

kennen habe. Weshalb? Weil nur so ein sinnvoller interdisziplinärer Dialog möglich ist (307). Die Eigenständigkeit ist eine Eigenständigkeit in Interdependenz. Die Theologie müsse dem Prozeß- und Dialogcharakter von Recht Rechnung tragen (308). Den Theologen und der Theologie komme nicht eine schlicht vorauszusetzende Kompetenz dafür zu, sich in dem Prozeß der Rechtsgewinnung und -begründung engagieren zu dürfen. Von ihrer Anthropologie, ihrem Freiheitsverständnis, dem Wissen um Fehlbarkeit und der Notwendigkeit der Gnade sowie dem ihr verpflichtend aufgetragenen Einsatz für die Armen habe die Theologie einen besonderen Beitrag in diesem Prozeß der „Poiesis“ des Rechts einzubringen. „Die Differenzierung in Recht, allgemeine Ethik und theologische Ethik sollte grundlegend für jede theologische Ethik werden und zugleich grundlegend für kirchliche Stellungnahmen zu gesellschaftlichen Problemen“ (319). Es gehört sehr genaues Lesen dazu, um zu verstehen, welchen Zusammenhang G. zwischen „Recht als autopoietischem eigenständigen Teilsystem“ (193) und „Recht als integriertem theologischen Strukturmodell“ (320) entwirft (194f.).

G. selbst nimmt nicht in Anspruch, daß diese Einsichten nun völlig neu sind, wohl aber darf sie reklamieren, daß sie um eine genauere und umfassendere Präzisierung der Verhältnisbestimmung von Teilsystem Recht zu Gesamtsystem Theologie bemüht war. Ihr Versuch ist darin zu loben, daß sie ein altes, schweres Problem ausgehend von der modernen Soziologie, Wissenschaftstheorie und Anthropologie durchdacht hat. Auch finden sich immer wieder (z. B. 124–129, 179 f.) sehr nachdenkenswerte Kurzargumentationen. Schade, daß sie so knapp ausfallen, und andere Passagen der Beschreibung und Wiederholung so viel länger. So sehr G. ihren Ansatz als mutige begriffliche Eingliederung und Grenzziehung verstehen darf, in welchem sie wiederholt durch den Gebrauch des „ich“ ihre Fähigkeit zur Entscheidung bezeugt, so sehr entwickelt sich ihre Arbeit von Vorentscheidungen her, die sich auf Plausibilität stützen (Was auf S. 134 noch als Frage auftaucht, wird S. 135 bereits als gesichert ausgegeben). Begriffliche Unschärfen („Anthropologie macht Recht überhaupt erst möglich“: 168; wie steht es mit dem Ethikbegriff?), die zu wünschende noch striktere Durchhaltung des – G. sehr wohl bewußten – Sein-Sollen-Unterschiedes und die Breite der Darstellung sind allerdings auch Monita. Es ist aber eine reichhaltige, anregende, oft allerdings auch schwierige zu lesende Arbeit entstanden, die, wie G. selbst sagt, „viele Fragen offen“ läßt (321).

N. BRIESKORN S.J.

HILGENDORF, ERIC, *Argumentation in der Jurisprudenz*. Zur Rezeption von analytischer Philosophie und kritischer Theorie in der Grundlagenforschung der Jurisprudenz (Schriften zur Rechtstheorie 146). Berlin: Duncker & Humblot 1991. 235 S.

