



This pdf document provided by SOULL can be cited as:

Christensen, Ralph: "Normativität: Vom Gesetz als Inhalt zum Gesetz als Form" In: SOULL – Sources of Language and Law, <https://legal-linguistics.net> (Last update: 15.7.2020)

All rights reserved.

Normativität: Vom Gesetz als Inhalt zum Gesetz als Form

Die Frage nach dem Verhältnis von Normtext und Normativität zielt auf das zentrale Problem des Rechts: Was heißt Gesetzesbindung oder welche Rolle spielt die Rechtsquelle für die Entscheidung?

Die bisherigen Antworten sind nicht ausreichend. Ihr Ausgangspunkt war der klassische Positivismus. Danach liefert der Gesetzgeber dem Richter vermittels der Sprache den Inhalt seiner Entscheidung. Mit dieser allzu einfachen Auffassung von Gewaltenteilung wollte man sicherstellen, dass Gesetze und nicht Menschen herrschen. Das, was im Rechtssystem tagtäglich vorgeht, die gerichtlichen Verfahren, die dort vorgetragenen Argumente und die Begründungsarbeit der Richter kommen darin aber nicht vor. Das Verfahren dient höchstens der didaktischen Vermittlung eines vorher schon feststehenden Ergebnisses. Die Rechtslage kann man allein aus dem Gesetz ablesen.

I. Entscheiden als Deskription der Rechtsquelle

Der herkömmliche Ansatz konstruiert Rechtserkenntnis nach dem Modell einer Gegenstandserkenntnis. Damit reduziert sie die Praxis auf den „Spiegel der Natur“. Beobachtung eben auf den abbildenden Reflex. Die Arbeit des Juristen wird damit als eine Beobachtung erster Ordnung von Recht bestimmt. Die Beobachtung soll sich auf „das Gesetz“, um Recht als eine in ihnen enthaltene Bedeutung „sichtbar“ zu machen. Wenn man die Rechtslage aus dem Text des Gesetzes ablesen will, stößt man aber auf eine Schwierigkeit. Die vorgeblich objektive Bedeutung ist nicht festzustellen. Das Gesetz existiert nur in einer Vielzahl von Lesarten, und ohne Verfahren und die dort vorgetragenen Argumente weiß man nicht, welche Lesart die beste ist. Man will im Gesetz eine Regel finden und sie in der Entscheidung abbilden. Aber es fehlt die Regel für die Anwendung der Regel.

Die herkömmliche Lehre reagiert auf diese Schwierigkeit mit einer Erweiterung der Anzahl der Rechtsquellen. Eine weitere Größe hinter der Rechtsquelle soll

sicherstellen, dass die Regel nicht Streitig wird und ihre Anwendung funktioniert: „Wenn wir nun fragen, inwieweit Recht aus vorgefundener Sprache entstehe, treffen wir auf den schönen Begriff der ‚Rechtsquelle‘. Die Quelle ist der Ort, aus dem das im Berg schon vorhandene Wasser sprudelt, an dem das bisher nicht Greifbare mit Händen aufgenommen und getrunken werden kann. Diese Quelle, die das Lebensmittel Wasser spendet, sucht der Mensch zu fassen, in eine Form zu bringen, die kein Wasser verloren gehen lässt, seine Klarheit und Sauberkeit sichert, dem Menschen beim Schöpfen des Wassers den Zugang erleichtert, vor allem aber das Versiegen der Quelle verhindert. Denn Wasser – das Recht – wird also an der Quelle nicht geschaffen, sondern sichtbar gemacht.“¹ Es wird uns damit empfohlen, vom bloßen Text auf den Geist des Gesetzes zurückzugehen. Denn, so heißt es etwa in einer 2006 veröffentlichten Methodik des europäischen Privatrechts: Auslegung ist „Rekonstruktion des dem Gesetze innewohnenden Gedankens.“²

Man muss also bei schwierigen Fällen lediglich von der Ebene des Textes zur Ebene der Gedanken oder Prinzipien übergehen. Wenn man sich von diesen Prinzipien leiten lasse, werde vorgezeichnet, was sozusagen „eigentlich“ hätte im Text stehen können. Die Rechtsprinzipien springen somit als Gegenstand der Erkenntnis dort in die Bresche, wo die Bedeutung des Normtextes sich einer umstandslosen Erkenntnis von Recht versagt. Am Grundverhältnis einer Erkenntnis ändert sich für die herkömmliche Ansicht dadurch nichts. Sie verlagert lediglich ihren Gegenstandsbezug: „Unter dem Begriff der Auslegung in seinem allgemeinsten Sinne kann verstanden werden, etwas Unklarem eine klare Bedeutung zu geben, d.h. seinen Sinn klarzustellen, seine Tragweite zu bestimmen und Grenzen und Auswirkungen herauszustellen. Bildlich ausgedrückt soll durch die Auslegung der in dem Gesetzestext beschlossene, aber noch gleichsam verhüllte Sinn ‚zur Sprache gebracht‘ werden. In diesem Sinne ist das Produkt der Auslegung im Objekt von vornherein enthalten, muss jedoch noch methodisch herausgearbeitet werden. Kennzeichnend für die Auslegung ist demnach nicht, dass dem Normtext etwas hinzugefügt wird, sondern dass ihr Ziel auf die maßgeblich relevanten Sinngehalte gerichtet ist.“³

Hinter dem Gefüge gesetzlicher Anordnungen soll ein weiteres System liegen, zu dem man sich über den bloßen Text hinaus durcharbeiten muss. Es ist das System der Rechtsprinzipien: „Diese herauszufühlen, und von ihnen ausgehend den inneren Zusammenhang und die Art der Verwandtschaft aller juristischen Begriffe und Sätze zu erkennen, gehörte [...] zu den schwierigsten Aufgaben unserer Wissenschaft, ja es ist eigentlich dasjenige, was unserer Ar-

¹Paul Kirchhoff, Dankesrede für den Jacob-Grimm-Preis, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 23.11.2005, S. 43.

²Matthias Pechstein / Cornelia Drechsler, Auslegung und Fortbildung des Primärrechts, in: Karl Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, Berlin 2006, S. 91 ff., 91.

³Carsten Buck, Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft, Frankfurt am Main 1998, S. 29, unter ausdrücklichem Bezug auf den Ansatz bei K. Larenz W. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft. 3. Aufl., Berlin u.a. 1995. Zum Problem im Engeren auch K. Larenz, Richterliche Rechtsfortbildung als methodisches Problem, in: Neue Juristische Wochenschrift 1965, S. 1 ff.

beit den wissenschaftlichen Charakter giebt.“⁴ Dabei handelt es sich weder in der historischen Rechtsschule noch in der heutigen Wertungsjurisprudenz bzw. Diskurstheorie um ein unbewegliches oder geschlossenes System,⁵ denn es wird beeinflusst vom Fortgang der Gesetzgebung und dem gesellschaftlichen Wertewandel.⁶ Die geschilderte Offenheit führt aber nicht in eine kontextuell und praktisch gewendete Semantik des Rechts, sondern die fehlende Schließung wird zu einer epistemischen Aufgabe. Dazu wird die Offenheit der Prinzipien als Mangel definiert: ”Bei der Umschreibung des Bedeutungsgehalts der allgemeinen Rechtsgrundsätze gibt es allerdings manche Unsicherheit.“⁷ Man kann die Prinzipien⁸ also nicht einfach anwenden, sondern es bedarf einer darüber hinausgehend Wertung.⁹ Diese Notwendigkeit ergibt sich aus dem Konflikt zwischen verschiedenen Prinzipien:¹⁰ ”Prinzipien sind normative Aussagen so hoher Generalitätsstufen, dass sie in der Regel nicht ohne Hinzunahme weiterer normativer Prämissen angewendet werden können und meistens durch andere Prinzipien Einschränkungen erfahren.“¹¹ Diese weitere Wertung entnehmen wir dann aus dem Innersten des inneren Systems, der Rechtsidee, sei diese nun naturrechtlich, neuhegelianisch, wertungsbezogen¹² oder diskurstheoretisch¹³ bestimmt. Mit dem Abschluss dieser Bewegung nach innen landet man wieder beim Hegel’schen Begriff der Totalität und damit einem vertikalen Holismus: ”Geht man ’von unten’, dh von den positiven Einzelregeln auf die ihnen zugrunde liegenden Leitgedanken zurück, ’von oben’, also von der Rechtsidee zu deren historischen Konkretisierungen in der gegebenen Rechtsgemeinschaft herunter, und lässt sich übereinstimmend aufgrund beider Gedankengänge ein Rechtsgedanke

⁴ *Friedrich Carl von Savigny*, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Heidelberg 1840, S. 66.

⁵ Vgl. dazu *Claus-Wilhelm Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz: entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts, 2. Aufl., Berlin 1983; vgl. dazu auch *Karl Larenz/Claus-Wilhelm Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin 1995, S. 314 ff.

⁶ Vgl. *Walter Wilburg*, Entwicklung eines beweglichen Systems im Bürgerlichen Recht, Graz 1951; *Franz Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl., Wien/New York 1991; *Franz Bydlinski u. a.*, Das bewegliche System im geltenden und künftigen Recht, Wien/New York 1986.

⁷ Vgl. dazu *Ernst A. Kramer*, Juristische Methodenlehre, Bern 1998, S. 188.

⁸ Vgl. grundlegend zu diesem Begriff: *Josef Esser*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 4. Aufl., Tübingen 1990, mit Klassifikation der Prinzipien S. 87 ff.; sowie *Ronald Dworkin*, Bürgerrechte ernstgenommen, Frankfurt am Main 1984, S. 56 ff.; *Robert Alexy*, in: *Werner Krawietz u. a.* (Hrsg.), Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz, Berlin 1979, S. 59 ff.; *Jürgen Habermas*, Faktizität und Geltung, 4. Aufl., Frankfurt am Main 1994, S. 254 ff.; *Hans-Joachim Koch/Helmut Rüssmann*, Juristische Begründungslehre, München 1982, S. 97.

⁹ *Robert Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, Frankfurt am Main 1996, S. 390; *Ernst A. Kramer*, Juristische Methodenlehre, Bern 1998, S. 188.

¹⁰ Vgl. dazu *Franz Bydlinski*, in: Juristische Blätter 1996, S. 684.; *Robert Alexy*, Theorie der Grundrechte, Baden-Baden 1985, S. 143 ff.

¹¹ *Robert Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 3. Aufl., Frankfurt am Main 1996, S. 390.

¹² Vgl. dazu *Franz Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl., Wien/New York 1991, S. 131 f., 297 ff.

