auch feststellen, dass dieser zwischen Verwaltungsgericht und Bundesverfassungsgericht variiert. Interessant ist auch der Umstand, dass sich an den entscheidenden Stellen des Textes der so genannte Pathos-Wert steigert.

b) Die Dimension von Logos und Ethos Nach den Projektkriterien des Hagerer Ansatzes zielt Pathos auf das Herz des Adressaten und Logos auf dessen Verstand. Als Ethos bezeichnet die rhetorische Analyse Autoritätsargumente und Quellenangaben. Klassisch ist der Ethos der Bezug auf das Gemeinschaftsgefühl, das heißt auf gemeinsame Sitten, Institutionen oder Wertvorstellungen. Gegenstand des Logos ist das Argument, was als Enthymem bestimmt wird. Darunter versteht man eine zweigliedrige Beziehung zwischen Behauptung und Stütze im Unterschied zum dreigliedrigen Syllogismus. Das Enthymem ist dabei nicht einfach der unvollständige Syllogismus, vielmehr gilt umgekehrt: „Das Enthymem ist kein verkürzter Syllogismus. Zu vermuten ist vielmehr, dass er als einfache, zweigliedrige, handlungsbezogene Stützung die Grundform aller Argumentation ist. (...) Der Syllogismus ist ein elaboriertes Enthymem.“¹⁴⁹

Zwar kann man durch Aufwendung von sehr viel Interpretation versuchen, aus zweigliedrigen Ketten dreigliedrige zu machen. Aber es gelingt nur da, wo vom Gericht als Grund eine Regel angegeben wird. Wenn dagegen ein Einzelfall als Grund auftritt, muss die Umformung in einen Syllogismus scheitern. Selbst wenn sich aber eine solche Regel finden lässt, muss man bei genauer Betrachtung ganze Kaskaden von Ableitungen unterstellen. Diese Kaskaden treten vor allem auf, wenn der Kommunikationspartner Zweifel am genannten Grund anmeldet: „In diesem Fall eröffnen sich, situativ bestimmt, (...) eine Folge juristischer Lehrsätze, Regeln, herrschende Meinungen, Prinzipien oder andere Endoxa, welche die

¹⁴⁸Ebd., S. 160.

¹⁴⁹Katharina Gräfin von Schlieffen, Zur topisch-pathetischen Ordnung juristischen Denkens, in: Kent Lerch (Hrsg.), Die Sprache des Rechts. Band 2, Recht verhandeln, Berlin 2005, S. 423.

Behauptung implizit ‚im Hintergrund‘ legitimieren. Die Struktur, nach der Argumentation auf diese Weise vervollständigt wird, ist aber nicht syllogistisch und axiomatisch. Vielmehr geht es darum, problemorientiert Meinungen mit Meinungen zu stützen.“¹⁵⁰

Hier wird die pragmatische Dimension des Argumentierens sichtbar, welche von der herrschenden Sicht des Logizismus verkannt wird. Danach muss sich in einer Begründung prinzipiell jede Stufe als Satz in einem logischen Schema explizieren lassen. Die erste Schwierigkeit liegt schon darin, dass die Zahl der denkbaren Stufen unendlich ist. Kleinteiliger kann man immer werden, und ebenso sind die möglichen Verknüpfungen des Problems mit anderen Fragen nur pragmatisch durch die Diskussionsteilnehmer einzugrenzen. Der rhetorische Ansatz stellt deswegen zu Recht fest, dass alle Versuche, mit Hilfe des klassischen Syllogismus Argumentationsanalysen durchzuführen, gescheitert sind.¹⁵¹ Die Gründe dafür sind prinzipieller Art. Es fehlt dem logizistischen Ansatz ein Begriff von Argument. Er will sich, wie bei Koch und anderen gezeigt, auf eine von der Pragmatik abgetrennte Semantik verlassen und scheitert daran, diese aufzuweisen. Zu Recht merkt der rhetorische Ansatz an, dass man auf der pragmatischen Ebene ansetzen muss, um die Semantik überhaupt in den Blick zu bekommen. Argumente gibt es nur, wenn Menschen versuchen, ein Orientierungsproblem zu lösen. Ohne dieses Problem gibt es keine Argumente. Im Recht wäre dies ein Problem normativer Orientierung: Man weiß in einem Fall nicht, was rechtens ist. Meistens wird darüber sogar gestritten, und es gibt gegenläufige Vorstellungen davon.