Der Autor (H.) umreißt sein wissenschaftliches Ziel mit den Worten: „Das Ziel meiner Arbeit ist erreicht, wenn es mir gelingt, die rechtswissenschaftliche Grundlagenforschung von einigen begrifflichen Konfusionen zu befreien, Scheinprobleme aufzulösen und damit einer fruchtbaren Einflußnahme der Philosophie auf die Jurisprudenz den Weg zu bahnen“ (24). Welchen Beitrag vermag die Philosophie der Argumentation der Jurisprudenz anzubieten, so die präzisierende Frage H.s. Auch wenn es verfehlt, zumindest verfrüht sei, von einer eigenen philosophischen Disziplin der Argumentation zu sprechen, so wäre es doch unsinnig, wenn die Jurisprudenz wichtige philosophische Erkenntnisse verschmähen und sich ihr eigenes Geschäft damit erschweren würde. H. skizziert zuerst äußerst knapp die kurze Geschichte der Argumentationslehre und der „juristischen Argumentation“: Außer Aristoteles verweist H. auf die Arbeiten von A. De Morgan, A. Sidgwick, A. Naess, St. Toulmin und Ch. Perelman. Den klärenden Bemühungen Karl Engischs, eines zuletzt in München dozierenden Juristen und Philosophen, wendet sich H. anschließend zu. In Engischs ab 1943 publizierten Studien zur Rechtsanwendung und darauf folgenden Beiträgen sieht H., zu Recht wie ich meine, eine Pionierarbeit und zugleich die durchsichtigste und bislang klarsichtigste Bearbeitung der juristischen Argumentation. Engisch führte die Argumentation – nehmen wir als Beispiel die Vorgehensweise des Strafrichters – auf ein mehrgliedriges Deduktionsschema zurück: Der Imperativ des Gesetzes werde, so Engisch, in einen wahrheitsdefiniten Normsatz (1. Prämisse) gefaßt, zu dem als 2. Prämisse der Tatbestand trete. Daß