¹³ Vgl. dazu *Robert Alexy*, Begriff und Geltung des Rechts, 2. Aufl., Freiburg 1994, S. 201 f.

formulieren, so handelt es sich um ein rechtsethisches Prinzip.”¹⁴ Mit der Ausdehnung des Begriffs der Auslegung auch auf einen Fundus an Rechtsprinzipien hat die argumentative Bewegung der klassischen Lehre ihr strategisches Ziel erreicht: Die beschützende Werkstatt des Rechts steht fertig vor uns.

Die Bedeutung des Textes als Recht wird also schlicht erkannt und nicht etwa als eine dem Text auf dem Weg der Argumentation vom Juristen zugeschrieben und damit aktuell erst wieder erzeugt. Dies führt dann zu einer Definitionen der Rechtsarbeit, nach der der „Gegenstand der Auslegung (...) der Gesetzestext als Träger dieses normativen Sinnes (ist). Der Gesetzestext selbst ist nicht mit dem normativen Sinn gleichzusetzen, sondern dieser liegt sozusagen ‚hinter‘ dem Text als das von den Zeichen und Zeichenverbindungen, die den Wortlaut bilden, Bezeichnete.”¹⁵ Die Rede vom „Bezeichneten” ist hier verräterisch. Sie zeigt, dass sich diese Position schon selbst hintergangen hat. Mit der Bezeichnung ist Beobachtung bereits als Unterscheidung vollzogen. Das System in Gestalt des Juristen als Beobachter hat den Text bereits als Recht ausdifferenziert. Wenn dies als „Auslegen” wiederum unterschieden werden soll, dann kann es sich dabei nurmehr um die Beobachtung einer Beobachtung von Recht handeln. Der Text wird dabei als Gegenstand gesetzt und seine Beobachtung als Spiegelung gefasst. Diese Verkleidung immunisiert zwar gegen Kritik. Aber sie verfehlt die Praxis und kann die dort eingehaltenen Bindungen nicht sichtbar machen. Auslegen ist Beobachtung zweiter Ordnung dort, wo sie als eine der ersten Ordnung ausgegeben werden soll.

Die Frage, wie zu entscheiden ist, wird von der herkömmlichen Lehre aber nicht mit der Argumentation im Verfahren beantwortet, sondern ontologisch. Hinter dem Gesetz werden als weitere Instanzen die Prinzipien und die Rechtsidee behauptet. Um sie zu erreichen, hat die traditionelle Lehre den Weg vom Textäusseren zu den inneren Werten des Rechts empfohlen. Ein Gericht darf sich nicht damit begnügen, auf der äußerlichen Ebene Texte zu verknüpfen, sondern muss in die Tiefe vorstoßen.

Aber diese Lösung hat ihren Preis. Die Frage, wie der Richter auf ein Rechtsproblem noch antworten kann, wenn die scheinbare Objektivität einer Lesart ins Fragliche gleitet, führt nämlich in eine doppelte Schwierigkeit. Zunächst zeigt sich die methodische Unsicherheit, welche Instrumente der Richter eigentlich zur Verfügung hat, um eine Mehrzahl von Varianten miteinander zu vergleichen und die eine von ihnen den anderen vorzuziehen. Zum andern das normative Problem, wie weit sich der Richter mit seiner Argumentation vom Text entfernen darf, ohne die Rolle des Gesetzgebers zu usurpieren.

Der Blick in die Tiefe des Rechts mündet in einen Reflexionsstopp: Die Doppelung von methodischer und normativer Fragestellung wird von der traditionellen Lehre auf ein einziges ontologisches Postulat reduziert: ”Es gibt all-

¹⁴Vgl. dazu *Franz Bydlinski*, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2. Aufl., Wien/New York 1991, S. 133.

¹⁵Jochen Anweiler, *Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften*, Frankfurt am Main 1997, S. 26.

gemeine Rechtsgrundsätze“. Deswegen bestehe kein methodischer Reflexionsbedarf. Es sei nur eine Erkenntnis zu vollziehen. Deshalb gebe es auch kein normatives Problem funktionaler Gewaltenteilung, denn durch die Bindung an diese Grundsätze sei der Richter klar vom Gesetzgeber geschieden.

Diese traditionelle Verdoppelung des Rechts stellt eine degenerative Problemverschiebung dar.¹⁶ Die „Was-ist-Frage“ der herkömmlichen Lehre mündet in die argumentative Beliebigkeit von Ontologie. Sie muss deswegen durch die Frage ersetzt werden: Wie funktioniert Rechtsanwendung?¹⁷ Es geht bei dieser nicht um die Explikation einer im Text schon vorgegebenen Rechtsnorm. Eher handelt es sich um eine „Komplikation“, das heißt eine Verschiebung von Text und Leser durch einen neuen Fall. Der Richter erkennt nicht die Rechtsnorm. Er konstruiert sie. Um diese Konstruktion sichtbar zu machen, darf in den Text als Ausgangspunkt der richterlichen Tätigkeit nicht schon das hineingelegt werden, was erst noch erzeugt werden muss: die Bedeutung.

Die *Problemstellung* ist in der Wissenschaft die alles entscheidende Ebene. In der wissenschaftstheoretischen Diskussion hat der französische Philosoph *Deleuze* sogar vorgeschlagen, das Wahrheitskriterium in das Problem selbst hinein zu verlegen.¹⁸ Er will damit betonen, dass es zunächst nicht darum geht, ob eine Problemlösung richtig oder falsch ist; sondern darum, das Problem zu finden und es in den Begriffen, in denen es gelöst werden kann, zu stellen.

Die Frage nach der Struktur von praktischer Rechtskonkretisierung ist zu unterschiedlich von Ontologie und Rechtsquellenlehre, um auf deren Ebene richtig gestellt werden zu können. Es gibt dort nur Erkenntnis/Nichterkenntnis bzw. richtig/falsch; und man bräuchte einen privilegierten Zugang zur Realität, um diese Alternativen zu entscheiden. Eine im Ergebnis offene Diskussion über unterschiedliche Auffassungen ist dann nicht möglich.

II. Das Scheitern der Abbildrelation in der Praxis

Gerichte greifen häufig auf eigene Entscheidungen zurück, wenn sie einen Fall lösen. Dieser empirisch gut bestätigte Vorgang nimmt sogar zu. Es ist mittlerweile über Inhaltsanalysen von Gerichtsurteilen empirisch nachgewiesen, dass der Bezug auf die eigene Rechtsprechung in der Arbeit der Gerichte eine wichtige Rolle spielt. Die empirischen Befunde sprechen hier eine deutliche Sprache: Der Verweis auf frühere Rechtsprechung wird etwa in den Entscheidungen des EuGH im Jahrgang 1999 insgesamt 1199-mal verwendet und ist damit die häufigste Argumentationsform. Der Verweis auf frühere Rechtsprechung wird in

¹⁶Vgl. dazu *Lakatos, I.*, Falsifikation und die Methodologie wissenschaftlicher Forschungsprogramme, in: *ders./Musgrave, A.* (Hrsg.), Kritik und Erkenntnisfortschritt, 1974, S. 89 ff., 113 ff.

¹⁷Die Ersetzung der „Was-ist-Fragen“ durch die „Wie-funktioniert-es-Fragen“, ist eines der grundlegenden Anliegen der Hermeneutik und wird etwa in der Arbeit von Jochen Hörisch betont. Vgl. dazu *Hörisch, J.*, Die Wut des Verstehens, in: *Der blaue Reiter* 1998/2, S. 60 ff., 67.

¹⁸*Deleuze, G.*, Bergson, 1989, S. 25.

den Entscheidungen des EuGH mehr als doppelt so häufig verwendet, wie die grammatikalische Auslegung als zweithäufigste Argumentationsform und mehr als 4-mal so häufig wie die teleologische Auslegung als dritthäufigste Argumentationsform. Der Verweis auf die frühere Rechtsprechung ist lediglich in 38 von 259 Entscheidungen nicht enthalten. Verweis auf frühere Rechtsprechung ist in 154 der 259 Entscheidungen jeweils die häufigste Argumentationsform. Damit ist der Verweis auf frühere Rechtsprechung auch bezogen auf einzelne Entscheidungen die häufigste Argumentationsform. Der EuGH stützt seine Argumentation in einer Entscheidung typischer Weise nicht nur einmal, sondern mehrfach auf frühere Rechtsprechung. Der Verweis auf die eigene Rechtsprechung spielt also eine zentrale Rolle.¹⁹

Wie kann man dieses Vorgehen der Gerichte in die Theorie der Rechtsquellen einordnen?

Auf die herkömmliche Lehre muss dies verstörend wirken. Recht kommt aus dem Gesetz. Es liegt nicht in den Händen der Richter, so weise sie auch sein mögen. An das Gesetz haben sie sich zu halten und nicht an das, was sie selbst daraus gemacht haben. Die aus dem Normtext gezogene Entscheidung soll demnach allenfalls Ergebnis einer Rechtserkenntnis sein und nicht etwa deren Mittel. Hinter dieser Delegitimierung der Verwendung der eigenen Rechtsprechung steckt natürlich jene überholte Lehre von der „Auslegung“, die meint, diesen Begriff wörtlich nehmen zu sollen²⁰. Die Entscheidung muss aus dem Behälter

¹⁹Beispiele dafür finden sich allein im Jahrgang 1999 der Entscheidungssammlung des EuGH zuhauf: In der Vorabentscheidung *Holst-Italia Spa* wird der Sinn und Zweck neben der Gesetzesystematik aus der früheren Rechtsprechung des EuGH abgeleitet (EuGH Slg. 1999, I-8607 ff.). In der Vorabentscheidung *G. C. Allen u.a.* wird die Argumentation im Wesentlichen auf seine frühere Judikatur gestützt (EuGH Slg. 1999, I-8643 ff.). Im Beschluss *CPL Imperial 2* und *Unifrigio* stützt sich der EuGH schwerpunktmäßig auf seine „ständige Rechtsprechung“ (EuGH Slg. 1999, I-8683 ff.). Im Beschluss *HFB u.a.* besteht die Argumentation des Gerichts im Wesentlichen aus Verweisen auf frühere Entscheidungen und ständige Judikatur (EuGH Slg. 1999, I-8705 ff.). Im Beschluss *DSR-Senator Lines* ist der Verweis auf die Rechtsprechung gleichfalls mit der Argumentation des Gerichts weithin identisch (EuGH Slg. 1999, I-8733 ff.). In der Vorabentscheidung *DAT-SCHAUB* geht es um die Auslegung des Begriffs *Drittland*; dabei werden Sinn und Zweck ebenfalls aus der Rechtsprechung hergeleitet (EuGH Slg. 1999, I-8759 ff.). In der Vorabentscheidung *Rhone-Poulenc Rorer und May & Baker* wird die Begründung des EuGH ganz überwiegend aus Verweisen auf die Judikatur gespeist (EuGH Slg. 1999, I-8789 ff.). In der Rechtssache *UDL* wird die ständige Praxis des EuGH zur Begründung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes herangezogen (EuGH Slg. 1999, I-8841 ff.). In der Rechtsmittelentscheidung *Wirtschafts- und Sozialausschuss* beruht die Argumentation des Gerichts ganz auf Verweisen auf eigene ständige Rechtsprechung (EuGH Slg. 1999, I-8877 ff.). In der Vorabentscheidung *Everson und Barras* wird eine Abgrenzung zu nicht einschlägiger Judikatur vorgenommen (EuGH Slg. 1999, I-8903 ff.). In der Vorabentscheidung *Taylor* besteht die Argumentation überwiegend aus dem Bezug auf frühere Entscheidungen bzw. auf ständige Judikatur (EuGH, Slg. 1999, I-8955 ff.). In der Feststellungsentscheidung *Kommission/Luxemburg* ist der Hinweis auf die Spruchpraxis das einzige Argument; ebenso im Vertragsverletzungsverfahren *Kommission/Luxemburg* (EuGH, Slg. 1999, I-8987 ff, I-9021 ff.).