Erst aus diesen pragmatischen Vorgaben heraus lässt sich ein Begriff des Arguments bilden. Argumente bauen Brücken über eine Lücke in unserem sicheren Wissen. Wenn man außerdem berücksichtigt, dass in jedem praktischen Verfahren um Recht gestritten wird, sieht man auch schnell, dass Argumente nicht auf Gründe reduziert werden können. Das Recht wird in einem streitigen Verfahren geschaffen und bildet sich über das Abarbeiten von Einwänden. Bisher wurden in der Analyse juristischer Argumentation immer nur Begründungen betrachtet. Das ist aber nur der Anfang dessen, was Juristen tun. Die Einwände als produktives Moment der Rechtserzeugung hat bisher einzig die juristische Rhetorik untersucht.¹⁵² Auch die Begründung, die am Ende unter dem Tenor des Urteils steht, kann in ihrer Struktur nur verstanden werden, wenn man sie als Produkt des Abarbeitens von Einwänden sieht.

Ein weiteres pragmatisches Element für die Bestimmung des Argumentbegriffs ergibt sich ebenfalls aus der Problemstellung: Ungewissheit soll im Wege der Argumentation beseitigt werden. Das vorhandene Wissen reicht eben zur Lösung nicht aus. Statt dessen soll das Fegefeuer der Argumentation erst eine tragfähige

¹⁵⁰Katharina Gräfin von Schlieffen, *Wie Juristen begründen*, in: JZ 2011, S. 109 ff., S. 113.

¹⁵¹Vgl. dazu Katharina Gräfin von Schlieffen, *Zur topisch-pathetischen Ordnung juristischen Denkens. Resultate empirischer Rhetorikforschung*, in: Kent Lerch (Hrsg.), *Die Sprache des Rechts*, Band 2, *Recht verhandeln*, Berlin 2005, S. 405 ff., S. 425.

¹⁵²Vgl. dazu Wolfgang Gast, *Juristische Rhetorik*, 4. Aufl., Heidelberg 2006, S. 321 ff.

Grundlage schaffen. Alle Argumente sind damit auf den Versuch gerichtet, eine These als wahr oder gültig auszuweisen. Die Rationalität eines Textes liegt also nicht in seiner logischen Form, sondern darin, dass es einen Problemlösungsbezug gibt. Für das normative Orientierungsproblem, mit dem sich das Gericht beschäftigen muss, gibt es von den streitenden Parteien gegenläufige Lösungsvorschläge. Die Gewissheit des einen Vorschlags wird von der Gewissheit des anderen durchkreuzt. Deswegen muss jede Lösung die vorhandenen Einwände bearbeiten. Daraus ergibt sich der Gesamtbezug des Einzelarguments und außerdem sein Bezug auf Gegenvorschläge.

Die Argumente haben aber nicht nur untereinander Bezug, sondern sie sind vor allem für die Lösung des normativen Orientierungsproblems entwickelt. Jeder einzelne Schritt beansprucht, einen gültigen Lösungsvorschlag zu machen: „Ein Argument ist ein beliebiger, kleinerer oder größerer Teil einer Argumentation, welcher eine identifizierbare Funktion innerhalb des Erweises der Geltung oder Nichtgeltung der These hat. Ein Argument kann also irgendein Schritt in der Argumentation sein, aber auch eine Gruppe von mehreren Schritten, wenn sie zusammengenommen eine einheitliche Funktion – zum Beispiel einen Einwand auszuräumen – haben.“¹⁵³

Ein solcher pragmatischer Argumentbegriff fehlt uns vorläufig noch, und der rhetorische Ansatz stellt zu Recht fest, dass das logizistische PPC-Schema dafür nicht geeignet ist.

c) Der Zusammenhang von Logos und Pathos Die Einschätzung, dass Pathos und Logos umgekehrt reziprok sind, bedarf einer Überprüfung: „Wo es viele Figuren gibt, wird wenig argumentiert (und umgekehrt).“¹⁵⁴ Diese Einschätzung hängt von dem dabei verwendeten Logos-Begriff ab.

