



This pdf document provided by SOULL can be cited as:

Christensen, Ralph: "Sprache und Normativität oder wie man eine Fiktion wirklich macht" In: SOULL – Sources of Language and Law, <https://legal-linguistics.net> (Last update: 13.7.2020)

All rights reserved.

Sprache und Normativität oder wie man eine Fiktion wirklich macht

Das Recht bedarf einer laufenden Selbstaufklärung¹. Jedes praktisch funktionierende Tun hat einen blinden Fleck, den es nur durch Reflexion verschieben kann. Der blinde Fleck im Recht ist das Gesetz, an das es gebunden ist. Morlok verschiebt diesen blinden Fleck, indem er die Perspektiven von Linguistik und Literaturwissenschaft verwendet. Mit Hilfe der operationalen Konzepte von Intertextualität² und linguistischer Wörterbuchtheorie entwickelt er einen konventionalistischen Bedeutungsbegriff. Damit kann er das Problem der Gesetzesbindung pragmatisch reformulieren.

(1) Gesetzesbindung semantisch: Der Monolog der Regel im Kopf des Richters

Die Besonderheit juristischer Textarbeit profiliert Morlok durch die Abgrenzung zur Literaturwissenschaft. Im Unterschied zu dieser hat der Text, der interpretiert wird eine höhere Autorität als der literarische. „Während dort Autor und Interpret grundsätzlich gleichberechtigt sind, ist es – kraft des institutionellen Gefüges des Rechts – hier so, dass dem Auslegenden grundsätzlich eine nachgeordnete Rolle zukommt.“³ Der Richter muss die Legitimität des Gesetzes auf das Urteil übertragen. Wie kann er diesen Legitimitätstransfer bewerkstelligen?

Die herkömmliche Lehre nimmt dazu das Bild der Auslegung wörtlich: Gesetzesbindung lässt sich nur einlösen, wenn den Begriffen des Gesetzes ein bestimmter

¹Vgl. dazu *Martin Morlok*, Der Text hinter dem Text, in: *Alexander Blankennagel, Ingolf Pernice, Helmut Schulze-Fielitz* (Hrsg.), *Verfassung im Diskurs der Welt*, Tübingen 2004, S. 93 ff., 94: Die Textlichkeit der juristischen Arbeit wird (...) überraschend wenig beleuchtet. Das mag zu tun haben mit einem gewissen Reflexionsdefizit in der Rechtswissenschaft: „Es dominiert eine Orientierung auf die Rechtspraxis, zielt die Rechtsanwendung doch letztlich auf die Herstellung von Entscheidungen, (...) demgegenüber wird mehr reflexiv arbeitenden rechtswissenschaftlichen Teildisziplinen vergleichsweise weniger Aufmerksamkeit gezollt, (...)“

²Vgl. dazu *Martin Morlok*, Der Text hinter dem Text, in: *Alexander Blankennagel, Ingolf Pernice, Helmut Schulze-Fielitz* (Hrsg.), *Verfassung im Diskurs der Welt*, Tübingen 2004, S. 96 ff.

³*Martin Morlok*, Neue Erkenntnisse und Entwicklungen aus sprach- und rechtswissenschaftlicher Sicht, in: *Bernhard Ehrenzeller, Peter Gomez, Markus Kotzur, Daniel Thüerer, Klaus A. Vallender* (Hrsg.), *Präjudiz und Sprache*, Zürich/St. Gallen 2008, S. 67.

Gehalt zu entnehmen ist. Wie soll nun das Entnehmen von Gehalt funktionieren? Dazu muss man die wirkliche Bedeutung an die Stelle des Textes setzen. Dieses alte theologische Modell von der Vergeistigung der Buchstaben wird heute mit den Mitteln der „modernen Semantik“⁴ reformuliert. Sie soll es ermöglichen, eine Entscheidung „im Einklang mit dem semantischen Gehalt des Gesetzes“⁵ zu treffen. Man erwartet also von der Sprache, dass sie stabile Bedeutungen als Grundlage der Auslegung liefert. Rechtsanwendung erscheint dann als Regelbefolgung: Die Wendungen im Normtext führen zu „Wortgebrauchsregeln“, welche korrektes Sprechen ermöglichen und die Grenzen des Gesetzes definieren: „Wortgebrauchsregeln geben an, welche Eigenschaften (M) ein Objekt (x) erfüllen muss, damit es unter einen Gesetzesbegriff (T) fällt.“⁶

So will man also einen normativen Maßstab für die juristische Textarbeit einführen, der dem entscheidenden Gericht entzogen ist. Seine normative Kraft soll sich daraus ergeben, dass er dem Sprachgebrauch Grenzen des Korrekten vorzeichnet. Damit wird die vorgängige Existenz einer Regel angenommen, mit der sich jeder Gebrauch beurteilen lässt. Daher postuliert die herkömmliche Lehre eine „*Externalität der Sprache für das Recht*“.⁷ Das heißt, die Sprache operiert als Rechtfertigungsinstanz über den juristischen Argumenten. Die Semantik wird aus dem Entscheidungsvorgang ausgeklammert und als Steuerungs- und Kontrollinstanz gesetzt. Man glaubt an die „Steuerungsfähigkeit der Sprache“⁸ und des näheren an die „Steuerungskraft der Semantik“.⁹

Damit ist auch schon das Verhältnis des semantischen Arguments zum juristischen geklärt. Denn das Gericht muss für jedes Argument, das es vorbringt, ausweisen, dass es der Regel entspricht. Vor jeder juristischen Interpretation läge also eine externe sprachliche. Dies lässt sich in der Praxis der Gerichte aber gerade nicht beobachten,¹⁰ so dass man diese als vollkommen verfehlt betrachten müsste. Den

⁴ Eric, Hilgendorf, *Argumentation in der Jurisprudenz: zur Rezeption von analytischer Philosophie und kritischer Theorie in der Grundlagenforschung der Jurisprudenz*, Berlin 1991, S. 44. Diese Einschätzung setzt aber die juristische Sicht voraus. Aus linguistischer Sicht ist eine derartige Semantik nicht gerade sehr modern. Hierzu ist auch aus sprachwissenschaftlicher Sicht schon genug gesagt worden: Vgl. dazu Dietrich Busse, in: Friedrich Müller (Hrsg.), *Untersuchungen zur Rechtslinguistik*, Berlin 1989, S. 93 ff., 97 ff.

