



This text is a preprint of:

Ralph Christensen, Die Paradoxie richterlicher Gesetzesbindung, in: Kent D. Lerch (Hrsg.), Die Sprache des Rechts, Band 2, Recht verhandeln, de Gruyter, Berlin/New York 2005, S. 1 – S. 105.

All rights reserved.

This pdf document provided by SOULL can be cited as:

Christensen, Ralph (2005): "Die Paradoxie richterlicher Gesetzesbindung" In: SOULL – Sources of Language and Law, <https://legal-linguistics.net> (originally published in: Kent D. Lerch (Hrsg.), Die Sprache des Rechts, Band 2, Recht verhandeln, de Gruyter, Berlin/New York (2005): S. 1 – S. 105.)

die paradoxie

richterlicher Gesetzesbindung

Eine bestimmte Sicht der Jurisprudenz ist in den letzten Jahren untergegangen. Danach lebten die Juristen in einem dreistöckigen Gebäude.¹ Die herrschaftlichen Zimmer werden von der Rechtstheorie bewohnt. In den Vitrinen sind wertvolle Schätze aufgestellt: die Antworten auf die Frage nach dem Wesen des Rechts. In den darunter liegenden Gesindezimmern legen die Methodiker dar, wie man mit dem in seinem Wesen bestimmten Recht zu arbeiten hätte. Im Keller schließlich erledigten die Dogmatiker die Alltagsarbeit. Zusammengebrochen ist dieses Gebäude, als man bemerkte, dass das Recht seine gesellschaftliche Aufgabe nur erfüllen kann, solange es ihm gelingt, sich einer Definition zu entziehen.² Das Recht hat kein beherrschbares Wesen, das von der Präsenzmetaphysik³ zu einer Definition fixiert werden könnte.⁴ Nur solange die Frage, was Recht ist,

¹Vgl. zur Entfaltung dieses Bildes und der Diskussion seiner rechtstheoretischen Implikationen ALEXANDER SOMEK, Juristische Expertise, in: DIETER SIMON (Hrsg.), *Rechtshistorisches Journal*. Band 20, Frankfurt am Main 2001, 698 ff.

²Vgl. dazu grundlegend NIKLAS LUHMANN, Metamorphosen des Staates, in: DERS., *Gesellschaftsstruktur und Semantik*. Band 4, Frankfurt am Main 1999, 101 ff. Vgl. dazu auch NILS WERBER, Vor dem Vertrag. Probleme des Performanzbegriffs aus systemtheoretischer Sicht, in: UWE WIRTH (Hrsg.), *Performanz. Zwischen Sprachphilosophie und Kulturwissenschaften*, Frankfurt am Main 2002, 366 ff., insbesondere 379-382.

³Vgl. zu diesem Begriff JACQUES DERRIDA, Die Struktur, das Zeichen und das Spiel im Diskurs der Wissenschaften vom Menschen, in: DERS., *Die Schrift und die Differenz*. Frankfurt am Main 1976, 422 ff., 440 f.; vgl. zum Gegenbegriff des Ereignisses JACQUES DERRIDA, *Eine gewisse unmögliche Möglichkeit, vom Ereignis zu sprechen*. Berlin 2003, 20 ff.; NIALL LUCY, *A Derrida Dictionary*. Oxford 2004, 99 ff., m. w. N.

⁴Das heißt natürlich nicht, dass das in erneuter Auflage nicht ständig versucht wird. Vgl. dazu ROBERT ALEXY, *Begriff und Geltung des Rechts*. Freiburg/München 1994, 201.

offen bleibt, kann es seine Aufgabe erfüllen, den gesellschaftlichen Konflikten ein Medium zu liefern.

Die großen Erzählungen vom Wesen des Rechts sind also zu Ende gegangen. Was bedeutet dies für die Disziplin der juristischen Methodik? Es heißt zunächst, dass sich Methodik nicht mehr als der einzige Weg zur Wahrheit des Rechts ausgeben kann. Juristische Methodik verliert damit ihren normativen und der Praxis übergeordneten Charakter. Wie das Recht anzuwenden ist, lässt sich nicht mehr aus seinem Wesen deduzieren. Aber nach wie vor stellt sich die Frage, wie rechtliche Arbeit strukturiert ist und was dabei als kunstgerecht gelten kann. Nach dem Ende der großen Erzählungen fällt also die juristische Methodik aus den metaphysischen Wolken in den juristischen Alltag.

Die Struktur juristischen Handelns im Alltag zu erklären, zielt auf etwas Gewöhnliches. Man will nicht hinter dem Alltagsgeschäft etwas Unerhörtes aufdecken, wie etwa den Feind, die Gewalt oder eine Paradoxie. Aber es mag sich zeigen, dass das Triviale doch sehr komplex ist. Vielleicht findet sich das Unerhörte nicht auf der Wesensebene hinter dem Recht, sondern mitten im Alltagsgeschäft. Dies zu untersuchen, ist die Aufgabe einer Theorie der Praxis.⁵ Sie muss untersuchen, inwieweit die von der Politik in der Verfassung festgeschriebenen Vorgaben in der Praxis des Rechts auch eingelöst werden. Natürlich werden diese Vorgaben eines rechtsstaatlichen Verfahrens, der Gesetzesbindung usw. im Rechtssystem entsprechend seiner Eigenlogik verarbeitet. Recht und Politik sind eben strukturell gekoppelt.⁶ Allerdings bleibt ein politisches Moment im Recht erhalten. Es zeigt sich immer dort, wo die Schließung der Selbstreferenz im Rechtssystem scheitert.⁷ In der Praxis wird dieses Scheitern dadurch verborgen, dass man den Methoden juristischer Textverarbeitung Leistungen unterstellt, die sich gar nicht erbringen können. Es ist vor allem die Sprache, der man die Last auferlegt, verkürzt verstandene rechtsstaatliche Vorgaben einzulösen. Wenn man das Scheitern dieser internen Schließungsprozesse protokolliert, verschiebt man die Grenzen des Systems.⁸ Die methodische Einlösung rechtsstaatlicher Vorgaben erweist sich dabei als scheinbar. Aber durch dieses Scheitern werden die verfassungsrechtlichen Vorgaben der gerichtlichen Arbeit zum praktischen Problem präzisiert. Sie verschwinden nur als rhetorische Fassaden.

Im Folgenden wird zunächst die Gesetzesbindung als grundlegende Analyseperspektive diskutiert. Im Anschluss erfolgt dann ein Überblick über die Instrumente juristischer Argumentation. Abschließend wird die Frage gestellt, unter welchen

⁵Vgl. zur Entfaltung dieses Begriffs in Anknüpfung an die sprachanalytische Tradition von Ryle und Brandom: RALPH CHRISTENSEN / HANS KUDLICH, *Theorie richterlichen Begründens*. Berlin 2001, 269 ff.

⁶Vgl. dazu NIKLAS LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main 1993, 440 ff., 564 f., 566.

⁷Vgl. zu dieser Problematik URS STÄHELI, *Sinnzusammenbrüche. Eine dekonstruktive Lektüre von Niklas Luhmanns Systemtheorie*. Weilerswist 2000, 46 ff.; sowie DERS., Semantik und/oder Diskurs: 'Updating' Luhmann mit Foucault?, in: *kultuRRevolution*, Nr. 47 (2004), 14 ff.