²⁰Zu deren Kritik hier nur R. Christensen, *Der Richter als Mund des sprechenden Textes. Zur Kritik des gesetzessystematischen Textmodells*, in: F. Müller (Hrsg.), *Untersuchungen zur Rechtslinguistik. Interdisziplinäre Studien zu praktischer Semantik und Strukturierender Rechtslehre in Grundfragen der juristischen Methodik*, Berlin 1989, S. 27 ff.; sowie im Beson-

des Gesetzes herausgezogen oder ausgelegt werden. Die Gesetzesbindung ist eine Steuerung durch den Normtext statt eine Zurechnung an den Normtext.²¹ Von daher verwundert es nicht, dass dem Verweis auf frühere Rechtsprechung als Argumentationsform in der Methodik der Gerichte von der Literatur bislang wenig Beachtung geschenkt worden ist. Auch die neueren Arbeiten setzen sich mit dieser Thematik kaum auseinander.²² Schwerpunkt dieser Arbeiten ist vielmehr die Bedeutung der klassischen Auslegungscanones und die Reserveeontologie von Prinzipien und Rechtsbegriff.

Nach der herkömmlichen Lehre müsste der Richter immer, wenn das Gesetz keine eindeutige Auskunft liefert, über die Prinzipien zur Sinneinheit des Rechts vorstoßen. Das ist ein holistischer Ansatz, der vertikal von der Sinneinheit des Systems her jede Einzelheit beherrschen will. Deswegen heißt die entsprechende Methode auch „vertikale Auslegung“²³. Sie soll den Richter vom bloßen Text ins Innere des Rechts führen. Aber die Abfahrt nach innen funktioniert in der Praxis nicht. Das Recht versammelt sich nicht zu einem inneren Wesen. Man findet statt dessen nur eine Vielzahl weiterer Normtexte auf derselben oder einer anderen Regelungsebene. Keine dieser Normen stellt die zentrale Steuerungseinheit oder den Gesamtsinn dar, sondern nur eine weitere mögliche Verknüpfung. Auf der Fahrt nach innen geht es den Juristen wie dem Neurowissenschaftler, der statt des gesuchten Zentral-Ichs nur eine Vielzahl von homunculi findet. Auch die Einheit des Rechts löst sich in eine Vielzahl von Beobachtungsperspektiven auf, so dass man ohne letzten Halt wieder im Äußeren landet.

Der Weg „in die Tiefe“ des Rechts mündet also ins Nirgendwo. Deswegen bleibt den Gerichten gar nichts anderes übrig, als die Rechtssätze horizontal zu vernetzen. Der Kontext einer Bedeutung muss immer neu beschrieben werden. Die Einheit des Rechts ist kein fester Punkt, den man erreichen könnte. Sie liegt vielmehr auf der Fluchtlinie ständig neuer Beschreibungen. Diese Fluchtlinie ist auch nicht Gegenstand einfacher Beobachtung. Sie wird nur dann sichtbar, wenn man die Beobachter beobachtet. Das Heranziehen des Kontextes führt damit nicht zur Sinnmitte des Rechts, sondern in die Beobachtung zweiter Ordnung. Genau diese Konsequenz zeigt sich mit voller Deutlichkeit in der Praxis der Gerichte. In der weit überwiegenden Anzahl der Entscheidungen besteht das systematische Argument im Verweis des Gerichts auf seine eigene Rechtsprechung. Das heißt, die Systematik wird vollzogen als Beobachtung zweiter Ordnung. Diese Beobachtung zweiter Ordnung wirft Legitimationsfragen auf, die bisher noch kaum diskutiert wurden.

deren im Hinblick auf das Europarecht F. Müller/R. Christensen, Juristische Methodik. Band II: Europarecht, Berlin 2003.

²¹Zu dieser Unterscheidung R. Christensen, Was heißt Gesetzesbindung? Eine rechtslinguistische Untersuchung, Berlin 1989, S. 19, sowie überhaupt ebendort zur Kritik.

²²Siehe J. Anweiler, Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, Frankfurt/M. u.a. 1997; C. Buck, Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft, Frankfurt/M. u.a. 1998; M. Potacs, Auslegung im öffentlichen Recht, Baden-Baden 1994.

²³Albert Bleckmann, Die systematische Auslegung im europäischen Gemeinschaftsrecht, in: ders., Studien zum Europäischen Gemeinschaftsrecht, 1986, S. 41 ff., 44.

Genau hier hat dann auch die Theorie anzusetzen, wenn sie zu einer angemessenen Beurteilung der Rolle des Verweises auf die eigene Rechtsprechung für die Arbeit der Gerichte kommen will. Ihre Aufgabe ist es, durch Beobachtung die Struktur erfolgreicher Praxis von Recht zu konstruieren. Ihr Gegenstand ist das sprachliche Handeln der Juristen. Und ihr Maßstab sind die der Praxis immanenten rechtsstaatlichen Anforderungen.

III. Normativität als sprachlicher Prozess

Im klassischen Modell sollte die Sprache des Gesetzes eine Regel enthalten, welche in der Entscheidung abzubilden war. Wenn man die Rolle der Sprache genauer untersucht, kann man die Rechtsquellenlehre reformulieren und präzisieren. Danach muss eine Erklärung von Sprache aus ihr vorgeordneten gemeinsamen Regeln im Regulismus scheitern. Nach dem Regulismus funktioniert die Sprache über Regeln. Regeln können allerdings ihre eigene Anwendung nicht steuern können und bedürfen deswegen weiterer Regeln. Damit landet man im unendlichen Regress. Der Regularismus will demgegenüber Sprache als bloße Regelmäßigkeit begreifen und hat deswegen keinen Platz für Absichten und Zweckhaftigkeit. Ein neuer pragmatischer Lösungsansatz will diese unfruchtbare Alternative überwinden. Sprache funktioniert weder durch reine Regelmäßigkeit noch durch reine Interpretation. Sie ist die Vernetzung gelungener Verständigung und wird durch mitlaufende normative Bewertung zum sich selbst stabilisierenden System.

Diese mitlaufende Bewertung wird in der deutschen Übersetzung als deontische Kontoführung wiedergegeben. Das führt zu vielen Missverständnissen. Es sei typisch für den amerikanischen Pragmatismus, dass er auch noch das Verstehen der Logik kleiner shop-keeper unterwerfen. Tatsächlich ist im englischen Original von scorekeeping in Anlehnung an das Baseballspiel die Rede. Es handelt sich um eine analytische Metapher, welche grundlegende Strukturen der Sprache sichtbar machen soll. Durch den Bezug auf den Sport will Brandom das kompetitive und spielerische Moment eines geordneten Konflikts hervorheben. Gerade dieses zentrale Moment geht in der deutschen Übersetzung verloren. Wenn allerdings weder Regel noch blinde Regelmäßigkeit als Grundlage für das Funktionieren von Sprache verwendet werden, stellt sich die Frage, wie Verständigungsprozesse überhaupt noch funktionieren können. Zur Lösung dieses Problems greift Robert Brandom auf das Recht zurück, um zu zeigen, wie ein Sprachspiel ohne vorgeordnete Kontrollinstanz als sich selbst stabilisierende Praxis funktionieren kann. Er verwendet das Modell richterlicher Entscheidung unter den Bedingungen eines strikten Fallrechts.²⁴

Der Richter hat hier, ganz so wie die Beteiligten der Verständigungsprozesse, nichts anderes bei der Hand als die von ihm wahrgenommenen Fälle. Er setzt sich mit diesen Fällen ins Benehmen. Darin zeigt sich ein reziprokes Verhältnis

²⁴Siehe *Robert B. Brandom*, Pragmatische Themen in Hegels Idealismus. Unterhandlung und Verwaltung der Struktur und des Gehalts in Hegels Erklärung begrifflicher Normen, in: Deutsche Zeitschrift für Philosophie 3 (1999), S. 355 ff. (377 ff.).

von Autorität. Der Richter erkennt ihre Autorität an, um selbst Autorität zu werden. Das heißt im Sinn Brandoms, dass der Richter genau die Norm instituiert, die er anwendet. Er verleiht also Präjudizien Autonomie, um sie zurückzuerhalten. Normativität ist damit von vornherein "nicht nur ein zeitlicher, sondern auch ein geschichtlicher Prozess," sofern "die Einsetzung begrifflicher Normen" "eine ganz eigene Anerkennungsstruktur aufweist, Ergebnis der reziproken Autorität, die einerseits ausgeübt wird von vergangenen Begriffsanwendungen auf künftige und andererseits von künftigen Anwendungen auf vergangene."²⁵ Aber das kann noch nicht alles sein. Denn über den Umstand dieses Verbunds des Normativen in der Zeit hinaus stellt sich noch die Frage nach der Richtigkeit, bzw. eines Kriteriums für die Berechtigung der entsprechend eingegangenen Festlegungen. Das heißt, "Autorität" im Sinne solcher Festlegungen "muss geregelt werden"²⁶ und kann sich nicht quasi naturwüchsig vollziehen. Und das wiederum heißt konsequent pragmatisch gedacht, dass "die Anwendungen von durch frühere Anwendungen instituierten Normen [...] gemäß den Normen, denen sie verantwortlich sind, auf ihre Richtigkeit hin bewertet werden (müssen) Damit die derzeitigen Anwendungen eines Begriffs gegenüber früheren Anwendungen dieses Begriffs (und der mit ihm verbundenen Begriffe) verantwortlich sind, müssen sie zur Verantwortung gezogen werden, als verantwortlich betrachtet oder behandelt werden."²⁷