⁵Vgl. Hans-Joachim Koch, in: Einleitung: Über juristisch-dogmatisches Argumentieren im Staatsrecht, in: ders., *Die juristische Methode im Staatsrecht*, Frankfurt am Main 1977, S. 15 ff., 58 ff.

⁶Matthias Klatt, *Theorie der Wortlautgrenze*, Baden-Baden 2004, S. 72.

⁷Matthias Klatt, *Theorie der Wortlautgrenze. Semantische Normativität in der juristischen Argumentation*, Baden-Baden 2004, S. 282, sowie Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*. 3. Aufl., Frankfurt am Main 1996. Ausführlich gegen Alexys Ansatz Ralph Christensen/Hans Kudlich, *Theorie richterlichen Begründens*, Berlin 2001, S. 58 ff.

⁸Matthias Klatt, *Theorie der Wortlautgrenze. Semantische Normativität in der juristischen Argumentation*, Baden-Baden 2004, S. 30. Grundsätzlich dagegen Ralph Christensen/Hans Kudlich, *Theorie richterlichen Begründens*, Berlin 2001, S. 128 ff.

⁹Matthias Klatt, *Theorie der Wortlautgrenze. Semantische Normativität in der juristischen Argumentation*, Baden-Baden 2004, S. 21: „Es kann in einer intersubjektiv gültigen Weise zwischen einem korrekten und einem inkorrekten Gebrauch von sprachlichen Ausdrücken unterschieden werden.“

¹⁰Vgl. dazu Hans Kudlich/Ralph Christensen, *Die Methodik des BGH in Strafsachen*, Köln, München 2009, S. 27.

Gerichten fehlt der Nachweis, dass diese Wortgebrauchsregel genau diejenige ist, die tatsächlich gilt.

Nicht nur dass diese herkömmliche Sicht die Arbeit der Gericht in Bausch und Bogen verwerfen muss, sie ist auch praktisch nicht einlösbar.¹¹ Wenn man den geforderten Nachweis führen will, kommt man in den unendlichen Regress.¹² Kein Weg zur Erfassung sprachlicher Bedeutung ist unfehlbar. Die Behauptung der Regel bedarf ihrerseits der Rechtfertigung durch den Nachweis einer korrekten Anwendung einer dafür wiederum zuständigen Regel. Statt dass sich also hier eine Grenze schließt, öffnen sich unabsehbare Horizonte.

Insgesamt charakterisiert Morlok diese professionell deformierte Sprachphilosophie der Juristen folgendermaßen: Die Sprache übermittelt Bedeutung ohne sie zu schaffen. Diese bleibt identisch und ist situativ invariant.¹³ Zu Recht fertigt er diese Auffassung mit dem Satz ab: „All diese Annahmen treffen nicht zu.“¹⁴ Die juristische Sprachtheorie beruht auf einer Wunschkonstellation¹⁵, nämlich dem Wunsch nach Instruktivität.¹⁶

Um zu erfassen, wie Juristen bei der Auslegung einen Text an die Stelle eines anderen setzen, braucht man keine Regelmaschine, sondern eine fallorientierte Semantik, welche Verständigung als Vernetzung gelungener Kommunikationserfahrung begreift. Kommunikation setzt nicht einfach Sinn an die Stelle von Äußerungen. Sie ist ein sich von Fall zu Fall hangelndes Austarieren der Verständigung mit vielen Übergangshypothesen auf Seiten von Sender und Empfänger. Der Richter führt keinen Monolog sicher angeleitet durch die Regel, sondern er reagiert auf Texte. Das beginnt mit Klageschrift und Klageerwiderung und führt über viele Schriftsätze zu Gesetz, Kommentar und Vorentscheidung. Er setzt nicht die wirkliche Bedeutung an die Stelle des Gesetzestextes, sondern verknüpft den Text des Gesetzes mit vielen anderen Texten. „An dieser Stelle spielt nun die Intertextualität eine entscheidende Rolle: Die Bedeutung eines

¹¹Im Klartext steckt darin die Einsicht des Antiregelianismus (dieser Begriff bei *Pirmin Stekeler-Weithofer*, Sind Sprechen und Verstehen ein Regelfolgen?, in: *Sybille Krämer/Ekkehard König (Hrsg.)*, Gibt es eine Sprache hinter dem Sprechen?, Frankfurt/M. 2002, S. 190 ff., 201 f. „dass wir im kommunikativen Handeln im Allgemeinen, im sprachlichen Handeln im Besonderen, nicht einfach vorgegebenen oder explizit ausgehandelten Regelschemata folgen.“ (Ebd.)

¹²Siehe schon *Ludwig Wittgenstein*, Wittgenstein und der Wiener Kreis. Werkausgabe Bd. 3, Frankfurt am Main 1984, S. 152 ff. Im Grunde verfällt die von Alexy und Klatt vorgenommene Figurierung des semantischen Arguments so dem Paradox dass aus der Auffassung des Regelfolgens als ein Deuten erwächst. Dazu *Ludwig Wittgenstein*, Philosophische Untersuchungen. Werkausgabe Bd. 1, Frankfurt am Main 1984, §§ 201 f.

¹³*Martin Morlok*, Neue Erkenntnisse und Entwicklungen aus sprach- und rechtswissenschaftlicher Sicht, in: *Bernhard Ehrenzeller, Peter Gomez, Markus Kotzur, Daniel Thüerer, Klaus A. Vallender* (Hrsg.), Präjudiz und Sprache, Zürich/St. Gallen 2008, S. 50 f.

¹⁴*Martin Morlok*, Neue Erkenntnisse und Entwicklungen aus sprach- und rechtswissenschaftlicher Sicht, in: *Bernhard Ehrenzeller, Peter Gomez, Markus Kotzur, Daniel Thüerer, Klaus A. Vallender* (Hrsg.), Präjudiz und Sprache, Zürich/St. Gallen 2008, S. 52.

¹⁵Vgl. dazu *Hartmut Winkler*, Docuverse, Regensburg 1997, S. 11.

