



This pdf document provided by SOULL can be cited as:

Christensen, Ralph: "Im Namen des Volkes" In: SOULL – Sources of Language and Law, <https://legal-linguistics.net> (Last update: 13.7.2020)

All rights reserved.

V. Im Namen des Volkes

Der Austausch des Legitimitätsmythos gegen die Betrachtung der Performanz von Legitimität führt zu neuen Problemen. Sie betreffen das Gesetz, das Verfahren und die Rolle des Richters. Eine mediale Reflexion führt in allen drei Bereichen nicht einfach zu einer Bejahung der blinden Performanz, sondern zu einer Präzisierung der rechtsstaatlichen Bindungen.

1. Die Aufgabe des Gesetzes

Sichtbar wird dann, dass die Rechtsnorm als Entscheidung ebenso wenig, wie sie als Gegenstand der Erkenntnis vorgegeben ist, sich ebenso wenig dezisionistischer Willkür verdankt. Sicher, sie wird vom sogenannten Rechtsanwender hergestellt. Aber das ist eben nicht die Antwort auf die Frage nach Recht, sondern es ist vielmehr in Gestalt der Thematisierung des „Herstellens“ zuallererst einmal die Frage selbst. Eine an dem tatsächlichen Geschehen ansetzende Rechtserzeugungslehre kann den gegenstandskonstitutiven Anteil praktischer Rechtsarbeit theoretisch erfassen. Praktische Rechtsarbeit ist schon im Normalfall schöpferisch, normerzeugend. Und „Schaffen“ ist etwas anderes als krudes „Setzen“. Recht soll als anerkennenswerte Macht mehr und anderes sein als die Gewalt des Eingriffs, als Gewalt über Sprache; jedenfalls dann, wenn es nicht als bloßes Faktum der Entscheidung dem sprachphilosophisch bemäntelten Dezisionismus eines „Souveräns über die konkrete Sprachordnung“ dienen soll.¹ Doch kann der Jurist seine Entscheidung über die Bedeutung eines Normtexts nicht aus der Sprache normativ begründen. Er kann sie nur praktisch vollziehen.

¹Allgemein sieht dies etwa PETER MUHR, Der Souverän über die konkrete Sprachordnung. Bemerkungen zu Kripkes elementarer Darstellung des Problems des Regelfolgens und des Arguments gegen private Sprachen in Wittgensteins *Philosophische Untersuchungen*, 1989, 88 ff.

Und legitime Entscheidung statt nackter Sprachgewalt kann daraus nur unter dem Aspekt werden, *wie* er das tut. Wenn Sprache im Konfliktfall nichts anderes ist als der Vollzug der Entscheidung über sie, dann steht die Frage an, wer diese Entscheidung gegen wen trifft und was ihm das Recht dazu gibt, sie so und nicht anders zu treffen; es stellt sich die Frage nach der Gewalt über jene, die Juristen, die so zu sprechen gezwungen sind. Die Sprache als solche ist nämlich überfordert, wenn man ihr aufbürdet, aus dem tatsächlichen Prozess der Erzeugung von Recht eine bloße Erkenntnis von Bedeutungsgegenständen zu machen. Sprache funktioniert allein als Vorgang der Verständigung. Daher kann man Normativität nicht *aus ihr* beziehen; man kann sie nur in der Sprache herstellen.