⁸Vgl. dazu URS STÄHELI, *Sinnzusammenbrüche. Eine dekonstruktive Lektüre von Niklas Luhmanns Systemtheorie*. Weilerswist 2000, 271 ff.

Voraussetzungen ein gerichtliches Urteil diesen Vorgaben genügt.

A. Die Gesetzesbindung

Eine Entscheidungsanalyse muss keine Maßstäbe erfinden. Die Gerichte sind an Gesetze und die Verfassung gebunden. Wie der Richter die in Art. 20 III und 97 I GG geregelte Gesetzesbindung erfüllen kann, ist allerdings streitig. Traditionell formuliert man die Gesetzesbindung im Rahmen eines Rechtserkenntnismodells als Bindung an einen im Text vorgegebenen Bedeutungsgegenstand. Diesem semantischen Modell steht ein pragmatisches Modell gegenüber. Danach sollen die Bindungen nicht in einem der Erkenntnis vorgegebenen Gegenstand liegen, sondern in Anforderungen an das richterliche Handeln bestehen. Dabei handelt es sich um ein Modell gebundener Rechtserzeugung.

I. Die Gesetzesbindung im legalistischen Rechtsstaatsverständnis

Die juristische Methodik hat sich zunächst als monologisches Modell richterlicher Erkenntnis entwickelt. Obwohl das Recht als soziale Einrichtung aus Kommunikation besteht und dem Verfahren als Ausnutzung von Konfliktperspektiven für die Bildung des Rechts eine offensichtlich zentrale Rolle zukommt, wird hier die Perspektive eingeschränkt auf einen Bewußtseinsprozeß in der Person des Richters. Das Richtersubjekt und der im Gesetz niedergelegte Rechtsgedanke sind die beiden Pole. Die anderen Beteiligten und das Verfahren als Ganzes bleiben außen vor. Eine juristische Entscheidung begründen heißt demnach zeigen, daß sie aus dem Gesetz abgeleitet ist.

1. Was ist Gegenstand der Rechtserkenntnis?

Die herkömmliche Lehre versteht Auslegen als Erkennen des normativen Gehalts von geschriebenen Rechtsvorschriften.⁹ Gegenstand der Auslegung ist demnach nicht die *Ausdrucksseite* oder der Text als Zeichenkette, sondern von vornherein die *Inhaltsseite* als objektive Bedeutung des Textes. Diese Bedeutung wird schlicht erkannt und nicht etwa vom Leser und Entscheider (mit)erzeugt. Daraus folgt eine typische Definition: „Gegenstand der Auslegung ist der Gesetzestext als Träger dieses normativen Sinnes. 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.“¹⁰

⁹Vgl. LÉONTIN-JEAN CONSTANTINESCO, *Das Recht der Europäischen Gemeinschaften*. Band I, Das institutionelle Recht, Baden-Baden 1977, 808, sowie RUDOLF BERNHARDT, Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge, insbesondere in der neueren Rechtsprechung internationaler Gerichte, in: *BöRV* 49 (1963), 1 ff., 17; JOSEF BLANK, *Europäische Fusionskontrolle im Rahmen der Art. 85, 86 des EWG-Vertrages*. Baden-Baden 1991, 89.

¹⁰Vgl. JOCHEN ANWEILER, *Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften*. Frankfurt am Main / Berlin u. a. 1997, 26.

Das ist eine Vorentscheidung für die Beobachtung erster Ordnung. Die angeblich notwendige Verknüpfung von Zeichen und Bedeutung wird im Rahmen der methodischen Literatur mit dem Repräsentationsgedanken begründet. Der Normtext repräsentiert demnach einen ihm zugrundeliegenden Gedanken. Der Gesetzgeber schreibt einen Text, weil er etwas mitzuteilen hat, nämlich seine Vorstellungen und Ziele. Erst jenseits der bloßen Schrift liegt als Meinen, als Idee oder gemeinte Idee der volle Sinn des Textes.¹¹ Diese geistigen Entitäten gehen danach dem Schreiben voraus und werden vom Text nur nachgezeichnet oder ausgedrückt. Immer wieder nehmen juristische Methodiker das alte theologische Modell von der Sprache als Kleid des Gedankens auf.¹² Um einen Normtext vollständig zu verstehen, muß der Rechtsanwender hiernach den hinter dem Text verborgenen Grundgedanken oder Wert erfassen.¹³ Der Gesetzestext ist demnach „Träger“ oder „Ausdruck“ des als stabiler Bezugspunkt hinter ihm stehenden Sinns.

2. Die Verdopplung des Erkenntnisgegenstands

Die sprachtheoretischen Annahmen der herkömmlichen Auslegungstheorie führen damit in eine Zwei-Welten-Lehre: die Rolle des Richters ist die Auslegung, d.h. er erkennt die unterstellte objektive Textbedeutung. Dort, wo er diesen Rahmen überschreitet und zu einer Entscheidung findet, die in der objektiven Textbedeutung nicht vorgegeben ist, betreibt er Rechtsfortbildung. Allerdings übernimmt er dabei noch nicht die Rolle des Gesetzgebers, weil er auch in den Lücken des Rechts an objektiv vorhandene allgemeine Rechtsgrundsätze gebunden bleibt. Diese garantieren ihm als zweiter Code hinter dem Gesetz auch dort noch einen Erkenntnisgegenstand, wo die objektive Textbedeutung versagt. Der Richter betreibt Erkenntnis also entweder im Reich der Gesetze oder im Reich der Rechtsprinzipien. Aber er gestaltet nicht. Denn das, so das positivistische Paradigma, ist die Rolle des Gesetzgebers.

Dieser argumentative Rückzug in die doppelte Geborgenheit sicherer Rechtskenntnis verläuft in der methodischen Literatur folgendermaßen: „Eine Lücke ist eine Unterbrechung in einem Text oder in einer Serie, eine leere Stelle in einem Ganzen, also das, was fehlt, um den Text zu vervollständigen. Der Lückenbegriff dient in der juristischen Methodenlehre dazu, die Befugnis oder sogar Verpflichtung des Richters zu umschreiben, auch dann eine Rechtsfrage zu

¹¹Vgl. zu diesen schon in der Alltagssprache nahegelegten metaphysischen Annahmen über das Verhältnis von Schrift, Sprache und Text: JACQUES DERRIDA, *Semiologie und Grammatologie*. Gespräch mit Julia Kristeva, in: DERS., *Positionen*. Wien 1986, 52 ff., 55 ff.

¹²Vgl. dazu etwa die Formulierung bei KARL LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. Berlin / Heidelberg / New York 1983, 194. Aus der Sicht subjektiven Lehre findet sich eine typische Formulierung des Repräsentationsgedankens etwa bei GERHARD ROTH-STIELOW, *Umwelt und Recht*, in: *NJW* (1970), 2057 ff., 2058, der sogar explizit die Theologen bemüht, um die Sprache als Leib des Geistes darzustellen. Vgl. allgemein zum Einfluss der Theologie auf die juristische Denkweise HORST DREIER, *Kanonistik und Konfessionalisierung – Marksteine auf dem Weg zum Staat*, in: *JZ* (2002), 1 ff. m. w. N. in Fn. 2 und 3.