Diese Verantwortung zeigt sich auch am Beispiel der richterlichen Entscheidung. Für seinen anstehenden Fall beruft der Richter sich auf Präzedenzfälle, die er zu seinem in eine Beziehung der Ähnlichkeit setzt. Das heißt, "der Gehalt der Begriffe, die der Richter anwenden muss, ist vollständig konstituiert durch die Geschichte ihrer früheren tatsächlichen Anwendungen (in Verbindung mit der Geschichte der tatsächlichen Anwendungen anderer Rechtsbegriffe, die in der Rechtsgeschichte als folgernd mit diesen verknüpft angenommen wurden). Es ist diese Tradition, gegenüber welcher der Richter verantwortlich ist."²⁸ Aber die Tradition ist nicht einheitlich. Sie weist Widersprüche auf. Es gibt eine große Anzahl sich widersprechender Judikate, zwischen denen der Richter auswählen muss. Damit scheint es aber, als wäre die Tradition nur ein Vorwand für eine uneingeschränkte Souveränität, die der Richter über Normativität ausübt. Das ist aber nur der Fall, wenn man den Prozess an der Stelle seiner Gegenwart abbricht und so auf diese verkürzt. Die Gegenwart greift aber nicht nur zurück auf die Vergangenheit. Sie wird vielmehr zugleich in Richtung Zukunft überschritten. Und genau dieses Moment regelt die Autorität. Der Richter zieht die Berechtigung seiner Festlegung auf einen normativen Gehalt nicht nur daraus, seine Festlegung ausweisen zu können. Vielmehr setzt der Richter zugleich seine gegenwärtige Entscheidung einer Zukunft aus. Das heißt der lange Arm der Geschichte greift durch seine Entscheidung hindurch in die Zukunft hinaus. Der Richter will selbst als Autorität gelten. Das nennt Brandom die Verwal-

²⁵ *Brandom*, ebd., S. 367.

²⁶ *Brandom*, ebd., S. 367.

²⁷ *Brandom*, ebd., S. 367.

²⁸ *Brandom*, ebd., S. 377 f.

tung seiner Autorität. Damit ist gemeint, dass "der gegenwärtige Richter [...] von den künftigen gegenüber seiner ererbten Tradition zur Rechenschaft gezogen (wird). Denn seine Entscheidung ist für den Gehalt des fraglichen Begriffs nur insoweit wichtig, soweit dessen Präzedenzautorität von ihm oder wiederum von künftigen Richtern anerkannt wird. Wenn sie angesichts ihrer Auslegung der von ihm ererbten Tradition zu dem Schluss kommen, dass der gegenwärtige Richter falsch entschieden hat, dann besitzt die Entscheidung des gegenwärtigen Richters überhaupt keine Autorität. Die Autorität der Vergangenheit über die Gegenwart wird in ihrem Namen von der Zukunft wahrgenommen."²⁹ Die Gegenwart unterwirft sich dem, indem sie durch ihre Begründung selbst Autorität werden will.

Damit ist ein Modell für die Verständigung gewonnen, sofern mit Davidson davon auszugehen ist, "dass wir uns dem Begriff der sprachlichen Bedeutung nähern sollten, indem wir betrachten, was es heißt, den Äußerungen anderer Sprecher bestimmte Bedeutungen zuzuschreiben, sie zu interpretieren."³⁰ Verständigung entsteht aus einer sich selbst stabilisierenden Praxis. Damit ist "Bedeutung etwas, das sprachliche Ausdrücke primär in Situationen gelingender sprachlicher Verständigung haben, und kann in einem gewissen Sinn als ein Produkt der Interaktion bzw. Kooperation mindestens zweier Individuen begriffen werden."³¹ Und dies eben führt geradewegs zu einem "holistischen Verständnis der sozialen Struktur sprachlicher Praxis".³² Es ist dies das von Brandom am Recht exemplifizierte Modell einer sich selbst stabilisierenden Praxis.³³ Nachdrücklich hervorzuheben ist, dass "sprachliche Bedeutung (und mit ihr der Gehalt geistiger Zustände) [...] sich erst dort (konstituiert), wo (mindestens) zwei Sprecher ihre Idiolekte in einer Praxis gelingender sprachlicher Verständigung wechselseitig interpretieren."³⁴ Was für den Richter im Case Law die Präzedenzfälle, das sind im Fall der Verständigungspraxis die paradigmatisch und damit als prägend erfahrenen Fälle gelungener Verständigung.³⁵ Entsprechend handelt "regelhaft", "wer nach Präzedenzen erfolgreicher Handlungsvollzüge des gleichen Typs handelt". Das heißt, "regelhaftes Handeln" "besteht [...] immer darin, eine konkrete Handlungssituation [...] so auf die eigene Kenntnis ähnlicher Präzedenzfälle zu beziehen, dass von einem bestimmten Verhalten [...] mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit erwartet werden kann".³⁶

²⁹ Brandom, ebd., S. 380.

³⁰ Jasper Liptow, Interpretation, Interaktion und die soziale Struktur sprachlicher Praxis, in: Georg W. Bertram/Jasper Liptow (Hrg.), Holismus in der Philosophie. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie, Weilerswist 2002, S. 129 ff. (136).

³¹ Liptow, ebd., S. 138.

³² Liptow, ebd., S. 140.

³³ Jasper Liptow, Regel und Interpretation. Eine Untersuchung zur sozialen Struktur sprachlicher Praxis, Weilerswist 2004, S. 220.

³⁴ Liptow, ebd., S. 206.

³⁵ Ausdrücklich von einer Orientierung an "Präzedenzen" allerdings kollektivistisch in Bezug auf regelhaftes Handeln spricht auch David K. Lewis, Konventionen. Eine sprachphilosophische Abhandlung, Berlin 1975.

³⁶ Dietrich Busse, Textinterpretation. Sprachtheoretische Grundlagen einer explikativen Semantik, Opladen 1991, S. 174.

Allerdings wird dies nicht wieder kollektivistisch als eine Orientierung der Verständigung auf ihnen vorausliegende gemeinschaftliche Muster hin gedeutet, sondern in seiner individualistischen Konsequenz angenommen: "Gelungene Verständigung" heißt dann im Sinne Davidsons, vom anderen in dem Sinne interpretiert zu werden, den man sich für die eigene Äußerung vorgenommen hat. Entsprechend dem Brandomschen Modell wird Bedeutung über die Vergewärtigung von Festlegungen, die dabei eine ausschlaggebende Rolle gespielt haben, zum Standard von Interpretationen. Verständigung zeigt damit die grundsätzlich zeitliche Dimension, dass sich ihr Erfolg dem verdankt, Vergangenes als Ansatz für Interpretation einzuholen: "Die Tatsache, dass es keinen Standard für das Gelingen eines bestimmten Aktes sprachlicher Verständigung gibt, der außerhalb des Geschehens gegenseitiger Interpretation liegt, heißt nicht, dass es überhaupt keinen solchen Standard gibt. Der Standard für das Gelingen eines bestimmten Aktes sprachlicher Verständigung kann nämlich genauso gut anderen gelungenen Akten sprachlicher Verständigung entstammen."³⁷ Der Witz dabei ist, dass das Gelingen von Verständigung keineswegs auf so etwas wie Bedeutung bezogen ist jedenfalls nicht auf eine, die ihr vorausgesetzt wäre. Vielmehr ergibt sich umgekehrt Bedeutung als ein solches Gelingen. Insofern ist Bedeutung nicht die Mutter von Verständigung. Vielmehr ist der kommunikative Erfolg der Vater aller Bedeutung.³⁸ "Wir können die Teilnehmer an einem bestimmten Akt sprachlicher Verständigung deswegen bereits als mit intentionalen Zuständen und einer Sprache begabte Wesen begreifen, weil wir davon ausgehen können, dass diese Eigenschaften das Produkt unzähliger weiterer gelungener Akte der Verständigung sind."³⁹

Für das Gelingen der Verständigung sorgt somit die Festlegung darauf, selbst die Folge bereits gelungener Verständigung zu sein. Genau dieses Moment ist es auch, das dann für die Frage der Berechtigung von Interpretationen als Bedeutung expliziert werden kann. Hier zeigt sich, inwiefern es sich bei Bedeutung um gar nichts anderes handeln kann als um Inferenz. Sofern Bedeutung als Grund von Festlegungen auf einen Äußerungssinn oder eine Interpretation fungiert, beruht sie auf semantischer Anerkennung. Sofern diese aber nicht anders in Erscheinung treten kann als durch als Verständigung, bzw. Interpretation praktizierte Festlegung ist sie nichts anderes als die damit ausgeübte semantische Autorität.

Das Modell würde allerdings in Willkür oder Dezisionismus umschlagen, wenn die Geschichte hier zu Ende wäre. Dass dem nicht so ist, dafür sorgt die Absicht darauf, im eigenen Sinne verstanden, das heißt interpretiert zu werden. Genau diese Absicht verlängert die dafür praktizierte Festlegung auf eine Anerkennung gelungener Verständigung als Gehalt in die Zukunft. Die Interpre-

³⁷ Jasper Liptow, *Regel und Interpretation. Eine Untersuchung zur sozialen Struktur sprachlicher Praxis*, Weilerswist 2004, S. 206.

³⁸ Dieser Gedanke findet sich ohne Bezug auf Brandom bereits bei *Rudi Keller*, *Sprachwandel*, Tübingen 1990.