Bei Aristoteles sind Logos, Ethos und Pathos noch drei mögliche Dimensionen des Sprechens. Sie sind nicht voneinander isoliert wie in der Sprechakttheorie die einzelnen Sprechakte. Der Hagener Ansatz stellt Logos und Pathos dagegen als Alternativen dar. An den kritischen Punkten von Urteilsbegründen tritt Pathos an die Stelle von Logos. Diese Behauptung schießt über ihr Ziel hinaus. Auch und gerade an den kritischen Punkten einer Begründung wird argumentiert. Aber nicht so nüchtern und rational, wie es der logizistische Ansatz gerne hätte. Es wird vielmehr argumentiert mit Pathos. Diese Besonderheit sieht der Hagener Ansatz vollkommen richtig. Nur sollte er sich vom Logizismus den Argumentbegriff nicht aus der Hand schlagen lassen. Daher ist es plausibel, die drei Dimensionen nicht als eigene Sprechakte zu nehmen, sondern als Textereignisse, die in einer dieser Dimensionen ihren Schwerpunkt haben.

Der Informationsgehalt, die stilistische Ausarbeitung und der Bezug auf eine Tradition sind damit im Verstehen immer und notwendig miteinander verbunden.

¹⁵³Harald Wohlrapp, *Der Begriff des Arguments*, Würzburg 2008, S. 192.

¹⁵⁴Katharina Gräfin von Schlieffen, *Zur topisch-pathetischen Ordnung juristischen Denkens*, in: Kent Lerch (Hrsg.), *Die Sprache des Rechts*. Band 2, *Recht verhandeln*, Berlin 2005, S. 420.

Es kann daher also nicht um eine Gegenüberstellung von Logos, Ethos und Pathos gehen, sondern nur um eine Schwerpunktbildung.

Pathos dagegen tritt im Hagener Ansatz als eigene Kategorie auf. Es handelt sich dabei um „nicht-argumentative Stilmittel“ oder auch „Überzeugungsmittel, die nach den modernen, rationalistischen Rechtstheorien tabu sind.“¹⁵⁵ Gibt es also zwei Klassen von Überzeugungsmitteln, Pathos und Logos, oder gibt es nur Argumente, die ihren Schwerpunkt entweder bei Pathos oder Logos haben? Der Gegensatz von Logos und Pathos sitzt auf der herkömmlichen Unterscheidung von Überzeugen und Überreden auf. Logos ist das Mittel zur Herstellung von Überzeugung, Pathos dagegen ein Mittel des Überredens. Mit dieser Opposition geht es uns ähnlich wie mit der Opposition zwischen wörtlicher Bedeutung und Metapher. Es ist keine absolute Unterscheidung, sondern eine relative für bestimmte Zwecke. Das oberflächliche Akzeptieren einer Theorie soll damit unterschieden werden von der geprüften Übernahme, die faktische Zustimmung von der kritischen oder auch einer, die in einer idealen Sprechsituation standhalten könnte usw. Aber ist die Zustimmung ein Kriterium für die Beurteilung von Argumenten? Über die Zustimmung des Opponenten oder eines Auditoriums wird sich der Redner freuen. Die Zustimmung kann auch einen wichtigen und praktischen Erfolg darstellen. Aber bedeutet sie auch, dass meine These Vertrauen verdient? Jedenfalls ist Zustimmung kein hinreichendes Kriterium dafür, dass meine Theorie richtig ist. Selbst als notwendige Bedingung taugt das Kriterium der Zustimmung nicht. Denn ihre Verweigerung kann einfach daraus resultieren, dass der Adressat von komplexen Zusammenhängen überfordert ist. Wie verhalten sich also Zustimmung und Einsicht zueinander? Einsicht wird sehr häufig Zustimmung auslösen, aber umgekehrt braucht nicht jede Zustimmung auf Einsicht zu beruhen.