¹⁶Vgl. dazu *Martin Morlok*, Neue Erkenntnisse und Entwicklungen aus sprach- und rechtswissenschaftlicher Sicht, in: *Bernhard Ehrenzeller, Peter Gomez, Markus Kotzur, Daniel Thüerer, Klaus A. Vallender* (Hrsg.), Präjudiz und Sprache, Zürich/St. Gallen 2008, S. 31.

sprachlichen Ausdrucks kann nämlich nur erschlossen werden (...) durch die Heranziehung von anderen Texten.“¹⁷ Statt geräuschlos funktionierender Regeln findet der Richter lärmende Kontexte. Die Einfachheit des Sinns verschwindet in einer Flut von Schriftsätzen. Es geht nicht um die Relation Text und Sinn, sondern um die Relation Text und viele andere Texte. Bedeutung wird holistisch. In der Jurisprudenz sind Begriffe mit ganzen Wissenskomplexen aufgeladen.¹⁸ „Diese haben ihre Bedeutung jedenfalls in ihrem vollen technischen Sinne, nur im Gesamt des Netzes der Vorschriften einer Rechtsordnung.“¹⁹

Wenn der Glaube an die Hinterwelt der Regeln schwindet, stellt sich aber ein neues Problem: Gibt es in diesem Ganzen der Rechtsordnung ein Sinnzentrum, von dem aus man Übergänge steuern kann oder kann sich der Richter nur an anerkannten Beispielen orientieren? Beide Optionen führen in Schwierigkeiten. Die vorbildlichen Beispiele sind nicht homogen. Das zeigt schon die Vielzahl der Kommentare als Wörterbücher des Rechts. Der Sinn dagegen ist nicht zentral, dies zeigt Morlok mit dem Konzept der Intertextualität. Auf dieser Grundlage kommt dann die institutionelle Seite des Rechts in den Blick: die Schriftsätze der Parteien, die streitige Argumentation im Verfahren und die schriftliche Begründung des Urteils. Die Bindung an das Gesetz wandert durch Textstufen und diese sind zu beobachten. Wenn wir nun den Wunsch nach Instruktion nicht länger für Realität halten, stellt sich die Frage, wie die Gesetzesbindung noch funktionieren kann. Morlok kann offen lassen, ob sie eine Fiktion ist. Denn Fiktion heißt, so tun als ob. Gerade in diesem Tun könnte die gesuchte Bindung liegen, welche dann allerdings nicht semantisch, sondern nur pragmatisch zu beschreiben wäre.²⁰

(2) Wörterbuch: Der Richter auf der Suche nach Präjudizien

Ausgangspunkt für Morlok ist, dass die Anwendung einer Norm mit Ungewissheiten belastet ist, ob man so oder anders entscheiden kann. Zwei Juristen, drei Meinungen charakterisiert diesen Aspekt juristischer Arbeit. Er sieht darin kein Defizitphänomen, das man prinzipiell tilgen könnte, sondern ein systemisches Charakteristikum: „Die Jurisprudenz (...) hat in ihrem Kern ein solches Unsicherheitsproblem, das mit strenger Wissenschaftlichkeit nicht zu lösen ist (...). Die stark ausgeprägte Absicherung rechtstextlicher Aussagen durch den Verweis

¹⁷ *Martin Morlok*, Der Text hinter dem Text, in: *Alexander Blankennagel, Ingolf Pernice, Helmut Schulze-Fielitz* (Hrsg.), *Verfassung im Diskurs der Welt*, Tübingen 2004, S. 131.

¹⁸ *Martin Morlok*, Neue Erkenntnisse und Entwicklungen aus sprach- und rechtswissenschaftlicher Sicht, in: *Bernhard Ehrenzeller, Peter Gomez, Markus Kotzur, Daniel Thürer, Klaus A. Vallender* (Hrsg.), *Präjudiz und Sprache*, Zürich/St. Gallen 2008, S. 40.

¹⁹ *Martin Morlok*, Neue Erkenntnisse und Entwicklungen aus sprach- und rechtswissenschaftlicher Sicht, in: *Bernhard Ehrenzeller, Peter Gomez, Markus Kotzur, Daniel Thürer, Klaus A. Vallender* (Hrsg.), *Präjudiz und Sprache*, Zürich/St. Gallen 2008, S. 44.

²⁰ *Martin Morlok*, Neue Erkenntnisse und Entwicklungen aus sprach- und rechtswissenschaftlicher Sicht, in: *Bernhard Ehrenzeller, Peter Gomez, Markus Kotzur, Daniel Thürer, Klaus A. Vallender* (Hrsg.), *Präjudiz und Sprache*, Zürich/St. Gallen 2008, S. 67 f.

auf andere Rechtstexte ist genau auf dieses Unsicherheitsproblem bezogen. Das intertextliche Geflecht stellt sozusagen ein Sicherheitsnetz dar, mit dessen Hilfe die Ungewissheit überwunden werden soll.“²¹

Morlok vergleicht die Situation eines Juristen, der nach der Bedeutung eines Rechtsbegriffes fragt, mit der eines Sprachwissenschaftlers, der ein Wörterbuch erstellt. Beide sammeln gelungene Gebrauchsbeispiele. Der Jurist macht dies mit Hilfe der Auslegungsregeln. Beispiele die ihm ohne Nachdenken einfallen, ordnet er der grammatischen Auslegung zu. Um weitere zu finden hat er als Suchstrategien die Systematik, Entstehungsgeschichte, Vorläufernormen und Zweck. Über die Kommentare findet er Vorentscheidungen und wissenschaftliche Stellungnahmen die diese Suchstrategien schon angewendet haben. Der Sprachwissenschaftler dagegen entwickelt einen Thesaurus je nach dem Zweck seines Wörterbuchs, um die zu Grunde gelegten Corpora auszuwerten. Obwohl auf den ersten Blick verschieden, machen doch beide das gleiche: Sie verknüpfen gelungene Gebrauchsbeispiele. Dies ist der grundlegende Ansatz von Morlok mit dem er das hehre Ideal der Gesetzesbindung nüchtern als Intertextualitätsproblem reformulieren kann.