³⁹ Jasper Liptow, *Regel und Interpretation. Eine Untersuchung zur sozialen Struktur sprachlicher Praxis*, Weilerswist 2004, S. 220.

tation durch den anderen kann jeweils nur ein nächstes sein, da sie in nichts anderem wurzelt, als in dessen semantischer Autorität. Genau das macht die Pointe eines interaktionistischen Interpretationismus⁴⁰ aus, der dem Rechnung trägt, dass Interpretation praktisch für sich selbst zu sorgen hat. Sie muss die Regel immer wieder erst hervorbringen: "Die Tatsache, dass eine gegenwärtige Entscheidung, ob die Verständigung gelungen ist, unter Bezug auf eine Tradition gelungener Verständigung gerechtfertigt wird, die ihrerseits ein Konstrukt der Gegenwart ist, begründet nur scheinbar eine einseitige Autorität der Gegenwart über die Vergangenheit. Denn eine gegenwärtige Entscheidung darüber, ob ein bestimmter Akt der Kommunikation gelungen ist oder nicht, kann nur dann eine Autorität in Bezug auf die Vergangenheit entwickeln, wenn dieser Akt (und das mit ihm zusammenhängende Konstrukt der Tradition) von zukünftigen Akten gelungener Verständigung als Teil der Tradition anerkannt wird."⁴¹

IV. Von der vertikalen Auslegung zur horizontalen Vernetzung

Eine Abbildung der Rechtsquelle in der Entscheidung ist nicht möglich. Jeder Praktiker wird sofort bestätigen, dass die Erkenntnis des Rechts aus dem Text des Gesetzes nicht funktioniert. Dazu braucht man ein ganzes Verfahren und eine große Menge weiterer Texte. Häufig wird daraus abgeleitet, im Recht sei eben alles beliebig. Die Entscheidungsdeterminanten lägen im Charakter des Richters, seiner sozialen Herkunft oder seiner politischen Einstellung. Diese Theorie ist noch viel oberflächlicher als der klassische Gesetzespositivismus, den sie kritisieren will. Denn es bleibt bei der Determination durch eine Ebene der Eigentlichkeit hinter dem tatsächlichen Geschehen und die praktischen Vorgänge bedürfen keiner Beobachtung mehr. An die Stelle dieser Trivialitäten muss man eine Analyse der Praxis setzen. Entscheidungen sind eben nicht beliebig. Wer jemals eine Begründung zu einem Urteil geschrieben hat, weiß, dass eine riesige Anzahl von Anschlusszwängen abgearbeitet werden muss. Das sind die im Verfahren vorgebrachten Argumente, meist eine große Anzahl von Vorentscheidungen, die Kommentare, Gutachten und dies alles muss noch auf das Gesetz bezogen werden. Statt von einem Extrem der Determination ins andere Extrem der Beliebigkeit zu fallen, muss man diese Anschlusszwänge strukturieren. Normativität verschwindet dann als Substanz, wird aber sichtbar als Prozess.

Die Semantik von Rechtstexten ist im Verfahren umstritten. Der Bezug auf Präjudizien stabilisiert diese Semantik, indem er auf schon anerkannte Folgerungen verweist. Das Kriterium für die Anerkennungswürdigkeit von Rechtsmeinungen kann nur in der Stimmigkeit mit dem liegen, was schon anerkannt ist.

⁴⁰Dazu *Jasper Liptow*, Interpretation, Interaktion und die soziale Struktur sprachlicher Praxis, in: *Georg W. Bertram/Jasper Liptow* (Hrg.), *Holismus in der Philosophie*. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie, Weilerswist 2002, S. 129 ff.; sowie *ders.*, *Regel und Interpretation*. Eine Untersuchung zur sozialen Struktur sprachlicher Praxis, Weilerswist 2004, S. 148 ff. u. 220 ff.

⁴¹*Jasper Liptow*, *Regel und Interpretation*. Eine Untersuchung zur sozialen Struktur sprachlicher Praxis, Weilerswist 2004, S. 223.

Weder die dem Gesetz zuzumessende Autorität noch die dem Präjudiz zuerkannte Verbindlichkeit ändern dabei etwas an der Begründungslast, die von den entscheidenden Juristen auf sich zu nehmen ist. Alles, was er tun kann, ist lesen, hören, sprechen, schreiben, unterschreiben. Er handelt sprachlich. Und er hat es mit Text zu tun und nichts als Text, mit Fallerzählungen, Parteianträgen ebenso, wie mit Vorschriften und Regelungen, mit Einlassungen und Kommentaren ebenso, wie mit Vorentscheidungen und vor allem auch mit jenen Texten, die er schließlich selbst produziert, mit der Entscheidung, dem Tenor und den Urteilsgründen.

Wie der Jurist mit all diesen Texten umgeht, hängt allein von den Vorgaben ab, an die er gebunden ist. Auch die wiederum „ergeben sich“ nicht „von Natur aus“ aus irgendwelchen, der Praxis vorgegebenen und entzogenen Normen. Vielmehr greift der Jurist hier auf den der Praxis von Recht inhärenten, durch das Handeln der beteiligten Akteure selbst immer wieder instituierten normativen Sinn eben dieser Praxis zurück. Die verschiedenen Verrichtungen, die das Geschäft des Rechts ausmachen, enthalten selbst „implizite Normen, indem sie implizite normative Einstellungen beherbergen, durch die die betreffenden Normen instituiert werden.“⁴² Diese Einstellungen wiederum finden ihren Ausdruck im sozialen Verhalten des sanktionierenden Reagierens auf das Verhalten eines anderen: „Die implizite Beurteilung einer Performanz als korrekt oder inkorrekt manifestiert sich typischerweise in der Anwendung einer positiven oder negativen Sanktion.“⁴³ Das normative Moment von Praxis ist also sozial bzw. diskursiv verfasst. Es bietet damit zugleich den Ansatzpunkt für seine beständige Dynamik in der Arbeit der Beteiligten daran. Diese wird in den Gründen fassbar, die Akteure einander für ihr Handeln unterstellen und die sie bei Bedarf auch für ihr Handeln beibringen können. Als intelligent und rational handelnde Wesen bewegen wir uns in einem „normativ verfassten Raum der Gründe“.⁴⁴ Die Akteure als anerkannt kompetente Teilnehmer an einer Praxis wie der des Rechts beurteilen einander als solche in Hinblick auf eben die Gründe, die sich für das jeweilige Handeln finden lassen.⁴⁵ Und in dem Maße, in dem sich Handlungen rechtfertigen lassen, in dem Maße vermag der Verweis auf sie wiederum als Grund für das weitere Handeln herzuhalten. Normen bestehen so in nichts anderem als in der gegenseitigen Beurteilung, der die Beteiligten ihr Handeln unterziehen.

Genau dies praktiziert der Verweis auf die frühere Rechtsprechung. Indem die Gerichte diese als Rechtsbehauptung argumentativ ins Feld führt, „autorisieren“ sie auch die Konsequenzen, die sich daraus ableiten lassen. Zugleich aber ste-

⁴² *Sebastian Knell*, Die normativistische Wende in der analytischen Philosophie. Zu Robert Brandoms Theorie begrifflichen Gehaltes und diskursiver Praxis, in: *Allgemeine Zeitschrift für Philosophie* 2000, S. 225 ff., 235. Weiter auch R. Christensen/M. Sokolowski, Theorie und Praxis aus der Sicht der Strukturierenden Rechtslehre, in: *Rechtstheorie* 32, 2001, S. 327 ff., 328 f.

⁴³ *Knell*, ebd., S. 225 ff., S. 225.

⁴⁴ Ebd., S. 225.

⁴⁵ Ebd., S. 225.

hen sie umgekehrt in der Verantwortung dafür. Sie sind nicht nur auf diese Konsequenzen der Rechtsbehauptungen „festgelegt“, sondern zugleich darauf, dass diese sich als eine Entscheidung von Recht legitimieren lassen. Dieses Doppelverhältnis von Autorisierung und Verantwortung setzt eine komplexe Dynamik von Berechtigungen frei. Zum einen ist dies die Berechtigung, sich auf die in der eigenen früheren Entscheidung erfolgreich in Geltung gesetzten Rechtsbehauptung zur Begründung des aktuell anstehenden Urteils zu berufen. Zum anderen geht damit aber auch zugleich die Festlegung darauf einher, Gründe in Gestalt des Verweises auf die eigene Rechtsprechung überhaupt zu haben. Aus deren jeweiliger Zu- bzw. Aberkennung ergibt sich ganz allgemein auch der jeweilige Status, den die Beteiligten in der Praxis genießen. Die entsprechenden „Einstellungen des An- und Zuerkennens von Festlegungen und Berechtigungen auf unterschiedliche Akteure, die an einer sozialen Praxis mitwirken“, machen deren „deontischen Kontostand“ im Rahmen der entsprechend gesellschaftlich instituierten Praxis, hier der des Rechts, aus. Und die entsprechenden Handlungen eines Gerichts lassen sich als „Aktivität der situativen Anpassung der jeweiligen Kontoführungseinstellungen in Reaktion auf signifikante Performanzen einzelner Akteure“, als „deontische Kontoführungspraxis“ betrachten.⁴⁶ Und je positiver dabei die Bilanz gemessen am Ausbleiben von Sanktionen etwa in Gestalt der Kritik und der Revision früherer Entscheidungen ausfällt, desto größer ist das normativ wirksame Gewicht der Ergebnisse der eigenen Rechtsarbeit, desto mehr gewinnen diese an diskursiver Autorisierungsmacht. Deren „Zuerkennung (...) bringt die implizite Einstellung zum Ausdruck, die Behauptung für berechtigt zu halten.“⁴⁷ Es spricht dafür, was das Gericht einmal für rechtens gehalten hat im Fall des neuerlichen Streits auch anzunehmen. In dem Maße, in dem das gelingt, fungiert der Verweis auf die eigene Rechtsprechung als Argument. Sein praktisch normativer Druck ist ein doppelter, ein semantisch Recht generierender und ein methodisch Recht garantierender. Argument und Form sind im Verweis auf die eigene Rechtsprechung, wie nicht anders sonst⁴⁸, zwei Seiten derselben Medaille praktiziert praktischer Normativität.

Das Gewicht, das der Verweis auf die eigene Rechtsprechung für die Arbeit der Gerichte hat, wirft natürlich auch die Frage nach der Beurteilung der Risiken und Chancen, die darin liegen, auf. Das Misstrauen von Rechtstheoretikern gegenüber einem sich an den eigenen Entscheidungen fortschreibenden „Richterrechts“ ist nicht unberechtigt.⁴⁹ Gerade wenn man sich die Funktion einer „Ar-

⁴⁶Ebd., 237.

⁴⁷Ebd., 239. Robert B. Brandom, *Making it explicit*. Cambridge/Mass./London 1994, S. 180.

⁴⁸Allgemein dazu die Kritik des dritten empiristischen Dogmas einer Trennung von Schema und Inhalt bei D. Davidson, *Was ist eigentlich ein Begriffsschema?*, in: ders., *Wahrheit und Interpretation*, Frankfurt/M. 1990, S. 261 ff., 270 ff.