Können wir also die Richtigkeit von Einsichten an der subjektiven Seite unseres Erlebens erkennen? Dann könnte man sagen, Logos löst Einsicht aus, Ethos über Autorität dagegen Zustimmung. Diese subjektive Unterschied ist sicher vorhanden. Die Einteilung ist also durchaus unter dem Gesichtspunkt des Subjekts gerechtfertigt. Aber diese Unterscheidung taugt eben nur vom Subjekt her. Um ein Argument zu beurteilen, muss ich mich von dieser subjektiven Seite lösen. Schon Aristoteles hat sich mit dem Zweck, die geprüfte Einsicht von der oberflächlichen Zustimmung zu unterscheiden, nicht dem Subjekt, sondern der Argumentation zugewandt und erstmals in der Philosophie eine Theorie argumentativer Fallazien entwickelt. Es gibt keinen zwingenden Weg von Gründen zur Einsicht. Die Einsicht ist ein spontaner Vorgang, der sich nicht erzwingen lässt. Deswegen muss man das Kriterium im Bereich der Argumente finden. Wenn ich bei Lücken im sicheren Wissen einer neuen These vertrauen muss, liegt ein wichtiges Kriterium dafür in dem Umstand, ob sie auf der Hand liegende Einwände entkräften kann. Wenn sie das nicht kann, will ich mich nicht darauf verlassen müssen. Deswegen sollte man Argumente nicht von der subjektiven Seite her einteilen, sondern von der objektiven Seite ihrer argumentativen Rolle

¹⁵⁵Sobota, 1996, S. 121.

her. Also danach was sie leisten, um das vorliegende Orientierungsproblem zu lösen. Es geht um den Stand der Argumente, nicht um den Stand des Bewusstseins. Davon ausgehend kann es bei Pathos, Logos und Ethos nicht um klar zu unterscheidende Sprechakte gehen, sondern nur darum, dass bei einem Element der Argumentationsstrategie der Schwerpunkt bei einem dieser drei Elemente zu finden ist.

3. Die Leistung der rhetorischen Analyse

Der rhetorische Ansatz erlaubt zunächst den Einsatz von Pathos und Logos sowohl zeitlich als auch strukturell zu erfassen: „Der Einsatz von Logos und Pathos wird in der Zeitdimension der textlichen Entwicklung grafisch-quantitativ in Gestalt von zwei Kurven dargestellt (Rhetorisches Seismogramm). Das Verhältnis der Kurven zueinander kann beschrieben und berechnet werden; im Vordergrund steht jedoch die illustrative und heuristische Funktion.“¹⁵⁶ Die Kurve hat also die Funktion, das sichtbar zu machen, was der logizistische Ansatz bei seiner Suche nach dem PPC-Schema übersieht. Daneben wird aber auch ein Strukturbaum erarbeitet, der den Zusammenhang räumlich erfassen soll: „Will man die Struktur einer Argumentation als statisches Gesamtbild, ggf. mit einer Vielzahl inhaltlicher Details überblicken, eignen sich die Stützungsbäume. Sie sind nicht nur Medium der Rekonstruktion der Enthymeme, sondern erscheinen auch als idealer Hintergrund, um kritisch oder didaktisch über eine Begründung zu diskutieren.“¹⁵⁷