Die Praxis des Gerichts ist aktive Rechtserzeugung. Die tragenden Leitsätze einer Entscheidung sind nie dem Gesetz oder seiner Bedeutung schlicht „entnommen“. Das Formulieren eines Leitsatzes ist ein Gestaltungsakt. Der Leitsatz als *eine* vertretbare Interpretation des Normtextes *neben anderen* hat nicht den fraglosen Geltungsanspruch einer objektiv vorgegebenen Größe. Während das alte Rechtserkenntnismodell den Konflikt der Interpretationen hinter einer scheinbar objektiven Bedeutung des Normtextes verstecken will, kann die Rechtserzeugungsreflexion den Sprachkonflikt und die in der Entscheidung steckende Gewalt sichtbar machen. Nur so kann diese den gewaltenhemmenden Argumentformen der juristischen Methodik unterworfen werden. Man sollte nicht lediglich die Oberflächenphänomene des Gesetzespositivismus korrigieren, sondern lieber sein Grundaxiom überwinden. Dieses liegt in der Annahme, dass sowohl die Rechtsnorm als auch die Einheit der Rechtsordnung im Ganzen objektiv verfügbar seien. Dort, wo Kelsen meinte aufhören zu müssen, beginnt für eine nachpositivistische, in den Augen der Reinen Rechtslehre „unreine“ Theorie erst die Arbeit. Das vom positivistischen Geschlossenheitsdogma ausgegrenzte oder hinter rhetorischen Fassaden versteckte Problem der Rechtsproduktion rückt ins Zentrum. Diese kreative Arbeit muss von rechtsstaatlichen Anforderungen her strukturiert werden.

Als *Gegenstand* juristischer Textarbeit kommt also nicht die Bedeutung in Betracht. Sie steht erst am Ende juristischer Arbeit, ist nicht deren Voraussetzung. Gegenstand ist vielmehr das gesetzliche Textformular, die Zeichenkette. Wenn nun die Zeichenkette als Gegenstand der Rechtsarbeit bestimmt wird, ist damit in keiner Weise gesagt, dass dem vom Gesetzgeber geschaffenen Normtext noch keine sprachliche Bedeutung zukäme. Das wäre nicht nur kontraintuitiv, man könnte dann die Zeichenketten des positiven Rechts auch gar nicht als solche erkennen. Normtexte sind keine bedeutungsleeren Zeichen. Sie haben in der Situation juristischer Entscheidung im Gegenteil eher zu viel als zu wenig Bedeutung. Mit dem Normtext wird eine große Anzahl von Verwendungsweisen verknüpft, die er in den Konfliktfall mitbringt. Jede der streitenden Parteien hat eine recht dezidierte Vorstellung davon, was der fragliche Normtext für ihr Anliegen, ihre Interessen „sagt“ oder „bedeutet“. Es gibt außerdem meist eine Mehrzahl dogmatischer Bedeutungserklärungen in der Literatur und eine Reihe von gerichtlichen Vorentscheidungen. Dazu kommen die *mitgebrachten Verwendungsweisen* aus

der Rechtstradition, der Entstehungsgeschichte, der „Alltagssprache“ und der juristischen Fachsprache. Manche von ihnen, einschließlich die der Gerichte und der Literatur, schließen einander aus. Mitgebracht vom Normtext in die Entscheidungssituation wird also nicht „die Bedeutung“, sondern ein Konflikt um Bedeutungen. Und genau diesen muss der Richter am praktischen Fall entscheiden.

2. Die Aufgabe des Verfahrens

Mit der realistischen Einschätzung der Leistung des Normtextes kann die Stelle sichtbar gemacht werden, an welcher sich die Argumente des Verfahrens in den Text des Rechts einschreiben können. Der Richter hat im Rechtsstaat keine Kompetenzkompetenz, sondern eine umgrenzte Ermächtigung. Der Begriff „Kompetenzkompetenz“ kommt aus der obrigkeitsstaatlichen Tradition. Er bedeutet, dass der Staat die unbeschränkte Kompetenz hat, sich selber Kompetenzen zu verschaffen. Auf den Richter unter dem Grundgesetz passt diese überlieferte Vorstellung nicht. Dem Richter wird die rechtsprechende Gewalt übertragen, aber nur soweit er der in Artikel 97 GG angeordneten Gesetzesbindung genügt. Den Umstand, dass seine Entscheidung der Gesetzesbindung Genüge tut, muss der Richter in der Begründung seines Urteils darlegen. Dabei muss er sich mit den Interpretationen der Prozessbeteiligten und mit den einschlägigen Entscheidungen anderer Gerichte auseinandersetzen. So findet die Souveränität seiner Interpretation Grenzen.