⁴⁹Siehe beispielsweise nur F. Bydlinski, *Hauptpositionen zum Richterrecht*, in: *JZ* 1985, S. 149 ff.; H. Sandler, *Richterrecht - rechtstheoretisch und rechtspraktisch*, in: *NJW* 1987, S. 3240 ff. *Grundlegend zum Problem in kritischer Auseinandersetzung mit der herrschenden Lehre* F. Müller, *Richterrecht - rechtstheoretisch formuliert*, in: *Richterliche Rechtsfortbildung. Erscheinungsformen, Auftrag, Grenzen*. Festschrift der Juristischen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, hrsg. von den Hochschullehrern der Juristischen

beitersparnis“ vor Augen hält, aber auch die Petrifizierung der eigenen Entscheidungspraxis zu einer „ständigen Rechtsprechung“, kommt einem jener Spruch in den Sinn, der die Problematik der Rechtsfortschreibung am eigenen Text auf den Punkt bringt. Ärzte, so heißt es, beerdigen ihre Fehler. Wenn jedoch ein Jurist einen Fehler macht, dann wird dies ein allgemeiner Rechtsgrundsatz. Dies weist deutlich auf das Risiko hin, das dem Einsatz des Verweises auf die eigene Rechtsprechung grundsätzlich anhaftet. „Arbeitsersparnis“ droht in die Fortschreibung von Fehlentscheidungen zu münden. Das wäre eine eine blinde Bindung an Präjudizien.

Man muss daher die Rolle der Präjudizien in die Theorie der Rechtsquellen einfügen. Wenn das Gesetz um zum Recht zu werden, das Verfahren, die Argumentation und Präjudizien benötigt, dann muss die Theorie der Rechtsquellen dies erklären können.

V. Entscheiden als Transkription der Rechtsquelle

Metaphern spielen in der Wissenschaft oft eine zentrale Rolle, die man nicht bemerkt. Ihre Analyse ist nützlich, weil solche grundlegenden Bilder Perspektiven eröffnen oder versperren. Die Rechtsquelle ist eine dieser Metaphern. Die Logik des Bildes setzt die Sprache des Gesetzes mit dem Wasser gleich. Darin liegen Chancen und Risiken. Zunächst zu den Risiken: Wenn man nur die Quelle betrachtet und den Berg dahinter, ist Entscheiden eine beschauliche Betrachtung. Man muss nur sauber aufnehmen, was vorgegeben ist. Rechtsprechung ist Abbildung eines in der Sprache des Gesetzes vorgegebenen Bedeutungsgegenstands. Wenn man dagegen nur den reißenden Strom der Argumentation betrachtet, auf dem der Richter versucht, das trunkene Schiff des Verfahrens zu steuern, hat Entscheiden als verzweifelte Improvisation mit der Quelle so gut wie nichts zu tun. Beide Lesarten verkürzen die Logik des Bildes. Natürlich entsteht, wie Kirchhoff hervorhebt, das Wasser nicht in der Quelle. Aber es entsteht auch nicht im Berg. Es bildet vielmehr einen Kreislauf und ist damit nicht Substanz, sondern Prozess. Diese Logik muss man für die im Rechtssystem erzeugte Normativität nutzen. Normativität ist keine Substanz, die in der Sprache vorgegeben ist und abgebaut werden kann wie Bodenschätze in der Erde. Sie ist vielmehr ein praktischer Prozess als ein sich selbst stabilisierendes System. In der Logik dieses Bildes wäre der Normtext der Ausgangspunkt, welcher über den Strom der Argumente im Verfahren seine Bedeutung erhält und dann als mitgebrachte Verwendungsweisen auf weitere künftige Verfahren einwirkt.

Für den Zugang zu den praktisch anerkannten Legitimationsmaßstäben juristischer Praxis eröffnet sich damit ein zweiter Weg. Vorpragmatisch ging es um den Aufweis eines dem juristischen Handeln vorgeordneten Gegenstand der Erkenntnis.⁵⁰ Für einen pragmatischen Ansatz muss es aber darum gehen, die

Fakultät der Universität Heidelberg, Heidelberg 1986, S. 65 ff.; sowie ders., ‚Richterrecht‘. Elemente einer Verfassungstheorie III, Berlin 1986.

⁵⁰Es handelt sich dabei meistens um den Dreischritt von Begriffen, Prinzipien und Gerechtigkeitsidee. Klassisch wurde dies von Larenz ausformuliert und von Alexy in der

vorhandenen Selbstbeschreibungen einer Praxis mit ihrer tatsächlichen Vorgehensweise zu konfrontieren, um so eine Präzisierung zu erreichen. Während der erste Ansatz die Rechtsquelle als Inhalt unterstellt, sieht der zweite Ansatz sie als Form, an der Handeln anknüpft.

Der Richter muss seine Entscheidung begründen und findet dazu Material in der Argumentation des Verfahrens. Aber der Relevanzhorizont, der seine Begründung abarbeiten muss, ergibt sich nicht nur aus dem Verfahren, sondern auch aus dem Stand der Wissenschaft und entsprechenden Vorentscheidungen. Diese Faktoren kommen im herkömmlichen Ansatz nicht in den Blick, weil die Entscheidung als einsame Erkenntnis des Richters direkt aus der Rechtsquelle modelliert werden muss. Auch der Begriff Rechtsquelle muss deswegen zunächst aus dem Zusammenhang des vertikalen und epistemischen Holismus herausgelöst werden, damit Notwendigkeit und Gewicht der Verwertung von anderen Entscheidungen bestimmt werden können.

Wie muss man aber den Begriff der Rechtsquelle präzisieren, damit Argumentation und Vernetzung mit anderen Entscheidungen als integraler Teil einer horizontal gefassten Gesetzesbindung gedacht werden können. Weil es sich beim Recht um eine Medienkonstellation aus geschriebener Sprache des Gesetzes, gesprochener Sprache im Verfahren und geschriebener Sprache in der Begründung handelt, ist es nötig, den Begriff der Rechtsanwendung medientheoretisch fortzuentwickeln.

Die Metapher der Rechtsquelle taucht im Kontext der richterlichen Gesetzesbindung auf. Herkömmlich soll sie den Gegenstand dieser Bindung darstellen und ist mit dieser Rolle natürlich überfordert. Um ihre tatsächliche Bedeutung als Lieferant für die Legitimität der Gerichtsentscheidung zu bestimmen, muss man ihre Rolle im Verfahren untersuchen. Ein Normtext wird zur Quelle durch die Herstellung, Aufrechterhaltung und richterliche Sanktionierung des Bezugs darauf. Die Rechtsquelle wird aber nicht erkannt, sondern vielmehr in Verfahren ständig diskutiert. Was das heißt, macht eine medientheoretische Präzisierung im Begriff der Beobachtung deutlich: Beobachten vollzieht sich als beständiger Übergang. Dieser Übergang wird aufgenommen vom Begriff der Transkription.⁵¹ Das lateinische *transcribere* steht für Abschreiben oder Umschreiben. Zwischen Abschrift und Umschrift ist der Spielraum des Ereignisses zu erkennen und damit das mögliche Moment der Transgression. Dieses Bedeutungspotential ist auch im Recht nützlich, denn der Sinn der Rechtsquelle wird auf dem Weg vom Gesetzbuch ins Verfahren zur Begründung langsam aber beständig umgeschrieben.

Vor seiner medientheoretischen Generalisierung wurde der Begriff der Transkrip-

Struktur seiner Theorie wiederholt. Zur generellen Kritik an dieser verkürzten Sichtweise vgl. *Alexander Somek*, *Der Gegenstand der Rechtserkenntnis*, Baden-Baden 1996.

⁵¹Dazu *Georg Stanitzek*, *Transkribieren*. *Medien/Lektüre: Einführung*, in: *Ludwig Jäger/Georg Stanitzek* (Hrsg.), *Transkribieren*. *Medien/Lektüre*. München 2002, 7 ff.; *Ludwig Jäger*, *Transkriptivität*. Zur medialen Logik der kulturellen Semantik, in: *Ludwig Jäger/Georg Stanitzek* (Hrsg.), *Transkribieren*. *Medien/Lektüre*. München 2002, 19 ff.

tion schon in anderen Wissenschaften verwendet und entwickelt, etwa in der Soziologie, wo man damit das Übertragen eines qualitativen Interviews in eine quantitative und auswertbare Form bezeichnet, und der Musikwissenschaft, in der man neben der Umschreibung von einer Notenschrift in die andere auch die Übertragung eines klingenden Werkes in eine Notenschrift als Transkription begreift.⁵² Grundlegende Bedeutung hat der Begriff aber vor allem in der Linguistik gewonnen: Während in der Phonetik damit die Übertragung einer Schreibung oder eines Phonems in eine andere als die ursprüngliche bzw. der jeweiligen Sprache entsprechenden Schrift bezeichnet wird, steht Transkription in der Konversationsanalyse für das Übertragen von gesprochener Sprache, Gesprächen oder auch Gebärden in eine schriftlich fixierte Form. Die deutschsprachige Gesprächsanalyse hat für diesen „Transfer vom Mündlichkeit und Schriftlichkeit zu Zwecken empirischer Sprachanalyse“⁵³ das Verfahren der „halbinterpretativen Arbeitstranskription“ (HIAT) entwickelt.⁵⁴ Bei diesem Verfahren zur Verschriftlichung mündlicher Dialoge wird Sinn aus nicht-wissenschaftlichen Kontexten zu wissenschaftlichen Zwecken umgeschrieben, wobei aber der Bezug zum Ausgangsmaterial trotz Verschiebung erhalten bleiben soll.⁵⁵

Die Idee der Transkriptivität wird in der Medientheorie gegenüber der linguistischen Gesprächsanalyse generalisiert: Transkriptionen sollen nicht einfache Umsetzung in der Form sein, sondern produktiv den Text reformulieren. Dabei ist aber die Transkription als die Inszenierung von Sinn nicht vollkommen autonom; vielmehr wird sie an dem Anspruch gemessen, gerade diesen Ausgangspunkt zu artikulieren. Vorderhand scheint es sich beim Transkribieren erst einmal um eine Angelegenheit zwischen Medien zu handeln, um einen Transfer von Medium zu Medium. Möglich ist dies dadurch, „dass Medien vor allem andere Medien enthalten“.⁵⁶ Dadurch verweist ein Medium aus sich heraus. Das Transkribieren vermag diesen Verweis aufzunehmen und zu vollziehen. Die Transkriptionsprozesse haben dabei den Charakter einer Transponierung⁵⁷ oder einer

⁵² *Sybille Krämer*, Was haben ‚Performativität‘ und ‚Medialität‘ miteinander zu tun?, in: dies. (Hrsg.), *Medien, Computer, Realität. Wirklichkeitsvorstellungen und Neue Medien*, Frankfurt am Main 1998, S. 9 ff., 25. Dazu hier *Georg Stanitzek*, Transkribieren. *Medien/Lektüre: Einführung*, in: *Ludwig Jäger/Georg Stanitzek* (Hrsg.), *Transkribieren. Medien/Lektüre*. München 2002, 7 ff.; *Ludwig Jäger*, Transkriptivität. Zur medialen Logik der kulturellen Semantik, in: *Ludwig Jäger/Georg Stanitzek* (Hrsg.), *Transkribieren. Medien/Lektüre*. München 2002, 19 ff. Als Quelle zu Folgendem <http://de.wikipedia.org/wiki/Transkription>, samt Weiterverweisen.