a) Lücken im juristischen Wissen Im Unterschied zum Münchner Ansatz und der im Recht verschiedentlich durchgeführten Inhaltsanalysen hat die rhetorische Analyse erst einmal Abstand genommen von der Innensicht der handelnden Juristen. Die Einteilung erfolgte also nicht von den vorgegebenen Kategorien der juristischen Methodik her, sondern von den Figuren der klassischen Rhetorik aus. Zwar ist die juristische Methodik traditionell der Bereich, innerhalb welchem das Recht seine eigene Vorgehensweise einer aufsteigenden Selbstreflexion unterzieht, aber in dieser Selbstreflexion mag es blinde Flecken geben, so dass eine Verfremdung bisher Unbedachtes sichtbar machen kann: „Gerichte argumentieren kaum mit dem Gesetz, häufiger mit juristischen Lehrsätzen. Die Hauptlast fachgerichtlicher Begründungen tragen rechtliche und tatsächliche Einzelfallaussagen. Ergänzt wird dieser Komplex durch ein Bündel Alltagsargumente und generalisierter Einzelmeinungen sowie durch Ethos-Stützen in Gestalt von Autoritäts- und Quellenverweisen. Dies wirkt nicht rechtswissenschaftlich, sondern wie eine rechtskluge (jurisprudenzielle) Anreicherung mit Gesichtspunkten aus der konkreten rechtlichen Situation und dem allgemeinen Leben.“¹⁵⁸ Jetzt wäre natürlich in der Fortführung der Analyse interessant, wo-

¹⁵⁶Katharina Gräfin von Schlieffen, Zur topisch-pathetischen Ordnung juristischen Denkens. Resultate empirischer Rhetorikforschung, in: Kent Lerch (Hrsg.), Die Sprache des Rechts, Band 2, Recht verhandeln, Berlin 2005, S. 428.

¹⁵⁷Katharina Gräfin von Schlieffen, ebd., S. 428 f.

¹⁵⁸Katharina Gräfin von Schlieffen, ebd., S. 432.

rum genau es sich bei diesen rechtlichen Einzelaussagen handelt. Geht es um Ergebnisse der Anwendung von Auslegungsregeln, beruhen sie auf der Systematik des Gesetzes oder sind es normgelöste dogmatische Aussagen? Der Hagener Ansatz führt dazu Folgendes aus: „Ein Befund, der weiterer Diskussion bedarf, ist der hohe Anteil an Stützen, die vom Verfasser als rechtliche Allgemeinaussagen vorgestellt werden, aber nicht zu den Lehrsätzen zu zählen sind. Stattdessen handelt es sich um Aussagen, die nicht zum Repertoire der juristischen Regeln gehören und sich auch nicht aus ihnen ergeben.“¹⁵⁹ Es stellt sich damit auch die Frage, ob neue Regeln sichtbar werden, die von dem herkömmlichen Kanon der juristischen Methodik nicht oder nur am Rande erfasst werden. An dieser Stelle wäre eine Überprüfung unter Heranziehung der Auslegungsregeln als Kontrolluntersuchung sehr nützlich. Aber schon jetzt steht als wichtige Beobachtung fest, dass „das Gericht ad hoc eine Rechtsregel ausdenkt, die gut auf den Fall passt, von der die Fachgemeinschaft aber noch nie etwas gehört hat und, würde sie davon Kenntnis nehmen, nur ihre mangelnde Konsistenz mit anderen Regeln feststellen könnte. Derartige, wie man sieht, keineswegs außergewöhnlich seltenen eristischen Prämissen dürften ein Bindeglied zur dünnen Decke der abstrakt-rechtlichen Entscheidungsbegründung liefern.“¹⁶⁰

Es zeigt sich damit, dass die juristische Argumentation auf *topoi* bezogen ist. Die Aufgabe der juristischen Argumentation ist ja dort Brücken zu bauen, wo unser Wissen Lücken aufweist. Das sichere Wissen, von den griechischen Philosophen *epistémé* genannt, reicht zur Entscheidung des Falles nicht aus. Wir brauchen Wissen, was noch vorläufig und unsicher ist. In der Jurisprudenz gilt die *Topik* als das Verfahren, das dabei hilft Argumente zu finden und zu diskutieren: „Die Stützungen, die Aristoteles mit Hilfe der *Topik* aufspüren will, sind so genannte *Endoxa*. Formal bilden *Endoxa* in einem *Enthymem* die stützende Aussage. Qualitativ handelt es sich um einen Allgemeinsatz, der eine wahrscheinliche bzw. anerkannte Meinung wiedergibt. Das *Endoxon* ist ein Begriff, eine Ansicht oder eine Regel, die plausibel ist, also den Beifall eines realen oder vorgestellten Auditoriums finden kann.“¹⁶¹ Es bedarf also, wenn man die juristische Argumentation verstehen will, einer wichtigen Entscheidung im Bereich des Wissens. Gerade dort, wo uns sicheres Wissen fehlt und vorläufiges Wissen vor seinem Einsatz erprobt werden soll, brauchen wir juristische Argumentation.