Über die Pflicht zur Begründung der Entscheidung ist der Richter an überprüfbare Maßstäbe gebunden.² Dieser Pflicht des Gerichts entspricht auf der Seite des Bürgers ein Recht auf Sprache. Er hat ein subjektives Recht darauf, dass der Richter seine Entscheidung nicht einfach nur fällt, sondern sie in der Begründung auch dem demokratisch legitimierten Normtext zurechnet. Direkt mit Hilfe von Rechtsmitteln gegen die Entscheidung und indirekt mit Hilfe der fachlichen Kritik ist dieses Recht auch einklagbar.

Das Bundesverfassungsgericht formuliert dieses aus Artikel 103 GG abzuleitende Recht folgendermaßen: „Art. 103 Abs. 1 GG gibt den Verfahrensbeteiligten das Recht, sich nicht nur zu dem für die jeweilige gerichtliche Entscheidung maßgeblichen Sachverhalt, sondern auch zur Rechtslage zu äußern, und verpflichtet das Gericht, den Vortrag der Beteiligten zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen. Dabei kann es in besonderen Fällen geboten sein, die Verfahrensbeteiligten auf eine Rechtsauffassung hinzuweisen, die das Gericht seiner Entscheidung zugrunde legen will. Es kann im Ergebnis der Verhinderung eines Vortrags zur Rechtslage gleichkommen, wenn das Gericht ohne vorherigen Hinweis auf einen rechtlichen Gesichtspunkt abstellt, mit dem auch ein gewissenhafter und kundiger Prozessbeteiligter selbst unter Berücksichtigung der Vielfalt vertretbarer Rechtsauffassungen nicht zu rechnen brauchte. Allerdings ist zu beachten,

²Vgl. FRIEDRICH MÜLLER/RALF CHRISTENSEN/MICHAEL SOKOLOWSKI, Rechtstext und Textarbeit, Berlin 1997, 138 ff.

dass das Gericht grundsätzlich weder zu einem Rechtsgespräch noch zu einem Hinweis auf seine Rechtsauffassung verpflichtet ist. Auch wenn die Rechtslage umstritten oder problematisch ist, müssen daher die Verfahrensbeteiligten grundsätzlich alle vertretbaren rechtlichen Gesichtspunkte von sich aus in Betracht ziehen und ihren Vortrag darauf einstellen.“³

Eine Entscheidung, solange sie eine Rechtsentscheidung und keine bloße Gewalt sein will, muss dem Betroffenen Einfluss auf die Sprache geben, die in der Entscheidung an die Stelle seiner eigenen tritt. Wenn dagegen diese Sprache schon vorher feststeht, haben wir kein Recht vor uns, sondern nur sprachlich verbrämte Gewaltsausübung. Darin liegt die wichtige Rolle des Rechts auf Gehör.