⁵³ *Angelika Redder*, Professionelles Transkribieren, in: *Ludwig Jäger/Georg Stanitzek* (Hrsg.), *Transkribieren. Medien/Lektüre*. München 2002, 115 ff., 115.

⁵⁴ Siehe *Konrad Ehlich/Jochen Rehbein*, Halbinterpretative Arbeitstranskription (HIAT), in: *Linguistische Berichte* 45 (1976), 21 ff. Dazu *Angelika Redder*, Professionelles Transkribieren, in: *Ludwig Jäger/Georg Stanitzek* (Hrsg.), *Transkribieren. Medien/Lektüre*. München 2002, 115 ff., 129 ff.

⁵⁵ Zu diesen Momenten des wissenschaftlichen Transkriptionsbegriffes *Angelika Redder*, Professionelles Transkribieren, in: *Ludwig Jäger/Georg Stanitzek* (Hrsg.), *Transkribieren. Medien/Lektüre*. München 2002, 115 ff., 115.

⁵⁶ *Claudia Liebrand/Irmela Schneider*, Einleitung, in: *dies.* (Hrsg.), *Medien in Medien*. Köln 2002, 9 ff., 9.

⁵⁷ So werden bei der Gesprächsanalyse lautliche und gestische Artikulationen des Sprechers in eine Partitur von Graphemen übersetzt, wie etwa bei dem erwähnten Verfahren der

Übersetzung.⁵⁸ Wenn man mit Davidson davon ausgeht, dass „Übersetzen“ bereits in der eigenen Sprache beginnt, so wird deutlich, dass Transkribieren auch schon ein inframedialer Vorgang ist.⁵⁹ Transkribieren ist also eine Transformation, die den Ausdruck als Verkörperung von Sinn in Szene setzt und so auf diesen rückbezogen bleibt, ohne von ihm vollkommen festgelegt zu sein. Dies ist genau die Spannung zwischen der Bedeutsamkeit eines Normtextes dank seiner Geltung und seiner Bedeutung an Recht, die er im Urteil als Ergebnis des Verfahrens findet.

Bedeutungserschließung ist daher auf transkriptive Verfahren angewiesen, die es erlauben, „Projektionen aus dem Modus der Unbestimmtheit beziehungsweise Unlesbarkeit in den der Lesbarkeit zu versetzen.“⁶⁰ Dieser Vorgang wird durch die Reflexivität von Sprache ermöglicht. Durch die Annahme der Lesbarkeit wird etwas zum Zeichen gemacht und dadurch weiteren Lesarten ausgesetzt. Dies ist auch die Situation des juristischen Verfahrens, in dem der Normtext den widerstreitenden Lesarten der Parteien ausgeliefert ist. Zur Auswahl einer verbindlichen Lesart bedarf es der Arbeit des Verfahrens, die aber insofern an den Normtext rückverpflichtet bleibt, als sie beansprucht, ihn in Szene zu setzen.

Das Transkribieren folgt dabei der medialen Logik einer Sinnerzeugung aus der Ausdruckswahrnehmung, die dadurch erst vollzogen wird. Der Vorgang des Transkribierens geht vom Präskript aus; dieses ist „das zugrundeliegende symbolische System selbst, das fokussiert und in ein Skript verwandelt wird.“⁶¹ Im Aspekt der Wahrnehmung wird durch die Transkription der Text als Ausdruck buchstäblich vorgestellt. Text ist dabei in einem weiten Sinn zu verstehen, „der auch Bilder, Stimmen, Architektur usw. als Gegenstände von Lektüre zu konzipieren gestattet.“⁶² Zu einem Ausdruck werden solche „Gegenstände“ dabei überhaupt erst durch die Annahme einer Lesbarkeit,⁶³ nicht durch irgendeine Eigenleistung, die bloß aufzunehmen wäre. Es ist der Verdacht von Sinn, der das Objekt damit zu einer der Gestaltung sich öffnenden Verkörperung macht. Diese Gestaltung vollstreckt die Transkription in Skripten als den „durch das Verfahren lesbar gemachten, das heißt transkribierten Ausschnitte(n) des zu-

halbinterpretativen Arbeitstranskription.

⁵⁸Dazu ausführlich *Michael Wetzel*, Unter Sprache – Unter Kulturen. Walter Benjamins „Interlinearversion“ des Übersetzens als Inframedialität, in: *Claudia Liebrand/Irmela Schneider* (Hrsg.), *Medien in Medien*. Köln 2002, 154 ff.

⁵⁹Dazu *Ludwig Jäger*, Transkriptionen: inframedial, in: *Claudia Liebrand/Irmela Schneider* (Hrsg.), *Medien in Medien*. Köln 2002, 123 ff.; sowie ausführlich *Samuel Weber*, Transkribieren und „Einsprachigkeit“, in: *Claudia Liebrand/Irmela Schneider* (Hrsg.), *Medien in Medien*. Köln 2002, 129 ff.

⁶⁰*Claudia Liebrand/Irmela Schneider*, Einleitung, in *Liebrand/Schneider* (Hrsg.), *Medien in Medien* Köln 2002, 9 ff., 10.

⁶¹*Ludwig Jäger*, Transkriptivität. Zur medialen Logik der kulturellen Semantik, in: *Ludwig Jäger/Georg Stanitzek* (Hrsg.), *Transkribieren. Medien/Lektüre*. München 2002, 19 ff., 30. Jäger spricht in seinen früheren Arbeiten meist noch vom „Quelltext“ oder Prätext, hat diese Begrifflichkeit aber im Weiteren zugunsten von Präskript aufgegeben.

⁶²*Georg Stanitzek*, Transkribieren. Medien/Lektüre: Einführung, in: *Ludwig Jäger/Georg Stanitzek* (Hrsg.), *Transkribieren. Medien/Lektüre*. München 2002, 7 ff.; 8.

⁶³Sonst werden sie als Unsinn abgetan. Vgl. dazu *Oliver Jahraus*, Systemtheorie, Dekonstruktion und Medientheorie, Wien 2001, 113.

grundlegenden symbolischen Systems“.⁶⁴ Man schreibt den Text als Gestalt in einen Sinn um. Dadurch verschwindet der Text im Verstehen. Den Status von Skripten erhalten Symbolsysteme nur dadurch, dass sie transkribiert werden, also aus Präskripten in semantisch auf neue Weise erschlossene Skripte verwandelt werden: „Tatsächlich stellt also jede Transkription die Konstitution eines Skripts dar, wiewohl das Verfahren zunächst auf ein schon vor seiner transkriptiven Behandlung existierendes symbolisches System trifft.“⁶⁵

Es offenbart sich damit eine eigentümliche Beziehungslogik von Präskript, Skript und Postskript: obgleich das Präskript der Transkription vorausgeht, ist es als Skript doch erst das Ergebnis der Transkription. Man darf deshalb nicht davon ausgehen, dass zwischen Präskript/ Skript und Transkript ein einfaches Verhältnis der Abbildung besteht. So stellt die narrative Darstellung eines geschichtlichen Ereignisses als Transkript der in den Quellen dokumentierten, aber erst durch die Transkription narrativ selektierten und verbundenen Sachverhalte keine Abbildung dieser Sachverhalte dar, sondern konstituiert sie als historisches Ereignis. Die Aussage, dass sich die Geschichte erst im transzendentalen Rahmen des Wissens von ihr konstituiert,⁶⁶ expliziert deshalb nichts anderes als die transkriptive Logik der Geschichtsschreibung: erst aus der Perspektive der darstellenden Transkriptionen der Quellen erhalten diese einen Status als Skript und damit eine Semantik. Die Quellen werden durch ihre narrativen Transkriptionen konstituiert und in einer bestimmten Hinsicht lesbar gemacht.

Die Transkription überschreibt den Text in einen geäußerten Sinn oder Gehalt. Sofern dieser als „geäußert“ erzeugt wird, wird der Text auch schon wieder vernehmlich. Er steht wiederum als Ausdruck vor dem Sinn, dessen Vollzug somit jene Differenz aufreißt, die Generationen von Sprachtheoretikern Kopfzerbrechen bereitete: der Bestimmung des Verhältnisses von Signifikant zu Signifikat.⁶⁷ Als Moment von Transkription betrachtet, wird die Sache an den ihr zustehenden Ort praktischer Verantwortlichkeit überwiesen. „Transkripte sind also nicht nur keine Abbildungen von Skripten, sondern diese sind ihrerseits auch nicht einfach Derivationen des Transkriptionsverfahrens. Tatsächlich kann man die Relation von Transkript und Skript nach dem Zeichen-Muster der Relation von Signifikant und Signifié verstehen: Beide lassen sich erst *ex post actu* – nach dem Verfahren der Transkription – als konstituierte Momente eines synthetischen Ganzen verstehen. Die Transkription konstituiert ein Skript

⁶⁴Ludwig Jäger, Transkriptivität. Zur medialen Logik der kulturellen Semantik, in: *Ludwig Jäger/Georg Stanitzek* (Hrsg.), *Transkribieren. Medien/Lektüre*. München 2002, 19 ff., 19 ff., 30.

⁶⁵Ebd.

⁶⁶So *Manfred Riedel*, Positivismuskritik und Historismus. Über den Ursprung des Gegensatzes von Erklären und Verstehen im 19. Jahrhundert, in: *Jürgen Blühdorn/Joachim Ritter* (Hrsg.), *Positivismus im 19. Jahrhundert. Beiträge zu seiner geschichtlichen und systematischen Bedeutung*. Frankfurt am Main 1971, im Anschluss an *Johann Gustav Droysen*, *Historik. Rekonstruktion der ersten vollständigen Fassung der Vorlesungen 1857*. Herausgegeben von Peter Leyh. Stuttgart 1977, 218, 236.