Präjudizien sind zu verstehen „als Exempel richtigen fachsprachlichen Gebrauchs der einschlägigen Begriffe.“²² Sie sind „Verweise auf die semantische Gleichbehandlung und damit die ‚Richtigkeit‘ eines Rechtsbegriffs. Diese Bestimmung der Bedeutung durch die Bezugnahme auf erhebliche Sprachverwender ist auch genau das Verfahren, das gute Wörterbücher anwenden: Sie erläutern einen Begriff durch die Heranziehung beispielhafter Verwendungen.“²³

Präjudizien sind kein Gegensatz zum Gesetz, sondern ein Weg, die Gesetzesbindung praktisch zu machen. In der fallorientierten Arbeit der Gerichte zeigt sich ein Verhältnis von Immanenz und Transzendenz, welches Normativität konstituiert.²⁴ Die Anwendung greift nicht direkt auf die Norm zu. Vielmehr wird diese erst eingesetzt. „Die Norm wird dadurch erneuert, dass der neue Fall in sie eingetragen wird. Sie tritt dem Fall nicht als gegebene Größe gegenüber. Der Eintrag macht sie zu einer neuen, immanenten Größe.“²⁵ Dies kann aber nur die eine Seite der Medaille sein. Zwar ist damit das Verhältnis von Norm und Fall

²¹ *Martin Morlok*, Der Text hinter dem Text, in: *Alexander Blankennagel, Ingolf Pernice, Helmut Schulze-Fielitz* (Hrsg.), *Verfassung im Diskurs der Welt*, Tübingen 2004, S.134.

²² *Martin Morlok*, Neue Erkenntnisse und Entwicklungen aus sprach- und rechtswissenschaftlicher Sicht, in: *Bernhard Ehrenzeller, Peter Gomez, Markus Kotzur, Daniel Thürer, Klaus A. Vallender* (Hrsg.), *Präjudiz und Sprache*, Zürich/St. Gallen 2008, S. 72.

²³ *Martin Morlok*, Neue Erkenntnisse und Entwicklungen aus sprach- und rechtswissenschaftlicher Sicht, in: *Bernhard Ehrenzeller, Peter Gomez, Markus Kotzur, Daniel Thürer, Klaus A. Vallender* (Hrsg.), *Präjudiz und Sprache*, Zürich/St. Gallen 2008, S. 73.

²⁴ Grundlegend *Jacques Derrida*, *Gesetzeskraft. Der „mystische Grund der Autorität“*, Frankfurt am Main 1991. *Georg W. Bertram*, *Die Dekonstruktion der Normen und die Normen der Dekonstruktion*, in: *Andreas Kern/Christoph Menke*, *Philosophie der Dekonstruktion. Zum Verhältnis von Normativität und Praxis*, Frankfurt am Main 2002, S. 289 ff., hier v.a. S. 296 ff.

²⁵ *Georg W. Bertram*, *Die Dekonstruktion der Normen und die Normen der Dekonstruktion*, in: *Andreas Kern/Christoph Menke* (Hrsg.), *Philosophie der Dekonstruktion. Zum Verhältnis von Normativität und Praxis*, Frankfurt am Main 2002, S. 296.

grundsätzlich als ein internes markiert. Blicke es aber dabei, so fielen allerdings Norm und Anwendung amorph in sich zusammen. „Im Sinne der Immanenz gibt es keinen Abstand zwischen Norm und Anwendung. Es ist unmöglich, zwischen die Norm und ihre Anwendung zu treten und zu überprüfen, ob das eine auf das andere passt oder umgekehrt.“²⁶ Das Normativität allein ausmachende, interne Verhältnis von Anwendungsfall und Normauszeichnung hat sich seiner selbst gewahr zu werden. Die Blindheit des Normativen in der Anwendung ist also durch Beobachtung der darin liegenden Beobachtung von Handeln als normativ gehaltvoll aufzuheben. Genau hier kommt die Transzendenz der Norm ins Spiel. Wenn die Norm angewendet wird, verschwindet sie im Fall. Aber wenn man ihre Anwendung als geglückt und vorbildlich beobachtet, wird sie als Anwendung eines anderen wieder vom Fall abgehoben.²⁷

Ohne Präjudizien lässt sich also Recht nicht finden.²⁸ Empirische Untersuchungen in Form von Inhaltsanalysen gerichtlicher Begründungen zeigen, dass Präjudizien für den Richter die wichtigste Entscheidungsgrundlage sind.²⁹ „Falls eine Gerichtsentscheidung eine einschlägige Rechtsgrundlage nicht nennt, wird dies von der Fachgemeinschaft durchaus als fehlerhaft vermerkt. Falls keine Hinweise auf entsprechende frühere Urteile sich finden, ist dies entweder der großen Selbstverständlichkeit der Entscheidung geschuldet oder aber der Tatsache, dass das Gericht in einer Rechtsfrage noch Neuland betreten hat.“³⁰ In der weit überwiegenden Anzahl der Entscheidungen besteht das systematische Argument also im Verweis des Gerichts auf seine eigene Rechtsprechung. Das heißt, die Systematik wird vollzogen als Beobachtung zweiter Ordnung.

Der von Morlok vertretene pragmatische Bedeutungsbegriff macht die Entwicklung der Systematik zur Systematik zweiter Ordnung in ihrer Notwendigkeit verständlich. Entschieden werden kann nur Unentscheidbares. Daran ändern auch die Präjudizien nichts. Aber möglich ist eine Entscheidung von Unentscheidbarem nur, weil es bereits Entschiedenes gibt. Der Richter vollzieht den Sprung zur Entscheidung an einer Kette von Lesarten entlang.

Allerdings zeigen sich dabei neue Probleme: Der Richter muss die Kette der Vorentscheidungen selber knüpfen. Dabei kann man mogeln. So, wenn Obergerichte zunächst in einem obiter dictum eine Position einführen, ohne sie zu begründen und später anstelle einer Begründung darauf Bezug nehmen. Aber wenn dies schon nicht von den Parteien gerügt wird, wird dies spätestens die

²⁶ Georg W. Bertram, Die Dekonstruktion der Normen und die Normen der Dekonstruktion, in: Andreas Kern/Christoph Menke (Hrsg.), Philosophie der Dekonstruktion. Zum Verhältnis von Normativität und Praxis, Frankfurt am Main 2002, S. 296.

²⁷ Georg W. Bertram, Die Dekonstruktion der Normen und die Normen der Dekonstruktion, in: Andreas Kern/Christoph Menke (Hrsg.), Philosophie der Dekonstruktion. Zum Verhältnis von Normativität und Praxis, Frankfurt am Main 2002, S. 297.