3. Die Gegenzeichnung des Richters

Im Wege der medientheoretischen Reflexion kann auch das Problem richterlicher Verantwortung präzisiert werden. Er als der Dritte entscheidet und verantwortet diese Entscheidung. Aber hier ist Vorsicht angebracht: „Wäre ich bei der Übernahme einer Verantwortung, beim Treffen einer Entscheidung aktiv, dann würde ich mir die Verantwortung einfach aneignen: Es ist *meine* Entscheidung, es ist *meine* Verantwortung. Und wenn sie meine ist, folgt daraus, dass sie meine eigene Möglichkeit entfaltet. Wenn eine Entscheidung und eine Verantwortung schlicht das entfalten, was mir möglich ist, dann handelt es sich weder um eine Verantwortung noch um eine Entscheidung. Die Entscheidung darf nicht folgen, darf nicht einfach ein Programm entfalten. Damit eine Entscheidung eine Entscheidung ist, muss sie das Programm unterbrechen oder mit ihm brechen, sie muss mit der einfachen Entwicklung oder Entfaltung einer Möglichkeit brechen.“⁴ Diese als Sprachnormierung begriffene Einschreibung kann keiner geschlossenen Regeldetermination unterworfen werden, sondern nur einer Anzahl relativer Bindungen aus dem Rechtsstaatsprinzip und aus anderen methodenrelevanten Normen. Der Rechtsarbeiter vollzieht weder die Erkenntnis einer objektiv vorgegebenen Bedeutung, noch trifft er eine Entscheidung aus dem normativen Nichts. Und ob er seine Aufgabe angemessen löst, ist nicht an einer objektiven Erkenntnisinstanz zu messen. Diese Frage ist vielmehr an den Standards einer sozialen Praxis zu bewerten, ohne in dieser Bewertung ganz aufzugehen.

An die Stelle des herkömmlichen Bildes von Rechts“anwendung“ tritt also nicht einfach eine freie und autonome Entscheidung des Richters. Eine Entscheidung treffen bedeutet: „Dass wir dabei nicht aktiv sind, sondern passiv. Und ich möchte den Begriff Verantwortung (...) von den Begriffen Handlung, Freiheit, Initiative usw. trennen. (...) Diese Position wendet sich gegen die Autonomie, dagegen, dass man sich selbst sein Gesetz gibt. Wir übernehmen Verantwortung in einer Situation der Heteronomie, d. h. in dem, was ich Leidenschaft nennen würde, im aktiv-passiven Gehorsam gegenüber dem Gesetz des anderen. Dies

³BVerfGE 98, 218, 263, unter Bezug auf BVerfGE 83, 24, 35; 86, 133, 144 f. – Vgl. zur Verletzung des rechtlichen Gehörs durch Überraschungsentscheidungen auch BVerfG, in: NJW 2002, 1334 ff.

⁴JACQUES DERRIDA, Als ob ich tot wäre, 2000, 39 f.

bedeutet, dass die Entscheidung – und wir können Verantwortung nicht ohne Entscheidung denken – nichts Aktives ist. Nun, für einen Philosophen ist dies schwer zu schlucken: eine Entscheidung, die die Entscheidung des anderen wäre und eine passive Entscheidung. Aber ich möchte behaupten, dass es so etwas wie eine aktive persönliche Entscheidung nicht gibt und das Rätsel der Verantwortung in dieser Aporie begründet liegt: Eine Entscheidung ist etwas Passives in einem bestimmten Verständnis von Passivität, etwas, das einem aufgetragen ist.“⁵

Im Rahmen einer medientheoretischen Reflexion wird sichtbar, dass weder der Gesetzgeber noch der Normtext die Entscheidung eines konkreten Streitfalls ganz determinieren können. Der Richter und seine Verarbeitung des Verfahrens in der Urteilsbegründung wird zur entscheidenden Instanz. In der von ihm geschriebenen Begründung kann man Ansatzpunkte und Strukturen einer Verantwortung sichtbar machen, die nicht einfach subjektiv angeeignet werden kann.

Die Entscheidung wird getroffen „Im Namen des Volkes“. Das heißt, seine eigene Entscheidung gibt der Richter im Namen eines anderen: „Prinzipiell ist dies Unsinn, man kann nichts im Namen des anderen geben. Was man geben kann, gibt man prinzipiell nur im eigenen Namen. Wenn es dennoch möglich und notwendig ist, im Namen des anderen zu geben und diese Verantwortung zu übernehmen, bedeutet dies – und was ich jetzt sagen werde, mag sich sehr sonderbar und mit dem gesunden Menschenverstand äußerst unvereinbar anhören –, die Verantwortung, die wir übernehmen oder die wir übernehmen wollen, ist immer die Verantwortung für den anderen. Dies ist das Schwierigste, was es zu tun gibt. Wenn ich Verantwortung in meinem Namen für mich übernehme, und da ich nicht identisch mit mir bin, ich bin mir nur angewendet, dann bedeutet, die Verantwortung für mich selbst zu übernehmen, dass ich nach dem Gesetz eines anderen in mir handle.“⁶ Diese Verantwortung, die sich nicht einfach aneignen lässt, ist schwierig. Aber sie wird dem Richter von außen auferlegt, schon durch die Zwänge des Verfahrens und die darin vorgebrachten Argumente; verbunden mit der Pflicht, die Entscheidung zu begründen, im Namen des Volkes.