⁶⁷Zur ausführlichen Kritik siehe *Ludwig Jäger*, Transkriptivität. Zur medialen Logik der kulturellen Semantik, in: *Ludwig Jäger/Georg Stanitzek* (Hrsg.), *Transkribieren. Medien/Lektüre*. München 2002, 19 ff.

und macht es lesbar, versetzt dieses jedoch zugleich in einen Status, aus dem sich Angemessenheitskriterien für den Lektürevorschlag ableiten lassen, den das Transkript unterbreitet.“⁶⁸

Das Skript, welches jede Transkription erzeugt und durch das der Text als Verkörperung von Sinn vollzogen wird, geht in seiner Abhängigkeit von jener Transkription, der es seine Existenz verdankt, aber keineswegs auf. Vielmehr sind Skript und Transkript immer schon auf Postskripte hin geöffnet, welche diese Differenz auf transkriptive Angemessenheit hin beobachten. Damit sind die Rahmenbedingungen eines rekursiven Spiels gesetzt, innerhalb dessen das erzeugte Skript eine Art Eigenrecht erlangt.⁶⁹ Skripte sind in ihrer Behauptung als Lesart des Präskripts immer Postskripten geöffnet, die genau diese Behauptung thematisieren und konterkarieren, indem sie durch einen solchen Anspruch die Stelle des Skripts für sich einzunehmen gedenken. Das ist der Streit der Lesarten im Verfahren.

Wenn der Normtext durch den Leser vom Status einer Zeichenkette in Bedeutung überführt wird, entsteht ein Skript. Die Argumentation um die Vertretbarkeit von Lesarten eröffnet dann den Raum von Postskripten. Der Streit der Lesarten etabliert dabei das Skript als Rechtsquelle, wenn sich beide Parteien auf denselben Normtext beziehen. Da aber jede Partei den Bezug der anderen bestreitet, ist der Inhalt der Quelle noch nicht definiert. Die Quelle gibt nicht den Ausschlag, weil sie ein Maß für die streitigen Lesarten enthielte, sondern allein, weil sie gleichermaßen in den Transkriptionen als Skript enthalten ist.

Die „Tatsachen“ liegen nicht als solche vor, sie sprechen nicht, „sondern wir lassen sie sprechen“. Dies geschieht im Rahmen einer Transkription, die dem Präskript den Status eines Skripts zuweist, so wie eine historische Überlieferung „erst durch unsere Fragen in eine Quelle verwandelt“ wird.⁷⁰ Dieser Vorgang geschieht allerdings nicht auf beliebige Art und Weise. „Weil es Postskripte gibt, die den Rekurs auf die Differenz von Skript und Transkript leisten, gilt vielmehr umgekehrt: ‚Die Quellen haben ein Vetorecht.‘“⁷¹ Gerade dieser Aspekt ist für die Logik von Transkriptionsprozessen von konstitutiver Bedeutung: sie eröffnen einen Prozess des rekursiven Bezugs, in dem Transkripte auf ihr Recht, ihre Korrektheit, auf andere Möglichkeiten hin zu befragen sind. Zwischen Trans- und Postskript erweist sich die Kontingenz des Skripts.⁷²

⁶⁸Ebd., 19 ff., 33 f.

⁶⁹Georg Stanitzek, *Transkribieren. Medien/Lektüre: Einführung*, in: *Ludwig Jäger/Georg Stanitzek* (Hrsg.), *Transkribieren. Medien/Lektüre*. München 2002, 7 ff., 10.

⁷⁰Johann Gustav Droysen, *Historik. Rekonstruktion der ersten vollständigen Fassung der Vorlesungen 1857*. Herausgegeben von Peter Leyh. Stuttgart 1977, 218, 236.

⁷¹So Georg Stanitzek, *Transkribieren. Medien/Lektüre: Einführung*, in: *Ludwig Jäger/Georg Stanitzek* (Hrsg.), *Transkribieren. Medien/Lektüre*. München 2002, 7 ff., 10, im Anschluss an Reinhart Koselleck, *Standortbindung und Zeitlichkeit. Ein Beitrag zur historiographischen Erschließung der geschichtlichen Welt*, in: *ders., Vergangene Zukunft. Zur Semantik geschichtlicher Zeiten*. Frankfurt am Main 1979, 176 ff., 204 ff.

⁷²Georg Stanitzek, *Transkribieren. Medien/Lektüre: Einführung*, in: *Ludwig Jäger/Georg Stanitzek* (Hrsg.), *Transkribieren. Medien/Lektüre*. München 2002, 7 ff., 10. Zum Begriff des rekursiven Bezugs siehe Winkler, *Diskursökonomie* (Fn. 35), 170. Im Unterschied zur

Transkription stellt also „ein grundlegendes Verfahren des Lesbarmachens kultureller Semantik dar, wobei die intramediale reflexive Doppeltheit der Sprache bzw. die intermediale Dualität der ins Spiel gebrachten symbolischen Systeme oder Teilsysteme von entscheidender Bedeutung ist.“⁷³ Sinn ist nur in Transkripten zu haben und verdankt sich allein der Performanz von Verständigungsprozessen.

So wie in der Geschichtswissenschaft Quellen erst in der Narration konstituiert und anerkannt werden, so werden auch in der juristischen Argumentation des Verfahrens die von den Parteien herangezogenen Rechtsquellen erst durch die anschließende Diskussion und die Affirmation des Gerichts anerkannt. Wenn aber die Quelle der Argumentation nicht übergeordnet, sondern eingeordnet ist, dann muss man das Modell vertikale Erkenntnis durch eine horizontale Vernetzung ersetzen.

Abstrakter formuliert: Juristisch ist damit eine Neubewertung der Kasuistik angesagt. Es gilt der Vorrang der partikularen Fallerfahrung und des Einzelfallgesetzes vor dem vorschnell generalisierenden Zugriff des allgemeinen Gesetzes. Doch müsste dies von einer entschiedenen Politisierung des Fallrechts begleitet sein, die nicht bloß den individuellen Interessenausgleich im Einzelfallkonflikt anstrebt, sondern sich explizit als Experiment an gesellschaftlichen Institutionen versteht. Wenn dies nicht nur eine leere Formel zur Wiederbelebung des stillen Zivilrechts sein sollte, dann müsste sich dies in prozeduralen Änderungen des Rechts niederschlagen, in Änderungen, die von der Kollektivierung der Klagebefugnis über öffentliche Beteiligungs- und Anhörungsrechte, über anspruchsvollere Beweisverfahren bis hin zu einem lernenden nachträglichen Umgang mit rechtskräftigen Urteilen reicht. An die Stelle einer schon im Gesetz vorhandenen Einheit tritt hier ein Stolpern des Rechts von Fall zu Fall. Der Zusammenhang im blinden Experimentalismus wird nur durch die Argumentation verbürgt als wechselseitige Beobachtung der Knoten im Netz. Jeder Spruchkörper im Zentrum des Rechts ist verpflichtet, die Entscheidungen anderer Gerichte zu beachten. Das heißt, er muss ihnen nicht folgen, aber er kann mit einem neuen Argument abweichen.⁷⁴

Die traditionelle Auffassung geht von einem vertikalen und epistemischen Holismus aus. Danach ist das Ganze des Rechts einer Erkenntnis zugänglich und von dort aus muss das jeweilige Einzelproblem gelöst werden. Da diese voraussetzungsvolle Erkenntnis eine lange Initiation und ein spezielles Training voraussetzt, gibt es keinen Spielraum für die Argumentation der Laien und Einsichten der Nachbarwissenschaften. Einen Rechtssatz zu verstehen heißt danach, eine Hierarchie von Rechtsquellen aus der Sinnmitte der Gerechtigkeit heraus zu erkennen.

Informatik bildet dieser Begriff hier keinen Gegensatz zur Iteration.

⁷³Ludwig Jäger, Transkriptivität. Zur medialen Logik der kulturellen Semantik, in: *Ludwig Jäger/Georg Stanitzek* (Hrsg.), *Transkribieren. Medien/Lektüre*. München 2002, 19 ff., 35.

⁷⁴Hierzu: *Andreas Fischer-Lescano/Gunther Teubner*, *Prozedurale Rechtstheorie: Rudolf Wiethölter*, in: *Sonja Buckel, Ralph Christensen & Andreas Fischer-Lescano* (Hrg.), *Neue Theorien des Rechts*, Stuttgart 2006, S. 79 ff.

Eine neuere pragmatische Auffassung geht von einem horizontalen und praktischen Holismus aus. Danach ist das Ganze des Rechts gerade keiner Erkenntnis zugänglich, sondern funktioniert nur als Horizont einer praktischen Auseinandersetzung. In diesem Modell ist man auf Argumente der Verfahrensbeteiligten und Horizonterschließung durch Nachbarwissenschaften angewiesen. Einen Rechtssatz verstehen heißt danach, ihn mit vielen anderen zu vernetzen und in einem Verfahren darüber zu streiten.

VI. Schluss

Das Gesetz kann nicht entscheiden. Es braucht dazu den Richter. Aber der Richter ist dabei nicht frei, sondern gebunden. Worin bestehen seine Bindungen, wenn er das Recht, an das er gebunden ist, selbst erzeugt?

Früher hat man diese Frage mit pathetischen Gesten beantwortet. Der Richter sei in einer kafkaesken Situation, weil er weiß, dass er gebunden ist, aber nicht weiß, woran. Soviel Nichtwissen kann sich ein Richter bei den heute vorgegebenen Erledigungszahlen aber nicht mehr erlauben. Er muss sich vielmehr mit den vorgetragenen Argumenten, Schriftsätzen und Vorentscheidungen in knapper Zeit auseinandersetzen. Oder man hat das Richterbild aufgeladen, mit der existenziellen Intensität der großen Entscheidung. Der Richter ist hineingehalten ins normative Nichts und steht als einsames Subjekt vor der Notwendigkeit, zwischen Freund und Feind zu wählen. Aber das einsame Subjekt kennt der von Kommunikation überschwemmte Richter nur noch aus der Literatur, und seine vielfältigen Äußerungspflichten lösen die große Entscheidung in eine Vielzahl von kleinen Entscheidungen auf. Der heute weitgehend anerkannte Umstand, dass das Gesetz nicht entscheiden kann, führt also weder in die Verzweiflung, noch in den Dezisionismus, sondern ganz nüchtern in die Analyse der Anschlusszwänge, der die Richter bei der Erzeugung von Recht ausgeliefert sind. Bei der Verarbeitung dieser Zwänge bilden sich normative Standards aus, die es erlauben, eine Entscheidung als richtig oder falsch zu bezeichnen.

Die herkömmliche Lehre hatte die richterliche Gesetzesbindung als monologische Erkenntnis aus einer vorgeordneten Rechtsquelle stilisiert. Das Urteil muss sich demnach einfügen in eine vertikale Systematik von Prinzipien und Rechtsidee. Ein Neuansatz muss die Gesetzesbindung pragmatisch begreifen als Konstruktion einer Rechtsquelle in einem mehrpoligen Verfahren. Das Urteil fügt sich dann in eine horizontale Systematik ein, bestehend aus Argumenten und Vorentscheidungen. Wir unterstellen das Gesetz als Form und streiten über den Inhalt.