¹³So die oft zitierte Wendung bei KARL LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. Berlin / Heidelberg / New York 1983, 299.

beantworten, wenn das anwendbare Normensystem keine ausdrückliche Regelung enthält.“¹⁴ Aber woher bezieht der Richter jetzt die Sicherheit oder Objektivität seiner Antwort? Der klassische Ansatz sorgt dafür, dass er nicht mit seiner Verantwortung allein bleibt, sondern in der beschützenden Werkstatt des Rechts unterkommt, wo ihm die Prinzipien diese Last abnehmen. Dazu wird der Begriff „Auslegung“ auf die Metaebene einer zweiten Objektivität ausgedehnt: Auslegung hat nunmehr als Gegenstand ihrer Erkenntnis nicht nur das geschriebene, sondern auch das ungeschriebene Recht. Damit kommt eine reiche Hinterwelt in den Blick, die mit ihrer Vielfalt für den Schrecken entschädigt, den die zum Glück nur vordergründigen Lücken im Recht zunächst hervorgerufen haben.

3. Die Entlastung von richterlicher Verantwortung

Nun haben aber, linguistisch betrachtet, Texte und damit auch Normtexte keinen objektiven Sinn. Das schadet auch nicht, solange der Leser oder der auslegende Richter glaubt, der von ihm angenommene oder dem Text beigelegte Sinn sei eben objektiv. Sobald er aber an der Objektivität seiner Lesart des Gesetzes zu zweifeln beginnt, wird es schwierig. Wenn man die Metapher vom verhüllten Sinn ernst nimmt und versucht, diesen Gegenstand zu erkennen, findet man an Stelle sicherer Objektivität nur *eine Mehrzahl* konfligierender Möglichkeiten. Vor diesem Sturz ins Bodenlose muß der auf die klassische Lehre vertrauende Richter bewahrt werden. Deshalb wird der Verlust von Objektivität einer bestimmten Bedeutungsvariante in eine Lücke umgedeutet. Diese betrifft aber nur eine erste Schicht von Objektivität. Der objektive Textsinn hat zwar versagt, aber trotz dieser Lücke kann die Erkenntnis in einer zweiten Schicht von Objektivität wieder sicheren Tritt fassen: in den allgemeinen Rechtsgrundsätzen oder Prinzipien. Damit steht die Rechtsfindung nicht nur auf festem, sondern sogar auf doppeltem Boden.

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 Objektivität des Rechts ist gesichert. Aber dies hat seinen 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. Diese Doppelung von methodischer und normativer Fragestellung wird von der traditionellen Lehre auf ein einziges ontologisches Postulat reduziert: „Es gibt allgemeine Rechtsgrundsätze“. Deswegen bestehe kein methodischer Reflexionsbedarf. Es sei nach wie vor nur eine Erkenntnis zu vollziehen. Deshalb gebe es auch kein normatives Problem funktionaler

¹⁴JOCHEN ANWEILER, Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften. Frankfurt am Main / Berlin u. a. 1997, 52.

Gewaltenteilung, denn durch die Bindung an diese Grundsätze sei der Richter klar vom Gesetzgeber geschieden.

Die Frage „was ist Gegenstand richterlicher Erkenntnis“ führt so zu einer Verdoppelung des Rechts. Dort, wo der EuGH die „objektive Bedeutung“ nicht erkennen kann, braucht er „allgemeine Prinzipien“ als zweiten Code hinter dem Text. „Anwendung“ bleibt damit die Exekution einer vorgefertigten Norm am Fall. Es fehlen die Momente der Verschiebung und Streuung.¹⁵ Diese werden in eine Reserveontologie abgeschoben.

II. Die Gesetzesbindung im verfahrensbezogenen Rechtsstaatverständnis

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

Als *Gegenstand* juristischer Textarbeit kommt dann nicht die objektive Bedeutung in Betracht. Sie steht erst am Ende juristischer Arbeit, ist nicht deren Voraussetzung. Gegenstand ist vielmehr das gesetzliche Textformular, die Zeichenkette.

1. Wie funktioniert Rechtsanwendung?

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 contra intuitiv, man könnte dann die Zeichenketten des positiven Rechts auch gar nicht als solche erkennen.¹⁸ 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

¹⁵Vgl. zum Begriff Anwendung JACQUES DERRIDA, *Als ob ich tot wäre*. Wien 2000, 13 f. Bei dem Wort Applikation wird für *Derrida* noch „pli“ im Sinne von Falte konnotiert. Von dort unterscheidet er das herkömmliche Verständnis von Anwendung als Entfaltung eines fertig vorgegebenen von dem Verständnis der Anwendung als Komplikation im Sinn einer Verschiebung von Text und Leser.

¹⁶Vgl. dazu IMRE LAKATOS, Falsifikation und die Methodologie wissenschaftlicher Forschungsprogramme, in: DERS. / ALAN MUSGRAVE (Hrsg.), *Kritik und Erkenntnisfortschritt*, Braunschweig 1974, 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 JOCHEN HÖRISCH, Die Wut des Verstehens, in: *Der blaue Reiter* 2 (1998), 60 ff., 67.

¹⁸ALEXANDER SOMEK, Der Gegenstand der Rechtserkenntnis. Baden-Baden 1996, 59, Fn. 284 und DERS. / NIKOLAUS FORGÓ, Nachpositivistisches Rechtsdenken. Inhalt und Form des positiven Rechts. Wien 1996, 36.

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.

Die Betrachtung muß also gedreht werden, und zwar um die verfassungsrechtlichen Anforderungen des Rechtsstaatsgebots als Angelpunkt. Die Gesetzesbindung kann sich nicht auf die Rechtsnorm als etwas Vorgegebenem beziehen, sondern sie bezieht sich auf die Struktur eines Herstellungsprozesses.

2. Vom Gegenstand zur Konstruktion

Bisher war die Diskussion in einem falschen Bild richterlicher Tätigkeit befangen (und ein Bild vernebelt bekanntlich mehr als tausend Worte): Der Abstand zwischen Normtext und Fallentscheidung sollte durch die Brücke juristischer Auslegung überwunden werden, deren Grundpfeiler fest in der vorgegebenen Rechtsnorm ruhten. Die Doktrin der Rechtsprinzipien hat mit ihrer zunehmenden Ausdehnung ungewollt deutlich gemacht, wie brüchig dieses vorgeblich feste Fundament tatsächlich ist. Aber sie hat nicht die Konsequenz gezogen, das immer weiter eingeschränkte rechtsnormtheoretische Paradigma des Positivismus durch ein neues zu ersetzen. Die nachpositivistischen Ansätze machen demgegenüber klar, daß keine schon vorhandene Brücke uns die Anstrengung abnehmen kann, den Abstand zwischen Normtext und konkreter Entscheidung zu überwinden. Gefordert ist vielmehr eine Konstruktion, die den vom Rechtsstaatsprinzip vorausgesetzten technischen Maßstäben genügt.

Die Anforderungen an praktische Rechtsarbeit werden dadurch nicht geringer, sondern höher. Denn der Richter muss die hergestellte Rechtsnorm dem einschlägigen Normtext rechtsstaatlich kontrolliert zurechnen. Es gibt damit zwar nicht mehr das automatische Förderband der Begriffsexplikation, das den Richter vom Normtext zur Entscheidung bringt. Aber er muß diese Divergenz in methodisch kontrollierter Weise überwinden.