Daran zeigt sich, dass eine medientheoretische Reflexion die Performanz nicht etwa bestätigend verdoppelt, sondern den Ansatzpunkt normativer Vorgaben aus Rechtsstaats- und Demokratieprinzip im juristischen Handeln erst sichtbar machen kann. In der Diskussion um die richterliche Verantwortung hatte die herkömmliche Lehre zwei Bereiche unterschieden: einmal den der Bedeutungserkenntnis, wo der Richter auf den passiven Vollzug des Gesetzessinns beschränkt sein soll. Zum anderen den des „Richterrechts“, worin der Richter angeblich Prinzipien erkennt und diese dann genauso mechanisch anwendet wie vorher die Normtexte. Eine medientheoretische Reflexion kann diese „Zweifeltheorie“ durch eine genauere Problemstellung überwinden. Der Richter ist Rechtsetzer, aber Rechtsetzer zweiter Stufe. Das heißt, die Rechtsnorm

⁵JACQUES DERRIDA, *Als ob ich tot wäre*, 2000, 39. Vgl. zum Begriff der Entscheidung grundlegend die ausführliche Auseinandersetzung Derridas mit der Position von Carl Schmitt, in: JACQUES DERRIDA, *Politik der Freundschaft*, 2000, Kap. 4, 5 und 6.

⁶JACQUES DERRIDA, *Als ob ich tot wäre*, 2000, 37.

ist ihm nicht vorgegeben, sie wird von ihm hergestellt. Aber er muss sie dem vom Gesetzgeber geschaffenen Normtext plausibel zurechnen können. Darin liegt die *Geltungsanforderung* des Normtextes, die auf dem Weg über die Gesetzesbindung und andere Vorschriften eine richterliche Dienstpflicht darstellt⁷. Geltung ist etwas, „das dem ‚geltenden Recht‘, das heißt: der Normtextmenge (der Gesamtheit aller Normwortlaute in den Gesetzbüchern) zugeschrieben wird. Die Geltungsanordnung besteht darin, Rechtspflichten zu erzeugen: gegenüber den Normadressaten im allgemeinen darin, sich in ihrem Verhalten, soweit die Normtexte für dieses einschlägig erscheinen, an diesen verbindlich zu orientieren; und gegenüber den zur Entscheidung berufenen Juristen im Sinn einer Dienstpflicht, diese Normtexte, soweit für den Entscheidungsfall passend, zu Eingangsdaten ihrer Konkretisierungsarbeit zu machen, sie also für das Erarbeiten einer Rechts- und einer Entscheidungsnorm tatsächlich heranzuziehen und methodisch korrekt zu berücksichtigen“⁸. Obwohl der Richter die Rechtsnorm selbst herstellen muss, ist er bei dieser Arbeit einer Verantwortung unterworfen, die durch Vorgaben aus Rechtsstaat und Demokratie begründet ist und von Rechtstheorie und juristischer Methodik formuliert werden kann. Er soll ein Verfahren nicht einfach zu Ende bringen. Das wäre nur das Laufen der Maschine. Er soll vielmehr durch seine Leitung des Verfahrens sicherstellen, dass die rechtliche Geltung des Normtextes im Verfahren ersetzt wird durch die argumentative Geltung einer Lesart dieses Textes. Diesen Übergang von rechtlicher in argumentative Geltung muss er in seiner Begründung darstellen. Nur dann handelt es sich um eine Performanz des Rechts.