²⁸ Martin Morlok, Der Text hinter dem Text, in: Alexander Blankennagel, Ingolf Pernice, Helmut Schulze-Fielitz (Hrsg.), Verfassung im Diskurs der Welt, Tübingen 2004, S. 133.

²⁹ Hans Kudlich/Ralph Christensen, Die Methodik des BGH in Strafsachen, Köln München 2009, S. 37 ff.

³⁰ Martin Morlok, Der Text hinter dem Text, in: Alexander Blankennagel, Ingolf Pernice, Helmut Schulze-Fielitz (Hrsg.), Verfassung im Diskurs der Welt, Tübingen 2004, S. 109.

wissenschaftliche Diskussion tun. Ein weiteres Risiko ist auch das Einfrieren der Begründung zu einem Textbaustein, wie man es manchmal beim EuGH beobachten kann. In einem praktischen Verfahren hat aber mindestens eine Partei das Interesse daran, dieses Rationalitätsdefizit zu beseitigen. Es gibt aber ein grundlegendes Problem: „Diese verschiedenen Anwendungsfälle sind, genau betrachtet, durchaus nicht identisch miteinander, sondern unterscheiden sich in mehr oder weniger vielen, stärker oder weniger stark geprägten Aspekten.“³¹ Das Gericht kann also nicht einfach in die Tradition einrücken, wie eine Truppe in die Kaserne. Schon bei schriftlicher und erst recht bei computerunterstützter Überlieferung macht allein die Vielzahl der erfassten Entscheidungen deutlich, dass Tradition nicht homogen ist, sondern heterogen, umstritten und widersprüchlich. Damit bedarf der Versuch, sich in eine Kontinuitätslinie zu stellen, der ausführlichen Diskussion.³² Das werden gerade die Parteien in ihren Schriftsätzen ausnutzen. Die Justiz ist also traditionalistisch nicht, weil dies einfach ist, sondern obwohl es schwierig ist. Wenn Gerichte also trotz der fehlenden Einlinigkeit der Tradition Vorentscheidungen heranziehen, dann macht dies deutlich, dass es eben nicht anders geht: Das Recht steckt weder im Gesetz noch im Fall und kann somit nicht gefunden werden, wie ein verlegter Schlüssel.

(3 Intertextualität: Die Einheit des Rechts ist kein Zentrum, sondern Horizont.

Wenn die Beispiele, an denen der Richter sich orientieren kann, nicht homogen sind, bedarf es einer Auswahl. Auch diese Auswahl wird von der herkömmlichen Lehre der Einsamkeit richterlicher Erkenntnis überantwortet. Die objektiv vorgegebene Einheit der Rechtsordnung bietet dem Richter eine sichere Grundlage. Diese liegt in ihrem Zentrum als Rechtsbegriff oder Idee der Gerechtigkeit. Zu erreichen ist sie über die vertikale Auslegung. Man steigt über die Rechtsbegriffe auf zu den Prinzipien und von deren Konflikt zur harmonisierenden Idee der Gerechtigkeit.

Doch die Kontrolle aus der Vertikalen scheitert. Wenn die Einheit der Rechtsordnung Konflikte entscheiden soll, muss sie bestimmbar sein, und wenn sie bestimmbar ist, kann sie nicht zentral sein. Jede Umschreibung der Rechtsidee wird sofort als eine Version neben vielen anderen erkennbar und reproduziert so den Streit, welchen sie gerade schlichten wollte. Natürlich ist das Recht viel mehr als das Gesetz, und natürlich müssen wir die einzelne Entscheidung in das Ganze des Rechts einfügen. Aber eine entsprechende Kontrolle des Urteils muss aus der Vertikalen in die Horizontale verlagert werden³³. Heute ersetzt die Rechtspraxis

³¹ *Martin Morlok*, Der Text hinter dem Text, in: *Alexander Blankennagel, Ingolf Pernice, Helmut Schulze-Fielitz* (Hrsg.), Verfassung im Diskurs der Welt, Tübingen 2004, S. 133.

³² Das ist gerade bei Gerichten klar. Die vereinfachende Bezugnahme auf das OVG Münster oder den BayVGH als Helden eines gefährvollen Auslegungsstreits lässt sich meistens durch Differenzierung nach Senaten und Entscheidungszeitpunkten auflösen.

³³ *Martin Morlok*, Der Text hinter dem Text, in: *Alexander Blankennagel, Ingolf Pernice, Helmut Schulze-Fielitz* (Hrsg.), Verfassung im Diskurs der Welt, Tübingen 2004, S. 101.

im Internet die Figur der Totalität durch praktische Intertextualitätsbeziehungen.³⁴ Der Holismus wird dort durch praktische Verknüpfungsmöglichkeiten operational, aber er verliert die vorgeordnete Hierarchie und das sichere Zentrum. Der Hypertext besteht nicht aus einem linearen Text: er ist ein Komplex von Texten, die durch Referenzverknüpfungen verbunden sind. Im Hypertext wird das Ganze zum Horizont, den man praktisch bearbeitet, ohne seinen Inhalt definieren zu können. Dies macht den Grundzug der Intertextualität besonders offensichtlich. Auch das Konzept der Einheit der Rechtsordnung ist danach eine Erscheinungsform von Intertextualität, „da sie in argumentativer Weise Beziehungen zwischen Rechtsbegriffen“ herstellt.³⁵ Damit muss man auch im Recht die traditionelle Vorstellung einer der Erkenntnis objektiv vorgegebenen Einheit des Textes fallen lassen. Der radikale Holismus, wonach Bedeutung nur dem Zentrum zukam, funktioniert im Hypertext nicht mehr. Die Einheit wird praktisch: „Intertextualität dient also der Beförderung der Einheit der Rechtsordnung. Erst der Bezug unterschiedlicher Normtexte wie interpretativer Texte aufeinander stiftet diese für ein Rechtssystem so zentrale Eigenschaft der Kohärenz und Konsistenz.“³⁶