Was gewinnt man mit diesem Übergang von der vermeintlich objektiv vorgegebenen Bedeutung zum tatsächlichen Konflikt um die Bedeutung des Textes?

Der Ort, an dem die Untersuchung ansetzen muß, ist nicht eine von den überlieferten Anforderungen des Positivismus diktierte Theorie sprachlicher Bedeutung, sondern die praktische semantische Tätigkeit der Juristen. An die Stelle illusionärer Bindungen, die das richterliche Sprechen abschließend determinieren sollen, tritt eine wirkliche Verantwortung.

Im Rahmen einer Beobachtung zweiter Ordnung kann die sprachtheoretische

Reflexion neben ihrer kritischen dann auch eine konstruktive Funktion entfalten¹⁹. Die kritische führt zunächst zu der Einsicht, dass weder der Gesetzgeber noch der Normtext die Entscheidung eines konkreten Streitfalls ganz determinieren können. Der Richter wird als der Dritte zur entscheidenden Instanz. In der semantischen Praxis seines Sprachhandelns kann die Reflexion 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.“²⁰ 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.

3. Die Offenlegung richterlicher Verantwortung

Daran zeigt sich, dass eine Beobachtung zweiter Ordnung die Rechtsarbeit nicht etwa bestätigend verdoppelt, sondern den Ansatzpunkt wirklicher Verantwortung im juristischen Handeln erst sichtbar machen kann. Die unfruchtbare Alternative von Positivismus und Dezisionismus, von Auslegungsrhetorik und freirechtlicher Praxis kann damit überwunden werden.²¹ 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 andern den des „Richterrechts“, worin

¹⁹Vgl. dazu am praktischen Beispiel der Zusammenarbeit von Rechtswissenschaftlern und Sprachwissenschaftlern auch FRIEDRICH MÜLLER (Hrsg.), *Untersuchungen zur Rechtslinguistik*, Berlin 1989.

²⁰JACQUES DERRIDA, *Als ob ich tot wäre*. Wien 2000, 37. Das Problem Eigenname/Name und der Zusammenhang zur Verantwortung ist auch ein durchgängiges Thema in JACQUES DERRIDA, *Politik der Freundschaft*. Frankfurt am Main 2000, 23, 102, 106, 110, 115, 129, 255, 306, 310, 338 ff., 356, 388 f. Vgl. zum Problem des Eigennamens außerdem noch JACQUES DERRIDA, *OTOBIOGRAPHIEN – Die Lehre Nietzsches und die Politik des Eigennamens*, in: DERS. / FRIEDRICH KITTNER, *Nietzsche – Politik des Eigennamens*. Berlin 2000, 7 ff., sowie JACQUES DERRIDA, *Passionen*. „Die indirekte Opfergabe“, in: DERS., *Über den Namen*, Wien 2000, 15 ff.

²¹Vgl. dazu ANUSHIH RAFI, *Kriterien für ein gutes Urteil*. Berlin 2004, 41 ff. (gebundener Dezisionismus), 149 ff.

der Richter angeblich Prinzipien erkennt und diese dann genauso mechanisch anwendet wie vorher die Normtexte. Eine Rechtserzeugungsreflexion kann diese „Zweiweltenlehre“ durch eine genauere Problemstellung überwinden. Der Richter ist Rechtsetzer, aber Rechtsetzer zweiter Stufe²². Das heißt, die Rechtsnorm 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 darstellt²³. 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“²⁴.

Eine Rechtserzeugungsreflexion leistet für den Richter scheinbar weniger als eine Rechtserkenntnislehre. Sie formuliert seine Verantwortung. Die Rechtserkenntnislehre 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.²⁵ 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.“²⁶

²²Vgl. zu diesem Stichwort als Kennzeichnung des von der Strukturierenden Rechtslehre entwickelten Modells: HORST SENDLER, *Richterrecht — rechtstheoretisch und rechtspraktisch*, in: *NJW* (1987), 3240 ff., 3240.

²³Vgl. FRIEDRICH MÜLLER, *‚Richterrecht‘*, Berlin 1986, 51.

²⁴Ebd.

²⁵Vgl. zur Figur des Gespenstes grundlegend JACQUES DERRIDA, *Politik der Freundschaft*. Frankfurt am Main 2000, 20, 68, 111 f., 122, 182 f., 187, 190, 197, 258, 359 ff., 384, 390 sowie JACQUES DERRIDA, *Marx ‚Gespenster‘*. Frankfurt am Main 1995.

²⁶JACQUES DERRIDA, *Als ob ich tot wäre*, Wien 2000, 41 f. Vgl. zum Begriff der Verantwortung außerdem noch JACQUES DERRIDA, *Politik der Freundschaft*. Frankfurt am Main 2000, 66, 68 f., 71 f., 84, 105 f., 108, 252, 296, 297, 305 ff., 309 f., 312, 316, 337 ff., 354, 356, 368, 395.

B. Die Instrumente juristischer Argumentation

Die Mittel der Auslegung sind weder von der Sprache noch von der Natur des Verstehens her vorgegeben. Trotzdem ist auffällig, dass z.B. Wortlaut, Entstehung, Systematik und Zweckargument in ganz verschiedenen Rechtstraditionen und von ganz verschiedenen Gerichten verwendet werden. Die Verwendungsweise dieser Canones der Auslegung ist natürlich nicht identisch und es gibt viele Unterschiede im Detail zwischen den verschiedenen Rechtstraditionen. Gemeinsam ist aber immerhin die Verknüpfung der Einzelbedeutung mit der jeweiligen Gesamtheit bedeutungstragender Texte. Der sachliche Grund für diese Ähnlichkeit dürfte wohl in der holistischen Struktur sprachlicher Bedeutung liegen.²⁷ Danach lässt sich die Bedeutung eines Textes nur in der entwicklungs-offenen Gesamtheit einer Sprache bestimmen. Diese Erkenntnis ist sozusagen der Konvergenzpunkt so unterschiedlicher Entwicklungen wie der angelsächsischen postanalytischen Philosophie, der in Frankreich unter dem Stichwort Dekonstruktion entwickelten Strukturalismuskritik und der in Deutschland unter Berufung auf die Humboldt-Tradition vollzogenen pragmatischen Wende in der Sprachwissenschaft. Aber wenn Bedeutung eine holistische Größe ist und man muss über den Konflikt verschiedener Lesarten entscheiden, ist das Ganze gerade nicht verfügbar. Das heißt, man muss die Kontexte schrittweise arbeiten, ohne sich die Illusion machen zu können, damit das Ganze restlos im Griff zu haben. Die Formen dieses schrittweisen Erschließens von Bedeutung haben sich dann historisch herausgebildet und stabilisiert in den heutigen Canones der Auslegung.