Eine medientheoretische Reflexion leistet scheinbar weniger als die herkömmliche Sicht. Sie formuliert eine Verantwortung. Die herkömmliche Sicht dagegen begrenzt und verendlicht das, was ein Richter leisten muss, auf die einzige Aufgabe korrekter Erkenntnis. Das ist überschaubar. Andernfalls ist Verantwortung unendlich weit entfernt und gleicht einem Gespenst. Aber in diesem scheinbaren Mangel der neuen Sichtweise liegt ein Gewinn: „Ich muss also einem Gespenst gehorchen, und die Entscheidung findet statt, während ich unter dem Gesetz oder vor dem Gesetz des anderen stehe, leidenschaftlich aktiv und passiv. (...) Und selbstverständlich ist eine begrenzte oder endliche Verantwortung eine Unverantwortlichkeit. Sobald man durch ein bestimmendes Urteil weiß oder zu wissen glaubt, was die eigene Verantwortung ist, gibt es keine Verantwortung. Damit eine Verantwortung eine Verantwortung ist, muss man, sollte man wissen, was immer man wissen kann. Man muss versuchen, das Maximum zu wissen, doch der Moment von Verantwortung oder Entscheidung ist ein Moment des Nicht-Wissens, ein Moment jenseits des Programms. Eine Verantwortung muss unendlich sein und jenseits jeder theoretischen Gewissheit und Bestimmung.“⁹

Die medientheoretische Reflexion kann dem Richter seine Verantwortung nicht abnehmen. Doch kann sie helfen, das erreichbare Maximum zu wissen. Die Entscheidung verschwindet nicht in diesem Wissen; aber ohne dieses Wissen ist es

⁷Vgl. FRIEDRICH MÜLLER, ‚Richterrecht‘, Berlin 1986, 51.

⁸Ebenda.

⁹JACQUES DERRIDA, Als ob ich tot wäre, 2000, 41 f.

keine verantwortliche Entscheidung. Jede Umsetzung des geltenden Rechts ist unvermeidbar auch dessen Verschiebung, Anreicherung, Komplizierung. Aber eine verantwortliche Umsetzung ist ein Gegenzeichnen des vom Parlament geschaffenen Textes. Gegenzeichnen heißt, „mit meinem Namen gegenzuzeichnen, aber in einer Weise, die dem anderen treu sein sollte. Ich würde *wahr* nicht *falsch* gegenüberstellen, sondern wahr im Sinne von Treue verstehen. Ich will etwas hinzufügen, dem anderen etwas geben, aber etwas, das der andere entgegennehmen und seiner- oder ihrerseits, tatsächlich oder als ein Geist, gegenzeichnen kann. Die Allianz also zwischen diesen beiden Gegenzeichnungen ist Anwendung. Man kann niemals sicher sein, dass es geschieht, es gibt kein Kriterium dafür, keine vorgegebene Norm, niemand kann im voraus Regeln, Normen oder Kriterien anfügen.“¹⁰ Die Rechtsnorm wird konstruiert, aber nicht beliebig, sondern so, dass sie das Gesetz als Normtext anerkennt. Nur dann ist es die Konstruktion einer Rechtsordnung und damit – in diesem Sinn – Rechtsanwendung.

Das Urteil kann im Namen des Volkes ergehen, wenn es seine Legitimität nicht einfach aus dem Gesetzbuch ableitet, sondern im Verfahren inszeniert. Diese Inszenierung ist aber nicht einfach eine funktionierende Justizmaschine, sondern sie ist zu messen an den demokratischen und rechtsstaatlichen Vorgaben der Verfassung.

¹⁰JACQUES DERRIDA, Als ob ich tot wäre, 2000, 33.