b) Das Problem der Gesetzesbindung Ein weiteres wichtiges Ergebnis betrifft die von der Jurisprudenz und den Gerichten in Anspruch genommene Gesetzesbindung. Ein spezielles Verständnis der Gesetzesbindung ist gerade für den logizistischen Ansatz von Koch und anderen zentral. Nach dem von Koch zugrundegelegten Deduktionsschema müsste in jedem Urteil das Gesetz als oberste Prämisse herangezogen werden. Es wäre damit die oberste Norm im Stützungsbaum. Über die Untersuchung der Funktion des Gesetzestextes im

¹⁵⁹Katharina Gräfin von Schlieffen, ebd., S. 433.

¹⁶⁰Katharina Gräfin von Schlieffen, ebd., S. 433.

¹⁶¹Katharina Gräfin von Schlieffen, ebd., S. 438 f.

Urteil kommt der Hagerer Ansatz aber zu einer gegenteiligen Feststellung. Der Normtext wird von den Gerichten nicht als Regel verwendet, aus der die Lösung des Falles abgeleitet ist: „Diese Betrachtung verfehlt jedoch die pragmatische Einbettung der Rechtsgewinnung in die jeweilige Situation. Bei einigen technischen und verfahrensmäßigen Normierungen des positiven Rechts ist dieser Mangel an situativer Pragmatik unschädlich und für die – unter Abstraktionszwängen stehenden – rechtspolitischen Modelle des Gesetzgebers sogar erforderlich. Im Übrigen dürfte es eine Fehlvorstellung sein, dass die Gerichte ihre Fälle durch Anwendung eines Gesetzes lösen.“¹⁶² Zu Recht weist der Hagerer Ansatz darauf hin, dass das logizistische Modell ein „technoid progammausführendes“ Verständnis der Gesetzesbindung zugrundelegt. Tatsächlich bedarf die Gesetzesbindung einer pragmatischen Analyse, weil es sich um „einen interindividuellen, institutionell und professionell formierten, von einer Reihe außerrechtlicher Zwänge bestimmten Prozess sprachlicher Gestaltung“ handelt. Einen wichtigen Schritt zur Ausarbeitung des pragmatischen Verständnisses der Gesetzesbindung kann die rhetorische Analyse mit Hilfe der Baumstruktur vollziehen: „Der übliche Auftakt einer richterlichen Argumentation ist die schlanke Enthymem-Kette. Jede Behauptung wird mit einer Aussage begründet, an die sich wieder eine Begründung anschließt. So stellt sich der Jurist den Urteilsstil vor, und solange es sich um routinemäßig abgehandelte Prozess- und Rahmenfragen handelt, kann dies das Gericht auch durchhalten. Grafisch erkennt man diese unproblematische Eingangspassage als Stamm eines Baumes, der auf dem Kopf steht, also ein Gebilde, das mit einer Vertikalen beginnt, von der sich dann nach unten Verzweigungen – wie die Äste und Zweige eines Baumes in die Höhe gehen – in die Breite und Tiefe ausdehnt.“¹⁶³ In der Krone des Baumes ergeben sich dabei Problemnester, die einer argumentationstheoretischen Analyse bedürfen. Hier liegen die umstrittenen Übergänge, an denen das Gericht Einwände zu verarbeiten hat: „Zu diesen Argumentationsnestern zählen unter anderem (...) – die Entscheidungsstützen der Auseinandersetzung mit den Argumenten einer Partei – die Auseinandersetzung mit dem Vortrag der unterlegenen Seite, um ihr – in offensichtlich rechtsbefriedender Intention – Referenz zu erweisen.“¹⁶⁴ Hier sollte auch die Häufung des Pathos im Sinne von komplexen sprachlichen Strukturen zu finden sein.