Wie kann man sich das Ganze des Rechts vorstellen, wenn es nicht von seiner obersten Spitze her als Pyramide geordnet ist? Für einen praktischen Hier-und-Jetzt-Holismus bedeutet die Rede von einem Ganzen einen offenen Horizont von Bezügen. Das Ganze kippt damit aus der Vertikalen in die Horizontale. Morlok ersetzt aber nicht das Bild der Pyramide durch das Bild des Netzes. Er redet stattdessen von einem Geflecht, und zwar mit guten Gründen: Die Rede vom Netz sprachlicher Differenz ist nur sinnvoll als Vereinfachung. „Das Bild des Netzes impliziert ein Verständnis von Struktur, das diese als aufgespannt zwischen homogenen Elementen begreift. Die Struktur entwickelt sich diesem Verständnis gemäß (...) horizontal, gewissermaßen auf einer Fläche. (...) So entsteht das Bild eines homogenen Netzes – ein Bild, das die Strukturen im Verstehen verfehlt. Ein vielschichtiges Beziehungsgeflecht hingegen greift auch vertikal in einen Raum und in weitere Dimensionen aus. Unterschiedliche Elemente liegen nicht nur neben-, sondern auch unter- und übereinander, und das wiederum vielschichtig. Die Beziehungen zwischen ihnen sind ungleichförmig. So konstituieren sich auf der Basis solcher Beziehungen vieldimensionale Geflechte. Strukturen im Verstehen müssen als solche Geflechte, nicht als Netze begriffen werden.“³⁷ Im Bild des Netzes würden für das Recht zentrale Unterscheidungen wie etwa die zwischen einfachem Gesetz und Verfassung verschwinden. Auch hegemoniale Strategien zur Aufrichtung falscher Hierarchien würden unsichtbar werden. Deswegen ist das komplexere Bild des Geflechts vorzuziehen.

³⁴ *Martin Morlok*, Der Text hinter dem Text, in: *Alexander Blankennagel, Ingolf Pernice, Helmut Schulze-Fielitz* (Hrsg.), *Verfassung im Diskurs der Welt*, Tübingen 2004, S. 124.

³⁵ *Martin Morlok*, Der Text hinter dem Text, in: *Alexander Blankennagel, Ingolf Pernice, Helmut Schulze-Fielitz* (Hrsg.), *Verfassung im Diskurs der Welt*, Tübingen 2004, S. 102.

³⁶ *Martin Morlok*, Der Text hinter dem Text, in: *Alexander Blankennagel, Ingolf Pernice, Helmut Schulze-Fielitz* (Hrsg.), *Verfassung im Diskurs der Welt*, Tübingen 2004, S. 125 f.

³⁷ *Georg W. Bertram*, *Die Sprache und das Ganze*, Weilerswist 2006, S. 68.

Verstehen vollzieht sich also nicht in der klar geordneten Pyramide des klassischen vertikalen Holismus. Dazu müsste es eine fundamentale Ebene geben, welche sich gerade nicht aufweisen lässt. Verstehen vollzieht sich aber auch nicht in vollkommen flachen Netzen homogener Elemente. Es vollzieht sich vielmehr in einer Sprache als vieldimensionalem Geflecht. Insoweit ist die von den Gerichten praktizierte Arbeit an Rechtstexten zwingende Folge der sprachlichen Komplexität. Man stellt Vernetzungen her, arbeitet mit Hierarchien, aber eine letzte Ebene lässt sich gerade nicht auszeichnen.

Ist die Gerechtigkeit damit erledigt? Sie ist erledigt als Deduktionsgrundlage. Aber sie bleibt erhalten als Problem. Nach Morlok ist alles Recht situational und daraus erwächst die Skepsis gegenüber dem juristischen System.³⁸ Gerechtigkeit verschwindet dadurch nicht. Nur ihr Verständnis ändert sich. Sie wird zur Anforderung weiterer Argumente. Mit ihr gelangt die Situativität der Fallentscheidung zu ihrem Recht.³⁹

(4) Gesetzesbindung pragmatisch: Der Polylog der Fälle im Streit des Verfahrens

Unser Ausgangsproblem war die Frage, wie „die Legitimation des parlamentarischen Gesetzgebers (...) auf die Entscheidung des Einzelfalls übertragen werden“⁴⁰ kann. Wenn man das theologische Modell von der Sprache als Kleid des Gedankens aufgibt, muss man über die Sprache als Grundlage der Auslegung hinausgehen: „Der Normtext dominiert das juristische Geschehen (...), aber immer handelt es sich um Lesarten des Normtextes.“⁴¹ Die Auslegung setzt nicht Sinn an die Stelle von Text, sondern Text an die Stelle von Text und es stellt sich daher die Frage nach der Verantwortung: „Die Verantwortung über den juristischen Sprachgebrauch liegt bei den Rechtsanwendern selbst und nirgendwo anders.“⁴² Sie wird dem Rechtsanwender nicht von den Präjudizien abgenommen. Denn diese sind inhomogen. Sie wird ihm auch nicht von der Gerechtigkeit abgenommen. Denn diese ist keine der Erkenntnis vorgegebene Größe. Von ihr bleibt nur das Gefühl, dass für ein Urteil noch Argumente fehlen. Die Verantwortung für die Auslegung kann überhaupt nicht an eine Regel delegiert werden.

³⁸ *Martin Morlok*, Neue Erkenntnisse und Entwicklungen aus sprach- und rechtswissenschaftlicher Sicht, in: *Bernhard Ehrenzeller, Peter Gomez, Markus Kotzur, Daniel Thürer, Klaus A. Vallender* (Hrsg.), *Präjudiz und Sprache*, Zürich/St. Gallen 2008, S. 56.

³⁹ *Martin Morlok*, Neue Erkenntnisse und Entwicklungen aus sprach- und rechtswissenschaftlicher Sicht, in: *Bernhard Ehrenzeller, Peter Gomez, Markus Kotzur, Daniel Thürer, Klaus A. Vallender* (Hrsg.), *Präjudiz und Sprache*, Zürich/St. Gallen 2008, S. 67.

⁴⁰ *Martin Morlok*, Der Text hinter dem Text, in: *Alexander Blankennagel, Ingolf Pernice, Helmut Schulze-Fielitz* (Hrsg.), *Verfassung im Diskurs der Welt*, Tübingen 2004, S. 135.

⁴¹ *Martin Morlok*, Neue Erkenntnisse und Entwicklungen aus sprach- und rechtswissenschaftlicher Sicht, in: *Bernhard Ehrenzeller, Peter Gomez, Markus Kotzur, Daniel Thürer, Klaus A. Vallender* (Hrsg.), *Präjudiz und Sprache*, Zürich/St. Gallen 2008, S. 30.