I. Die Auslegungsregeln als Kontextlieferanten

Ein Bedeutungskonflikt wird entschieden, indem man das fragliche Zeichen kontextualisiert. Die Gerichte bestimmen die Bedeutung eines Gesetzestextes, indem sie andere Texte zur Bestätigung oder Abgrenzung heranziehen. Diese Kontexte werden erschlossen durch die so genannten Canones der Auslegung. Die grammatische Auslegung erschließt den Kontext des Fachsprachgebrauchs bzw. der Varianten der Alltagssprache. Die systematische Auslegung erschließt den Kontext des Gesetzes bzw. der Rechtsordnung als Ganzes. Die historische Auslegung erbringt den Kontext früherer Normtexte und die genetische den der Gesetzesmaterialien. Das sind die klassischen Canones von Savigny.

1. Wortlaut: Wie normativ ist Sprache?

Der Ausgangspunkt für die Spracharbeit der Juristen ist die Krise. Kommunikation läuft nicht als reibungslos eingespielte Gewohnheit, wo Unklarheiten entweder einvernehmlich beseitigt oder als irrelevant behandelt werden. Vielmehr besteht über die Fortsetzung der Kommunikation Streit. Dieser wurde durch Einschaltung von professionellen Juristen, durch Anfertigung von Schriftsätzen,

²⁷Die holistische Struktur von Bedeutung wurde in der postanalytischen Philosophie vor allem von *Davidson* und *Rorty* herausgearbeitet. Vgl. als gut verständliche Darstellung: VERENA MAYER, *Semantischer Holismus. Eine Einführung*. Berlin 1997.

Ausgestaltung eines Verfahrens usw. allmählich auf den Gesetzestext hingeführt, um dessen Lesart jetzt ein Konflikt besteht.

Eine erste und sicher naheliegende Reaktion auf diese Krise ist, auf die Sprache selbst zurück zu gehen. Darauf, was die Wörter, um die Streit besteht, wirklich bedeuten. Dazu dient das Wortlautargument.²⁸ Ein Wortlautargument oder die grammatische Auslegung wird auf der Textoberfläche sichtbar, wenn sich ein Gericht ausdrücklich auf den „Wortlaut“ beruft. Ein grammatisches Argument liegt auch dann vor, wenn sich ein Gericht auf einen genau bezeichneten Normtext beruft oder das Gericht den Wortlaut eines Normtextes zitiert. Das Wortlautargument soll von der Zeichenkette zur Bedeutung führen. Da aber dieser Übergang streitig und damit nicht mehr selbstverständlich ist, bedarf er der Begründung. Zwei Begründungsstrategien sind dabei häufig. Einmal die Berufung auf ein Wörterbuch und zum anderen die Berufung auf die eigene Sprachkompetenz.

a) Was leistet ein Wörterbuch für die Auslegung? Die Hoffnung der Juristen darauf, dass ihnen das Wörterbuch mit seinen Bedeutungsbeschreibungen die Arbeit abnehmen könnten, trägt zwangsläufig. Eine *durch die Sprache in Gestalt der Bedeutung sprachlicher Ausdrücke vorgegebene Grenze* finden sie nicht. Sie finden allenfalls Hinweise auf immer weitere Varianten des Sprachgebrauchs und Belege für dessen Vielfalt und Reichtum. Sie finden also eher das Gegenteil genau jener, die eine Bedeutung als die einzig mögliche Wortverwendung auszeichnende Grenze, auf die es den Juristen im Dienste einer Untermauerung ihrer Rechtsmeinung ankommt.

Vor dem Hintergrund des semantischen, und weiter praktischen Holismus erscheint das Konzept des sprachlichen Fehlers in einem ganz anderen Licht, als es dem Verlangen nach einer Begründung juristischer Entscheidungen durch Sprache recht sein kann. In der Sprachwissenschaft ist heute anerkannt, daß sich eine funktionierende Sprache nur als Gesamtheit beschreiben läßt. Die Bedeutung eines einzelnen Wortes verweist auf die entwicklungs offene Gesamtheit aller anderen und kann nur im Zusammenhang gemeinsamer Überzeugungssysteme bestimmt werden.²⁹ Die Sprache läßt sich nicht begreifen nach der Architektur der Großrechner, wo es eine Zentraleinheit gab, in der die Regeln gespeichert

²⁸Vgl. als Überblick MATTHIAS KLATT, *Theorie der Wortlautgrenze*. Baden-Baden 2004, erstes Kapitel. Zur Kritik am eigenen Ansatz des Autors vgl. RALPH CHRISTENSEN, *Die Wortlautgrenze oder was Juristen mit der analytischen Sprachphilosophie machen*. Im Erscheinen 2005.

²⁹Der sogenannte Holismus der heutigen Sprachwissenschaft ist keineswegs eine radikale Neuerung. Besonders in der deutschen von Humboldt herkommenden Tradition war er immer anerkannt: „Es gibt nichts einzelnes in der Sprache, jedes ihrer Elemente kündigt sich nur als Teil eines ganzen an“, WILHELM VON HUMBOLDT, Über das Vergleichen des Sprachstudium in Beziehung auf die verschiedenen Epochen der Sprachentwicklung, in: DERS., *Schriften zur Sprachphilosophie*. Werke in fünf Bänden, Bd. III, Darmstadt 1963, 10. Der neuerliche Akzent auf diesen Holismus knüpft vor allem an die Sprachphilosophie Donald Davidsons an: vgl. dazu MATTHIAS SCHAEGLER-OM, *Der soziale Charakter sprachlicher Bedeutung und propositionaler Einstellungen*. Würzburg 1997, 35 ff., sowie das grundlegende Werk von VERENA MAYER, *Semantischer Holismus*. Berlin 1997.

waren, und Terminals, wo diese Regeln lediglich angewendet wurden. Vor allem die Sprachgeschichte hat gezeigt, daß die Ordnung der Sprache nach dem Muster des Marktes als „invisible-hand-Phänomen“ entsteht.³⁰ Sie gleicht eher einem Netz, dessen Architektur vom einzelnen Nutzer – mehr oder weniger relevant – mitgestaltet wird. Vor diesem Hintergrund markieren sprachliche Fehler nicht mehr als einen „Grenzwert des Verständlichen“³¹, „d.h. ihr Bereich beginnt dort, wo es nicht mehr möglich wäre, eine Wortgebrauchs- und Urteilspraxis als konsistent zu verstehen.“³²

Daraus folgt aber auch, daß jede Korrektur eines Sprechers riskant und begründungsbedürftig ist: „Dementsprechend sind weder Artikulation noch Verständnis nur reproduktiv; sie sind vielmehr auch unkontrollierbar schöpferisch, und jede individuelle Sinnzuweisung verschiebt die geltenden Grenzen der semantischen Normalität.“³³ Der Rekurs auf eine in Bedeutungsbeschreibungen bzw. -erklärungen festgeschriebene und damit dem Sprachgebrauch buchstäblich „vorgeschriebene“ Bedeutung kann nicht als Maßstab für die Entscheidung über Sinn und Unsinn und damit über die Möglichkeiten und Grenzen einer Verwendung sprachlicher Ausdrücke einspringen. Dies ist der Grund dafür, dass Wörterbuch, Lexikon, sowie alle sonstigen anerkannten und selbsternannten Autoritäten in Sachen Sprache mit ihren Bedeutungserklärungen und -definitionen immer wieder nur Beispiele für den Sprachgebrauch in bestimmten Kontexten geben können. Sie liefern „keine gemeinsame Grammatik, keine gemeinschaftlichen Regeln, keine tragbare Interpretationsmaschine, die so eingestellt ist, dass sie die Bedeutungen beliebiger Äußerungen ausspuckt.“³⁴

b) Die Besinnung auf die eigene Sprachkompetenz Der Rückgriff auf die eigene Sprachkompetenz kommt als Alternative in Betracht. Dies wird häufig als Lehnstuhlmethode bezeichnet. Man lehnt sich zurück und stellt sich die Frage, wie man selbst als idealer Sprecher die streitige Wendung gebrauchen würde. Aus den Regeln des Gebrauchs soll sich ergeben, welche Art Verwendung sprachliche Ausdrücke zulassen. „Die Anknüpfung der grammatischen Auslegung an den allgemeinen Sprachgebrauch, d.h. an die Umgangssprache, liegt insofern am nächsten, weil angenommen werden kann, dass derjenige, der etwas sagen will, die Worte mit dem Sinn gebraucht, in dem sie gemeinhin verstanden werden.“³⁵