Quasi nebenbei unternimmt die rhetorische Analyse damit die Befreiung des Baumes von der Sichtweise der abendländischen Metaphysik. Nach der hierarchischen Logik der abendländischen Metaphysik ist in der Wurzel des Baumes schon eingeschachtelt, was sich später in der Krone entfaltet. Neues ist nicht möglich und alles bleibt im Bann der Anamnese.¹⁶⁵ Gegen dieses Verständnis jedes Vorgangs als geordnet durch einen „Prozesswalzer a priori“¹⁶⁶ hat sich in der Philosophie Widerstand geregt. So hat zum Beispiel Deleuze versucht, die

¹⁶²Katharina Gräfin von Schlieffen, ebd., S. 437.

¹⁶³Katharina Gräfin von Schlieffen, ebd., S. 434.

¹⁶⁴Katharina Gräfin von Schlieffen, ebd., S. 435.

¹⁶⁵Vgl. dazu Ernst Bloch, *Subjekt – Objekt. Erläuterungen zu Hegel*, Frankfurt am Main 1972, S. 473 ff.

¹⁶⁶Ebd., S. 135.

hierarchische Logik des Baumes durch die flachere Logik des Rhizoms zu ersetzen.¹⁶⁷ Bäume wollte er damit nicht abschaffen, sondern enthierarchisieren.¹⁶⁸ Das heißt, zwischen Wurzel und Krone muss sich Neues ereignen können als Aufpropfung¹⁶⁹ von Sinn und Veränderung. Für die rhetorische Analyse geht es um die Wurzel des Gesetzes und die Krone des Urteils. Zwischen diesen beiden Punkten lässt sich tatsächlich Neues entdecken und kennzeichnen.

c) Von der Ableitung zur Argumentation Das Problem der Gesetzesbindung macht schon deutlich, dass mit der Rhetorik ein Denken restituiert wird, das die Wahrheit der Argumentation nicht mehr überordnet. Seit den Sophisten haben die Rhetoren gelernt, wie man eine These und auch ihr Gegenteil vertreten kann. Ihr Diskurs ist damit gedoppelt,¹⁷⁰ die Wahrheit ist ihm nicht mehr als gegebene Grundlage oder als anzustrebendes Ziel übergeordnet. Sie bildet vielmehr eine Linie in der Mitte, um die man kämpft. In der Redesituation hat man genau wie im Recht einen Gegenspieler. Man muss dessen These zu Fall bringen und die eigene durchsetzen.

Wie kämpft man aber um die Wahrheit, wenn sie nur eine Linie ist, die zwei Diskurse voneinander trennt? Dazu gibt es die rhetorischen Techniken. Lyotard¹⁷¹ unterscheidet zunächst die Widerlegung, wonach die These des Gegners auf falschen Voraussetzungen oder einem fehlerhaften Schluss beruht, von dem Ausgleich, wo man dem Gegner zugesteht, an bestimmten Punkten Recht zu haben, aber ihm zeigt, dass er selbst auch Punkte vergessen hat, an denen man selbst im Recht ist. Interessant und spezifisch für die Haltung der Sophisten und ihre Rhetorik sind für ihn allerdings zwei andere Verfahren: die Umkehrung und die Retorsion. Bei der Umkehrung wendet man ein Argument des Gegenspielers gegen diesen selbst, es spricht nicht für, sondern gegen seine These. Bei der Retorsion wendet man dieses Argument des Gegners nicht nur gegen seine eigene These, sondern auch für die These, die man selbst vertritt. Ein Beispiel für die Retorsion findet Lyotard bei Aristoteles: „Wenn jemand nicht einer Anklage entspricht, z. B. ein Schwächling der Anklage der Körperverletzung, so soll er freigesprochen werden, denn es (seine Täterschaft) ist nicht wahrscheinlich. Wenn aber jemand dieser Anklage entspricht, z. B. weil er stark ist, (dann muss man erwidern): Es ist doch nicht wahrscheinlich, weil es zu erwarten war, dass es wahrscheinlich scheinen werde.“¹⁷² Für Aristoteles ist dieses Beispiel empörend, weil man damit versucht, das schwächere Argument zum stärkeren zu machen,

¹⁶⁷Vgl. dazu Gilles Deleuze/Félix Guattari, *Kapitalismus und Schizophrenie*. Tausend Plateaus, Berlin 1992, S. 14 ff.