der Tatbestand unter diesen und keinen anderen Normsatz gestellt werde, beruhe auf einem Ähnlichkeitsvergleich; zu dem Normsatz stelle man sich eine Reihe von Fällen als ihm zugehörig vor, der konkret zu beurteilende Fall entspreche den Fällen. Schließlich werde die Konklusion für den konkreten Fall gezogen. In formalisierter Weise sei die Abfolge so darzustellen: Es wandelt sich der Imperativ „Wer x getan hat, soll mit y bestraft werden“ in den Normsatz „Wer x getan hat, soll nach deutschem Strafrecht mit y bestraft werden“. „N hat x getan“. „N. soll nach deutschem Strafrecht mit y bestraft werden“. Ausgehend von dem Postulat der Gesetzesbindung, welches die Prägemarkte kontinentaler Rechtssysteme ist, läuft also ein Deduktionsprozeß ab. Zu diesem Modell des Argumentationsablaufs bemerkt H.: „Engischs logische Rekonstruktion des Rechtsanwendungsprozesses erscheint mir ... der nach wie vor klarste und brauchbarste Vorschlag in dieser Richtung zu sein ... Zahlreiche verfehlte Polemiken und unsägliche Mystizismen wären der juristischen Methodenlehre erspart geblieben, wenn man Engischs Ausführungen beizeiten mit der erforderlichen Sorgfalt studiert hätte“ (37 f.). Daraus ergibt sich der weitere Aufbau des Buches: An Engischs deduktives Begründungsmodell hält H. nun andere Vorschläge, vergleicht und kritisiert sie, wobei weitgehend eine immanente Kritik ihm zur Zurückweisung ausreicht: Anerkennung wird nur noch dem Argumentationsmodell von Hans-Joachim Koch und Helmut Rießmann zuteil, welche sich zwar laut H. in der Annahme irrten, sie würden bereits deontische Logik betreiben, obwohl sie doch im Gegenteil nur die allbekannte Quantorenlogik verwendeten. Ansonsten führten sie einerseits Engischs Ansatz weiter, indem sie sich der formalen Sprache bedienten und auf die Semantik zurückgriffen. Andererseits weichen sie laut H. von Engisch ab, indem sie das Deduktivitätspostulat und die Gesetzesbindung (67) abtrennten und indem die Rechtsanwendung für sie mehr als nur ein kognitiver Prozeß sei (54). Wenig Gnade erfährt Arthur Kaufmanns Entwurf zur juristischen Argumentation, der mit „Analogie“ und der „Natur der Sache“ arbeitet, Begriffe, welche sich für H. nicht mit klar genug umrissenen Vorstellungen verbinden. Auch geißelt H., daß A. Kaufmanns Kritik an Bergbohm diesem nicht gerecht werde (64 ff.). Während H. an Ulfried Neumanns Argumentationsentwurf die Unklarheit zentraler Begriffe wie „Begründen“ oder „Sinnzusammenhang“ moniert, gesteht H. ein, U. Neumann habe richtig gesehen, daß eine formalisierte Sprache nur immer begrenzt dem Reichtum der Alltagssprache gerecht werde. Da U. Neumann Stephan Toulmins Modell empfiehlt, fährt H. mit seiner Kritik nun an St. Toulmins Schema fort (74–86). St. Toulmin habe sicherlich versucht, den komplexen Tatbestand, d. h. den konkreten Fall, in differenzierter Form zu erfassen, doch müsse er sich vorhalten lassen, daß der Gesetzesbindung des Richters nicht der ihr in unseren kontinentalen Rechtssystemen zustehende Ort zuerkannt ist. St. Toulmins Schema sei damit eine Ergänzung, nicht aber könne es das Modell K. Engischs verdrängen. Den Strukturalismus samt seines „non-statement-view“ (87–108) überprüft H. ebenfalls, vermag aber an diesem Vorschlag keinen Nutzen für die Jurisprudenz zu erkennen. Höheres Interesse weckt bei H. die von Robert Alexy formulierte „Sonderfallthese“ (109–118). Sie trägt diese Bezeichnung, weil R. Alexy den juristischen Diskurs als den Sonderfall eines allgemeinen praktischen Diskurses ansah und ansieht. Während der Mut und die Kreativität R. Alexys H. Lob abfordern, lehnt er dessen Unternehmen als „nicht überzeugend“ ab, betrachtet es aber als „symptomatisch für die Hoffnung der Diskursethiker, eine Lösung unserer drängendsten moralischen Probleme ... durch eine Analyse der Sprache zu finden“ (116). Auch mache es sich Alexy zu leicht, wenn er die „juristische Diskussion“ als „Diskurs“ bezeichne (117 f.). Die Erlanger Schule und Chaim Perelman (119–130) sowie die „Transzendentalpragmatik“ (131–141) und das „Verfahren der Letztbegründung“ (142–157) führen zu zwei Kapiteln, welche sich mit Jürgen Habermas' Diskursethik und deren fortentwickelten Formen (177–185) auseinandersetzen. Hier legt H. erst recht den Akzent auf die immanente Kritik. Er fragt, ob der von den jeweiligen Schöpfern der Modelle an sich selbst gestellte Anspruch redlich erfüllt wurde, nämlich eine Rekonstruktion vortheoretischen Wissens aus den Grundstrukturen der Sprache zu leisten. H. kommt jeweils zu einer Verneinung. Die beiden letzten Kapitel setzen sich wiederum mit R. Alexy auseinander, so daß sich der Eindruck verdichtet, daß H. sich R. Alexys einschlägige Werke als den Hauptuntersuchungsgegen-

stand gewählt hat, allerdings auch aufgrund der unübersehbaren Präsenz Alexys auf dieser Domäne wählen mußte.