Die Gebrauchsregeln bestimmen damit deren Bedeutung und weisen so die

³⁰Vgl. dazu das grundlegende Werk von RUDI KELLER, *Sprachwandel*. Tübingen / Basel 1994, vor allem 87 ff.

³¹KATHRIN GLÜER, *Sprache und Regeln. Zur Normativität von Bedeutung*. Berlin 1999, 65.

³²KATHRIN GLÜER, *Sprache und Regeln. Zur Normativität von Bedeutung*. Berlin 1999, 28.

³³KLAUS GLOY, *Sprachnormen als 'Institutionen im Reich der Gedanken' und die Rolle des Individuums in Sprachnormierungsprozessen*, in: KLAUS J. MATTHEIER (Hrsg.), *Norm und Variation*. Frankfurt am Main / Bern / New York / Paris / Wien 1997, 27 ff., 30.

³⁴DONALD DAVIDSON, *Eine hübsche Unordnung von Epitaphen*, in: EVA PICARDI / JOACHIM SCHULTE (Hrsg.), *Die Wahrheit der Interpretation. Beiträge zur Philosophie Donald Davidsons*. Frankfurt am Main 1990, 203 ff., 226.

³⁵JOCHEN ANWEILER, *Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften*. Frankfurt am Main / Berlin u. a. 1997, 84.

Grenzen möglicher Rede. Kurzum, Regeln „legen fest, unter welchen Umständen“ ein Ausdruck „sinnvoller, bzw. korrekterweise verwendet werden kann.“³⁶ Zwar bleibt es jedem unbenommen, so zu reden, wie ihm der Schnabel gewachsen ist; um den Preis allerdings, nicht ernstgenommen zu werden oder sich gar mit dem, was man zu sagen hat, nicht mehr verständlich machen zu können. In diesem von der Absicht auf Verständigung ausgehenden Druck wechselseitiger Konformität liegt, *Kripkes* kommunitaristisch gewendeten *Wittgenstein* zufolge, die ganze Normativität von Sprache.³⁷ Und so verdankt ihm, wie *Kathrin Glüer* resümiert, die Sprachphilosophie „einen neuen Slogan: ‚Bedeutung‘ ist normativ.“³⁸

Mit der Regel im Rücken soll sich der Richter an das kritische Geschäft machen können, darüber zu befinden, inwiefern Äußerungen der Verfahrensbeteiligten im Rahmen einer möglichen Verwendungsweise des Gesetzes als Ausdruck von Recht liegen. Und sie soll ihn so in die Lage versetzen, sprachlich die Spreu vom Weizen zu trennen, um dementsprechend sein Urteil zu fällen.

Dies scheint nach den gängigen Vorstellungen von Sprache einleuchtend und muss sich doch wieder von der Praxis eines anderen belehren lassen.³⁹ Denn vor Gericht geht es sprachlich nicht um ein Verstehen sprachlicher Äußerungen. Die Feuerprobe darauf haben die Äußerungen der Parteien bereits bestehen müssen, damit ihr Anliegen überhaupt als ein rechtliches gelten kann. Sie wird den Parteien von zahlreichen institutionalisierten Auflagen abverlangt. Und sie fordert von ihnen einen nicht unerheblichen Aufwand, wie etwa die Formulierung von Schriftsätzen und die Einschaltung professioneller Juristen, um sich ins Spiel einer Entscheidung von Recht zu bringen. Mit dem Eintritt in das Verfahren steht also nicht mehr die Frage einer Regelkonformität zur Debatte. Vielmehr treten die sich diametral entgegenstehenden Rechtsmeinungen in einen semantischen Kampf ein, der auf die Bedeutung des Gesetzestextes ausgeht.⁴⁰

Es geht den Parteien also, allgemein gesprochen, nicht darum, welche Bedeutung ein Ausdruck hat, sondern darum, welche ihm zukommen soll. Und das heißt nach der eigenen Voraussetzung des semantischen Normativismus, dass es den Parteien auch nicht darum geht, was der Regel gemäß ist, sondern darum, was als Regel gelten soll. Als unabhängige Berufungsinstanz für die Entscheidung kann die Regel so aber nicht mehr greifen. Sie ist es, die als Einsatz im semantischen

³⁶JOACHIM GLOCK, Wie kam die Bedeutung zur Regel?, in: *Deutsche Zeitschrift für Philosophie* (2000), 429 ff., 431.

³⁷Siehe SAUL KRIPKE, *Wittgenstein über Regeln und Privatsprache. Eine elementare Darstellung*. Frankfurt am Main 1987. Zur Kritik KATHRIN GLÜER, *Sprache und Regeln. Zur Normativität von Bedeutung*. Berlin 1999, 84 ff.; sowie DIES., Bedeutung zwischen Norm und Naturgesetz, in: *Deutsche Zeitschrift für Philosophie* (2000), 449 ff., v. a. 454.

³⁸KATHRIN GLÜER, Schwerpunkt: Sprache und Regeln. Ist Bedeutung normativ?, in: *Deutsche Zeitschrift für Philosophie* (2000), 393 f., 293.

³⁹Grundsätzlich angesichts der praktischen Verhältnisse von Verständigung DONALD DAVIDSON, Eine hübsche Unordnung von Epitaphen, in: EVA PICARDI / JOACHIM SCHULTE (Hrsg.), *Die Wahrheit der Interpretation. Beiträge zur Philosophie Donald Davidsons*. Frankfurt am Main 1990, 203 ff., 227.

⁴⁰Ausführlich dazu FRIEDRICH MÜLLER / RALPH CHRISTENSEN / MICHAEL SOKOLOWSKI, *Rechtstext und Textarbeit*. Berlin 1997, 59 ff.

Kampf auf dem Spiel steht, indem die Parteien versuchen, jeweils ihre Lesart des Normtextes als Recht im Fall durchzusetzen.⁴¹ Auch in ihrer pragmatischen Wendung kann Sprache den Konflikt der Bedeutungen somit nicht entscheiden.