¹⁶⁸Vg. dazu Gilles Deleuze, Vorwort zur italienischen Ausgabe von ‚1000 Plataus‘, in: ders., *Schizophrenie & Gesellschaft*, Frankfurt am Main 2005, S. 294 ff., S. 296. Das Rhizom steht danach im Gegensatz zum Modell des Baums.

¹⁶⁹Vgl. zu dieser Kategorie Jacques Derrida, *Dissemination*, Wien 1995, S. 402 ff.

¹⁷⁰Vgl. dazu Jean-François Lyotard, *Die Logik, die wir brauchen*, Bonn 2004, S. 28 f. „Diese Diskurse sind dissoi logoi Diskurse, die parallel und gegenläufig zugleich sind; sie sind immer gedoppelt (gr. *dissos*).

¹⁷¹Jean-François Lyotard, *Die Logik, die wir brauchen*, Bonn 2004, S. 29.

¹⁷²Vgl. Lyotard, ebd., S. 30, unter Bezug auf Aristoteles, *Rhetorik*, Stuttgart 1999, S. 147 (1402 a).

ohne nach der Wahrheit oder dem Recht zu fragen. Für die Rhetorik ist genau diese Frage nach der vorgeordneten Wahrheit oder dem vorgeordneten Recht uninteressant. Niemand kann vor der Argumentation über die Wahrheit oder das Recht verfügen. Es genügt aber auch nicht, die Wahrheit oder das Recht vom Anfang einfach ans Ziel zu verlegen. Wenn es erst einen Endzweck gibt, dann gibt es wieder eine Avantgarde, die in seinem Namen sprechen will. Wir haben stattdessen im Recht einen Diskurs, „der seine Grenze in der Mitte hat, wobei aber die Positionen diesseits und jenseits der Grenze nicht festgelegt sind, da ja die schwächere Position die stärkere werden kann.“¹⁷³ Wenn man wirklich Argumentation an die Stelle von bloßer Macht setzen will, dann muss man die Wahrheit eben in die Mitte setzen als umkämpfte Linie. Das Recht ist weder Grund noch Ziel des Spielens. Es kann sich vielmehr nur ereignen im Streit. Wenn man den Streit organisiert, indem man zwei Gegenspieler in einer fairen Auseinandersetzung kämpfen lässt, kann sich das Recht ereignen, als Wirkung dieses Diskurses. Das Feld des Rechts ist damit keine von einem Grund oder einem Ziel her geordnete Einheit. Es ist das geteilte Feld eines Wettkampfs, worin jeder den günstigen Augenblick¹⁷⁴ ergreifen will, um zu gewinnen. Aber gerade wegen der fehlenden Einheit kann Recht nur im Streit geschehen.

Was leistet die Rhetorik also für die Ausarbeitung einer juristischen Argumentationstheorie? Zunächst erarbeitet sie eine Kritik am logizistischen Modell und führt zum Übergang von der Vorstellung des Syllogismus zum Enthymem. Dann zeigt sie die Notwendigkeit eines pragmatisch bestimmten Argumentbegriffs und eine auf dieser Grundlage vorzunehmende Neubestimmung der Gesetzesbindung. Schließlich kennzeichnet sie die Ausgangssituation der juristischen Argumentation als Lücke im sicheren Wissen und Erprobung von noch unsicherem Wissen. Von diesen Voraussetzungen aus macht sie auf die Grundoperation juristischer Argumentationen aufmerksam. Eine juristische Argumentationstheorie wäre damit die Ausarbeitung der rhetorischen Perspektive im Recht.

¹⁷³Lyotard, ebd., S. 34.

¹⁷⁴Vgl. dazu Lyotard, ebd., S. 35.