⁴² *Martin Morlok*, Neue Erkenntnisse und Entwicklungen aus sprach- und rechtswissenschaftlicher Sicht, in: *Bernhard Ehrenzeller, Peter Gomez, Markus Kotzur, Daniel Thürer, Klaus A. Vallender* (Hrsg.), *Präjudiz und Sprache*, Zürich/St. Gallen 2008, S. 70 f.

Anstelle der fehlenden Regel muss der Richter eine Begründung schreiben.

Die Verantwortung des Richters muss also verwaltet werden. Nach Morlok muss die Rationalität der Rechtsarbeit institutionell abgestützt werden: „Durch Organisation und Verfahren, die Raum und Anlass bieten für einen mit Gründen arbeitenden Rechtsdiskurs. Wenn Recht konventionalistisch sprachlich geschaffen wird, so sollte dies auch in Rede und Gegenrede geschehen, aus der sprachlichen Kommunikation heraus entstehen und nicht monologisch gesetzt werden. Die Rationalitätschancen des Dialogs sollten in den rechtlichen Bestimmungsprozess eingebracht werden. Von daher ist die Mündlichkeit der Gerichtsverhandlung zu pflegen, von daher ist das Einzelrichtertum, das leider zunehmend um sich greift, kritisch zu sehen.“⁴³ Das Gesetz ist viel mehr als ein Text. Es muss in einem Verfahren inszeniert werden. Die Parteien wetteifern darin um die Anerkennung ihrer Geschichten und kämpfen darum, dass das Gericht ihre Lesart des Gesetzes übernimmt. Für die herkömmliche Rechtstheorie ist diese ganze Anstrengung überflüssig. Es geht ja nur um Erkenntnis. Ein Verfahren machen wir nur zu dem didaktischen Zweck, den Rechtsunterworfenen das Ergebnis beizubringen. Es dient nur der Vermittlung und nicht der Schaffung von Recht. Dazu genügen Text und Sprache. Das ändert sich mit einem holistischen Verständnis sprachlicher Bedeutung. Sprache ist nur im Kontext der Wirklichkeit zu begreifen. Hinter dem Text wird nicht der Sinn, sondern die Institution sichtbar. Schon bei Wittgenstein war die Analyse der Sprache eingebettet in den Begriff der Lebensform.⁴⁴ Er fasste sie als einen der Aspekte eines umfassenden Standes des Menschen in der Welt und wollte die Sprache damit nicht isoliert, sondern als Teil einer umfassenden Welterschließung verstehen. In der Rezeption von Wittgensteins Ansatz ist dieser umfassende Charakter des Begriffs Lebensform meist vernachlässigt worden.

Mit Morloks Bedeutungsbegriff wird klargestellt, dass Sprache genau das erfüllt, was Spinoza für die Welt⁴⁵ und Hegel für den Geist⁴⁶ behauptet hatte: Sprache ist holistisch, und das heißt, Bedeutung kann nicht als Positivum gefasst werden, sondern nur aus der Beziehung eines sprachlichen Elements zu allen anderen.

Aber der Holismus ist ein rutschiger Abhang⁴⁷, auf dem man nicht so schnell Halt finden kann. Auch die Sprache lässt sich nicht isoliert begreifen. Genau

⁴³Martin Morlok, Neue Erkenntnisse und Entwicklungen aus sprach- und rechtswissenschaftlicher Sicht, in: Bernhard Ehrenzeller, Peter Gomez, Markus Kotzur, Daniel Thürer, Klaus A. Vallender (Hrsg.), Präjudiz und Sprache, Zürich/St. Gallen 2008, S. 74.

⁴⁴Vgl. zu diesem Begriff bei Wittgenstein: Joachim Schulte, Wittgenstein, Stuttgart 1989, S. 142.

⁴⁵Vgl. dazu Gilles Deleuze: Spinoza, Berlin 1988, S. 147 ff.

⁴⁶Vgl. dazu Pirmin Stekeler-Weithofer, Philosophie des Selbstbewusstseins. Hegels System als Formanalyse von Wissen und Autonomie, Frankfurt am Main 2005 sowie Robert 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.

⁴⁷Vgl. zum Bild des rutschigen Abhangs generell Jerry Fodor/Ernest Lepore/Robert Brandom/Patrizia Churchland/Michael Devitt und Georges Rey, Philosophy and Phenomenological, Book Symposium on Jerry Fodor/Ernest Lepore Holism. A Shoppers Guide, in: Phenomenological Research 1993, 637 ff.

so wenig wie die Bedeutung eines Wortes ist sie ein Positivum, welches allein aus sich selbst heraus verstanden werden kann. Sprache ist tatsächlich in eine Lebensform eingebettet. Die Beziehungen zwischen sprachlichen Elementen sind nur bestimmbar, wenn man die soziale Praxis der gegenseitigen Beurteilung der Sprecher berücksichtigt und ihr an praktische Probleme gebundenes Weltwissen kennt.⁴⁸ Wenn man Sprache holistisch begreift, so hat dies die methodische Konsequenz, dass man weder die Elemente noch ihre Beziehungen als Positivum begreifen kann. Zur Artikulation der Bestimmtheit einer Struktur bedarf es immer einer weiteren Struktur.

Rein sprachlich betrachtet sind die Beziehungen zwischen den sprachlichen Elementen unbestimmt. Erst wenn man sie als ko-konstituiert⁴⁹ mit anderen Strukturen begreift, gewinnen sie Bestimmtheit. Diese anderen Strukturen sind die Lösung praktischer Probleme und die soziale Praxis, in der Sprecher sich wechselseitig beurteilen.⁵⁰