Der von der herkömmlichen Lehre vorausgesetzte semantische Normativismus scheitert an den Unwägbarkeiten von Sprache als Praxis. Die Verhältnisse im Gerichtssaal treiben nur das auf die Spitze, was im Alltag regelmäßig vorkommt. Die Entscheidung über Regelkonformität einer sprachlichen Äußerung kann nicht durch Sprache vorgegeben sein; nicht einmal die Entscheidung darüber, ob die Verwendung eines Ausdrucks sich noch im Rahmen des Üblichen bewegt. Und schon gar nicht vermag eine Norm bzw. Regel eindeutig und unwiderruflich vorzuzeichnen, was in jedem Einzelfall ihre korrekte Befolgung ist.⁴² Regeln vermögen daher auch nicht die Verwendung sprachlicher Ausdrücke auf eine ihnen zukommende Bedeutung festzulegen, wie es der Normativismus will.

Um eine derartige Festlegung leisten zu können, müsste die Regel für die Bedeutung sprachlicher Ausdrücke konstitutiv im Sinne *Searles* sein.⁴³ Nimmt man das jedoch ernst, so könnte paradoxerweise die Regel genau deshalb den abweichenden Sprachgebrauch nicht vom korrekten unterscheiden: „Denn jeder semantisch inkorrekte Gebrauch“ würde, wie *Kathrin Glüer* zu Recht einwendet, damit automatisch zu einem „Bedeutungswandel oder -verlust“. Das aber heißt nichts anderes, als dass mit der Alternative „korrekt/bedeutungslos“ ausgerechnet der Verstoß gegen die Regel als Alternative entfällt.⁴⁴ Der semantische Normativismus scheitert an der Konstituierungsthese, die ihm seine Durchschlagskraft verleihen sollte. Denn wenn man diese aufweicht, indem man *Bedeutung* als Basis für die Unterscheidung von Korrektheit oder Inkorrektheit, von Konformität oder Verstoß zulässt, verliert die Regel ihr Privileg einer Ermöglichungsbedingung sinnvoller Rede. Sie wäre nur noch einer der vielen Gesichtspunkte dafür, sich Klarheit über einen bestimmten Sprachgebrauch zu verschaffen. Sie wäre „eine behelfsmäßige Durchgangsstation zwischen Satz und Interpretation, welche die Erkenntnis der Struktur erleichtert, für die richtige Interpretation von Äußerungen aber keineswegs notwendig ist.“⁴⁵

Mit der praktischen Instabilität des Regelhaften bricht aber der juristischen Praxis der objektive Erkenntnisgegenstand weg. Es fragt sich, was die Regel hier überhaupt noch austragen kann. *Donald Davidsons*, vor allem gegen *Kripke*

⁴¹Näher dazu RALPH CHRISTENSEN / MICHAEL SOKOLOWSKI, *Recht als Einsatz im semantischen Kampf*, erscheint in Sammelband zum semantischen Kampf, hrsg. von Ekkehard Felder, 2005.

⁴²Siehe SAUL KRIPKE, *Wittgenstein über Regeln und Privatsprache*. Eine elementare Darstellung. Frankfurt am Main 1987.

⁴³So JOACHIM GLOCK, *Wie kam die Bedeutung zur Regel?*, in: *Deutsche Zeitschrift für Philosophie* (2000), 429 ff., 443 ff. Dagegen KATHRIN GLÜER, *Bedeutung zwischen Norm und Naturgesetz*, in: *Deutsche Zeitschrift für Philosophie* (2000), 449 ff., 462 ff.

⁴⁴Vgl. KATHRIN GLÜER, *Bedeutung zwischen Norm und Naturgesetz*, in: *Deutsche Zeitschrift für Philosophie* (2000), 449 ff., 460.

⁴⁵VERENA MAYER, *Regeln, Normen, Gebräuche*. Reflexionen über Ludwig Wittgensteins „Über Gewissheit“, in: *Deutsche Zeitschrift für Philosophie* (2000), 409 ff., 418.

gewendete Antwort lautet: gar nichts.⁴⁶ Wenigstens dann nicht, wenn es überhaupt um die Möglichkeit geht, sich sprachlich verständlich zu machen. Bedeutung gewinnen Äußerungen ganz ohne Regeln allein durch Interpretation. Um zu ihrem Verständnis zu gelangen, braucht es nicht einmal eine gemeinsame Sprache. Wäre dies unabdingbare Voraussetzung, so wäre es ganz und gar unerklärlich, dass es zum Verständnis auch noch der vordergründig abstrusesten Wortverdrehungen und Sprachspielereien kommen kann, wie Davidson anhand der so genannten „Malapropismen“ zeigt.⁴⁷ Worauf es für die Verständigung also ankommt, sind weder Regeln, noch ist es eine gemeinsame Sprache. Es ist vielmehr nur nötig, „dass wir dem anderen etwas liefern, das als Sprache verständlich ist.“⁴⁸

Möglich wird dies dadurch, dass unsere Äußerungen immer in einem weiten Zusammenhang von Praktiken und Überzeugungen stehen. Dazu ist ferner nötig, dem anderen zu unterstellen, dass er sehr wohl weiß, wovon er redet und was er tut und dass er sich im großen und ganzen seine Überzeugungen auf den gleichen Wegen bildet wie wir auch. Dieses „Prinzip der Nachsicht“⁴⁹ besagt nicht, dass Verstehen zu völliger Konformität zwingen würde. Es bietet ganz im Gegenteil die Grundlage dafür, Divergenzen festzustellen. Von Sprache bleibt damit allerdings nicht mehr als ein kontextsensibler Differenzierungsprozess, der sich ständig verändert.⁵⁰ Und was man die Bedeutung eines Ausdrucks nennt, ist eine mehr oder weniger flüchtige Momentaufnahme in diesem Prozess; ein Knoten in einem Netz von Differenzen, den Verständnis und Interpretation schürzen und den der nächste Akt der Verständigung wieder lösen kann.

Normativität kann nie aus der Sprache kommen, sondern immer nur von Sprechern. Sprachnormen sind durch und durch praktisch. Sie dienen den Zwecken der Vereinfachung und Stabilisierung von Kommunikation. Für Juristen allerdings nimmt die Frage einer Normierung von Sprache eine schärfere Gangart an. Juristen werden erst in dem Moment angerufen, in dem ein Konflikt über Normen für die Sprecher unlösbar geworden ist. Sprachlich gesehen, hat der Rechtsstreit also nichts mit Normen zu tun. Er geht darum, was im Fall als Norm gelten *soll*. Der Richter entscheidet dementsprechend darüber, was als normativ durchzusetzen ist.

⁴⁶Siehe DONALD DAVIDSON, Die zweite Person, in: *Deutsche Zeitschrift für Philosophie* (2000), 395 ff., v. a. 396 ff. Zuvor schon DERS., Kommunikation und Konvention, in: DERS., *Wahrheit und Interpretation*. Frankfurt am Main 1990, 372 ff.

⁴⁷Siehe DONALD DAVIDSON, Eine hübsche Unordnung von Epitaphen, in: EVA PICARDI / JOACHIM SCHULTE (Hrsg.), *Die Wahrheit der Interpretation. Beiträge zur Philosophie Donald Davidsons*. Frankfurt am Main 1990, 203 ff.

⁴⁸DONALD DAVIDSON, Die zweite Person, in: *Deutsche Zeitschrift für Philosophie* (2000), 395 ff., 401.