H.s Tübinger Dissertation stellt die ausgewählten Ansätze gründlich vor, beguachtet sie eingehend und befragt sie unerbittlich mit Ausnahme von Engischs Ansatz. H. verteilt souverän Lob und Tadel, stöbert die unter gelegentlich glänzender Begrifflichkeit der verschiedenen Autoren verborgenen Sein-Sollens-Übergänge auf, die nicht genügend begründet sind. Dabei legt H. den analytischen Charakter sich als synthetisch gebender Begründungen offen oder zeigt, daß das Urteil der Konvention entstammt, obgleich es als ein letztlich unhintergebares Prinzip eingeführt ist. Somit grenzt H. die Ansätze auf ihren letztlich dann doch bescheidenen Beitrag ein. Sein Fazit lautet: Die Formalisierung sei in die juristische Argumentation eingeführt worden und die Terminologie komplizierter geworden. Doch habe keiner eine tieferreichende Erkenntnis über die Schwelle hinaus, die Engisch übertrat, erreicht. Meinerseits sei nur bemerkt, daß H. nicht nur an der Eigenart des kontinentaleuropäischen Rechts die Ansätze mißt, sondern insbesondere darauf achtet, inwieweit die Ansätze für die rechtsanwendenden Berufe unserer Gesellschaften, also die Exekutive und Judikative, fruchtbar zu machen sind (etwa S. 188 noch einmal ausdrücklich). Die Diskurstheorie erbringt hier zugegebenermaßen weniger als sie selbst leisten will (s. auch R. Wimmer, *Universalisierung*, 358–360, worauf auch H. verweist [172]), dient aber sehr wohl meines Erachtens als ein kritischer Maßstab für das Gesetzgebungsverfahren. Ein weiterer Punkt: H. gelangt auf den Grund sowohl der kritisierten Ansätze und zugleich seines eigenen Rasters, eines dem kritischen Rationalismus verpflichteten Denkens, wenn er (216) davon spricht, daß die Regeln letztlich „zu ihrer Geltung einer Entscheidung (bedürfen)“. Sie verdanken sich Festsetzungen. Er fährt fort: „Festsetzungen sind nicht wahr oder falsch, sondern nur mehr oder weniger zweckmäßig.“ Doch sind sie meines Erachtens noch einmal ein Stück weit argumentativ auszuweisen. Richtig ist, daß eine solche Metatheorie oder Meta-Diskussion wieder letztlich von Festsetzungen ausgehen müßte. Was trägt damit letztlich, darf berechtigt gefragt werden. Doch weigert H. sich hartnäckig (bezeichnend: 174f.), ein „Postulat der Lebenserhaltung und der Vernünftigkeit“, wie ich es einmal nennen möchte, menschlichem Handeln zu unterstellen. Hs. Buch ist unbequem. Sicherlich werden die Kritisierten das eine oder andere an der Darstellung ihrer Theorien aussetzen haben und ihnen manche Bewertung ungerecht erscheinen. Und doch lohnt es sich, die auch in den Wissenschaften neuen „Verzauberungen“ dem sezierenden Blick auszusetzen.

N. BRIESKORN S. J.

KAUFMANN, ARTHUR, *Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit*. Abschiedsvorlesung, 2. durch ein Nachwort erweiterte Auflage Heidelberg Forum (64) Heidelberg: Decker & Müller 1992. 61 S.

Vorliegendes Werk ist keine Abrechnung oder eine „Retractatio“: für erstere ist der Verfasser zu vornehm; eine Rücknahme von Positionen legt sich aber nicht nahe. Vorliegende Abschiedsvorlesung ist am ehesten als Versuch zu charakterisieren, die zurückliegenden 40 Jahre rechtsphilosophischen Nachdenkens zu bewerten und die Zukunft des Rechtsbetriebes vorbereiten zu helfen. Der Einstieg der Überlegungen setzt bei der Postmoderne ein. So sehr ihre Kritik an der Moderne, an deren Fortschrittsglauben, an den aufgestellten Dualismus und an der Subjekt-Objekt-Trennung Kaufmanns (K.) Zustimmung findet, so sehr lehnt er sie doch auch als eine Form des Irrationalismus ab, der jedoch nicht mit Arationalismus zu verwechseln sei (6, 10, 13). – Die analytisch und formal vorgehende Rechtsphilosophie, wohl meistens als Rechtstheorie firmierend, wird gleichfalls nicht völlig verworfen, vielmehr ihr Beitrag zur Klarheit und zur Förderung des Verstehens von Argumentation und Normlogik gewürdigt. Doch mangelt es ihr, K. zufolge, an dem Interesse, zur Wesensfrage des Rechts Stellung zu beziehen, wie nämlich Recht und Unrecht voneinander zu unterscheiden seien (4, 20). – Da seit Kant eine materiale Naturrechtslehre wissenschaftlich nicht mehr vertretbar sei, scheinen nur die prozeduralen Vertrags- oder Konsenstheorien übrig zu bleiben. Die Vertragstheorie J. Rawls gehe wie selbstverständlich davon aus, daß jedwede Gründer eines Gemeinwesens, die unter dem Schleier des Nichtwis-