Heute sieht man, dass eine versionslose Beschreibung der Bedeutung eines Textes nicht möglich ist. Kein Leser hat das Auge Gottes. Nur Fundamentalisten glauben noch an die wörtliche Bedeutung eines Textes, welche dann natürlich in der von ihnen bevorzugten Lesart liegt. Das moderne Recht hat dem gegenüber an die Stelle des Auge Gottes den Streit der Parteien im Verfahren gesetzt: „Über das richtige Verständnis von Rechtsbegriffen kann und muss gestritten werden.“⁵¹ Auch im Streit ergibt sich eine kontrollierbare Objektivität, besonders wenn ein unabhängiger Dritter die für die jeweiligen Lesarten vorgetragenen Argumente beurteilt. Nur im Fegefeuer der Argumentation kann überprüft werden, ob eine Lesart des Gesetzes haltbar ist. Mit diesem Ansatz wird das semantische Modell einer isolierten Regelerkenntnis pragmatisch geöffnet. An die Stelle der beiden Pole des richterlichen Bewusstseins und des Normtextes ist die multipolare Beziehung des Verfahrens zu setzen. Die richterliche Gewalt verschwindet damit nicht in der Erkenntnis, sie wird aber durch rechtliches Gehör, Grundsätze des fairen Verfahrens sowie Begründungspflichten mediatisiert und geteilt. Das ist gerade kein Nachteil, sondern die Chance des Urteils auf demokratische Legitimität. Hier liegt die Aufgabe der richterlichen Gewalt. Sie organisiert den Streit der Parteien, verwendet die vorgetragenen Argumente für die Begründung und beendet das Verfahren durch Entscheidung. Eine solche Entscheidung ist illegitimer Zwang, wenn sie die vorgetragenen Argumente der

⁴⁸Als Ansatz, der diese Elemente verbindet, vgl. *Georg W. Bertram*, Die Sprache und das Ganze, Weilerswist 2006. Zur Normativität in der Sprache S. 123 ff.; zur Welthaltigkeit der Sprache S. 171 ff.; zur Sprachpraxis S. 100 ff.

⁴⁹Vgl. dazu *Georg W. Bertram*, Die Sprache und das Ganze, Weilerswist 2006, S. 193 ff.

⁵⁰Man kann also weder die Sprache auf die Welt, noch die Welt auf die Sprache reduzieren. Beide Strukturen verweisen aufeinander. Ohne die dazugehörige Praxis wäre Sprache unbestimmt, und ohne Sprache wäre die Praxis nicht artikuliert. Dabei ist die Sprache kein Begriffsschema, das man der amorphen Welt überstreift. (Vgl. dazu *Donald Davidson*, Was ist eigentlich ein Begriffsschema, in: ders., Wahrheit und Interpretation, S. 261 ff.)

⁵¹*Martin Morlok*, Neue Erkenntnisse und Entwicklungen aus sprach- und rechtswissenschaftlicher Sicht, in: *Bernhard Ehrenzeller, Peter Gomez, Markus Kotzur, Daniel Thürer, Klaus A. Vallender* (Hrsg.), Präjudiz und Sprache, Zürich/St. Gallen 2008, S. 72 f.

Parteien nicht aufnimmt. Sie ist aber legitime Autorität, wenn sie die Geltung⁵² dieser Argumente berücksichtigt. Die Begründung kann die Legitimität des von den politischen Instanzen geschaffenen Gesetzestextes auf das einzelne Urteil übertragen,⁵³ indem sie die zugrunde gelegte Lesart des Gesetzes an den im Verfahren vorgetragene Argumenten überprüft. Die vom Gericht verwendete Lesart muss gelten, das heißt, alle relevanten Gegenargumente integrieren oder widerlegen.⁵⁴ Dann ermöglicht sie einen Legitimitätstransfer.

Unsere Intuition im Bezug auf das Recht ist widersprüchlich: Einerseits erleben wir es als objektiv und andererseits als formbar. Jeder, der im Recht professionell handelt, weiß, dass sich dieser Gegensatz nicht einfach nach einer Seite hin aufheben lässt. Der Ausgang des Verfahrens wird von Argumenten beeinflusst. Darin liegt seine Formbarkeit. Aber eben nicht durch beliebige Argumente. Darin liegt seine Stabilität oder auch Normativität. Mit Morloks konventionalistischem Bedeutungsbegriff lässt sich diese Intuition präzisieren. Die Objektivität des Rechts liegt in seiner Sprache. Aber nicht in einem vorgegebenen Bedeutungsgegenstand, sondern seiner Pragmatik oder praktischen Semantik. Wie kann der Richter also Legitimität vom Gesetz auf sein Urteil übertragen? Die Sprache ist aus heutiger Sicht eine Vernetzung gelungener Kommunikationserfahrungen, stabilisiert von einer mitlaufenden normativen Bewertung. Dies gilt natürlich auch für die Sprache des Rechts. Der Richter muss seinen Gebrauch des Begriffs verknüpfen mit erfolgreichen Kommunikationsbeispielen und zwar nicht beliebig, sondern unter der normativen Kontrolle eines streitigen Verfahrens. Formuliert als Intertextualitätsproblem: Die Legitimität des Gesetzes wird über Vorentscheidungen, die streitige Argumentation im Verfahren und deren Bewertung in der richterlichen Begründung ins Urteil verschoben.

Die Gesetzesbindung ist also eine Fiktion. Der Text hat keinen semantischen Gehalt. Wir unterstellen das Gesetz als Form und streiten im Verfahren über seinen Inhalt.⁵⁵ Aber genau dadurch erzeugen wir die fehlende Bindung pragmatisch. Wir orientieren uns also an einem Gesetz, das wir nicht erkennen können. Aber nur in dem wir mit anderen darüber streiten.

⁵²Vgl. zu diesem Begriff in der heutigen Argumentationstheorie: *Harald Wohlrapp*, *Der Begriff des Arguments*, Würzburg 2008, S. 365 ff. Geltung heißt Einwandfreiheit, das heißt, alle Gegenargumente müssen entweder integriert oder widerlegt worden sein. Vgl. dazu ebd., S. 347 ff.

⁵³Vgl. *Ralph Christensen/Hans Kudlich*, *Theorie richterlichen Begründens*, Berlin 2001, S. 21 u. 330 sowie sodann zur Ausarbeitung des Ansatzes des Legitimationstransfers a.a.O., passim.

⁵⁴Zu den Grundoperationen des Argumentierens: *Harald Wohlrapp*, *Der Begriff des Arguments*, Würzburg 2008, S. 185 ff.

⁵⁵Vgl. zur Logik der Bearbeitung dieses Paradoxes: *Robert Brandom*, *Expressive Vernunft*, Frankfurt am Main 2000, S. 99 sowie *Ralph Christensen/Michael Sokolowski*, *Neopragmatismus*, in: *Sonja Buckel/Ralph Christensen/Andreas Fischer-Lescano*, *Neue Theorien des Rechts*, 2. Auflage, Stuttgart 2009, S. 285 ff., 304.