⁴⁹Zu diesem Prinzip in Hinblick auf die „Bedingungen des Verstehens“ hier nur KARSTEN STÜBER, *Donald Davidsons Theorie sprachlichen Verstehens*. Frankfurt am Main 1993, 144 ff.; ANITA EICHINGER, *Donald Davidsons Theorie sprachlichen Verstehens*. Frankfurt am Main / Berlin / Bern u. a. 2002, 46 ff.; SEBASTIAN REIMER, *Von Wahrheit zu Bedeutung?* Paderborn 2002, 116 ff.

⁵⁰Dazu HELGE SCHALK, Zu den Zeichen selbst: Der Sinn der Bedeutung, in: *Journal Phänomenologie* 13 (2000), 2 f., 2.

c) Normativität wird in der Sprache nicht vorgefunden, sondern hergestellt Als Zwischenergebnis ist zweierlei festzuhalten: Erstens sind Sprachregeln eine soziale Praxis, die vom Sprecher mitgeformt wird. Zweitens ist jede Beschreibung wegen des holistischen Charakters der Sprache mit der Einschränkung der Beobachterperspektive zu versehen. Was bedeutet dies nun für die in der juristischen Sprachtheorie gesuchte Normativität?

Natürlich hat Sprache mit Normativität zu tun. Sie ist, jedenfalls wenn man vom Regelbegriff in der Tradition Wittgensteins ausgeht, tendenziell normativ. Wenn ein Sprecher das Wort ergreift, beansprucht er mit seiner Sprachverwendung Korrektheit. Dieses Problem wurde zunächst unter dem Stichwort Sprachnormen in der Linguistik diskutiert. Neuerdings spricht man aber auch in der analytischen Philosophie von einer „normativistischen Wende“. Fraglich ist, ob die Ergebnisse dieser Diskussion den Juristen beim Abtragen ihrer Begründungslasten helfen können?

In der strukturalistischen Linguistik waren Sprachnormen zunächst die Auswahl aus mehreren Möglichkeiten des Sprachsystems. Ein Nachhall dessen findet sich noch bei Lyotard, wenn er das Äußern eines Satzes als Unrecht gegenüber den unterdrückten Möglichkeiten der Sprache begreift.⁵¹ Mit der pragmatischen Wende in den Sprachwissenschaften wurde dieser methodische Begriff ersetzt durch einen sozialen, wonach Sprachnormen als Institutionen in der kommunikativen Praxis anzusehen sind.⁵² Sie dienen den Zwecken der Vereinfachung und Stabilisierung von Kommunikation. Dabei wird aber betont, dass diesen Sprachnormen keinerlei legitimierende Rolle zukommt, sondern sie jederzeit gekündigt werden können, wenn die Zwecke der Kommunikation es fordern oder erlauben.

Mit diesen beiden Begriffen ist aber die Problemebene, auf welcher die Juristen auftreten noch nicht erreicht. Juristen braucht man erst im Kommunikationskonflikt, wo unterschiedliche Sichtweisen des Sachverhalts und unterschiedliche Lesarten des Normtextes antagonistisch aufeinander treffen. In dieser Situation kann man sich nicht darauf beschränken, auf die Normativität als implizite Tendenz der Sprache zu verweisen. Vielmehr stehen sich zwei Versuche zur Instituierung dieser Normativität unversöhnlich gegenüber. Man kann sich auch nicht über diese Verschiedenheit und Vielfalt der Sprache freuen, sondern muss eine Entscheidung treffen. Damit stößt man auf das Problem der Kodifikation von Sprachregeln: „Den meisten Regeln bzw. Handlungsmustern, denen wir täglich folgen, folgen wir blind, d.h. ohne eine Beschreibung dieser Regeln im Kopf zu haben. Normen – im Unterschied zu anderen Regeln – verlangen dagegen nach Beschreibungen bzw. Formulierungen, und zwar deswegen, weil

⁵¹Vgl. GEBHARD WARMER / KLAUS GLOY, *Lyotard. Darstellung und Kritik seines Sprachbegriffs*. Aachen 1995: 105 ff.

⁵²KLAUS GLOY, Sprachnormen als 'Institutionen im Reich der Gedanken' und die Rolle des Individuums in Sprachnormierungsprozessen, in: KLAUS J. MATTHEIER (Hrsg.), *Norm und Variation*. Frankfurt am Main / Bern / New York / Paris / Wien 1997, 27 ff.; DERS., Sprachnormenforschung in der Sackgasse?, in: *Beiträge zur Geschichte der deutschen Sprache und Literatur* 115 (1993), 30 ff.

Normierer und Normenadressaten (diejenigen, die einer Norm unterliegen) auf den Gegenstand der Norm verweisen können müssen (...).⁵³ Für Sprachnormen ist charakteristisch, dass sie sich Verbindlichkeitscharakter beilegen und ihren Anlass in einem Sprachkonflikt finden.⁵⁴ Diese Art von Sprachnormen verhält sich zum Kommunikationskonflikt metasprachlich und es stellt sich die Frage, woher sie ihre Legitimität beziehen kann?

Gerade die „normativistische Wende“ in der analytischen Philosophie bestätigt nun die schon in der Linguistik erarbeitete Position, dass die Sprache selbst diese Legitimität nicht zu liefern vermag. Die normative Tendenz ist danach der Sprache implizit und kann gerade nicht die Gestalt expliziter Regeln annehmen, weil der Sinn der dabei verwendeten Begriffe bereits die Existenz von Normen voraussetzen würde.⁵⁵ Sprache entscheidet nur über Verständlichkeit. Ob aber ein verständlicher Sprachgebrauch angemessen, korrekt usw. ist, entscheidet sich durch die normativen Einstellungen der an der jeweiligen sozialen Praxis Beteiligten. Das heißt, man kann Sprache besser verstehen, wenn man berücksichtigt, dass in konkreten Sprachspielen normative Praktiken durch entsprechende Einstellungen der Beteiligten instituiert werden. Aber nicht die Sprache entscheidet über die Legitimität oder den Konflikt dieser Praktiken sondern die Beteiligten.

Das Normativitätsproblem verweist also nicht auf eine in der Sprache vorhandene normative Bedeutungssubstanz sondern auf eine Praxis des Forderns und Lieferns von Gründen, den sogenannten „space of reason“.⁵⁶ Damit trifft sich die „normativistische Wende“ der analytischen Philosophie mit den Ergebnissen der Linguistik. Denn dort wurde schon immer betont, dass eine Sprachnorm nicht durch Sprachgründe gerechtfertigt werden kann, sondern Sachgründe aus dem jeweiligen Sprachspiel braucht. Wir müssen also davon ausgehen, dass wir in der Sprache nicht nur Bewohner, sondern auch Architekten dieses „space of reason“ sind.⁵⁷ Damit wird offensichtlich, dass das Setzen einer Sprachnorm

⁵³RAINER WIMMER, Sprachkritik und reflektierter Sprachgebrauch, in: *Sprache und Literatur* (1983), 3 ff., 7. Wimmer stellt den metasprachlichen Charakter der Normformulierung in den Vordergrund. Während Gloy stärker auf den Bezug zur sprachlichen Normalitätserwartung abstellt. Das weist auf den „Charakter der Normen als Sinngrößen mit sozialer Geltung bei den Handelnden“ KLAUS GLOY, Sprachnormen als 'Institutionen im Reich der Gedanken' und die Rolle des Individuums in Sprachnormierungsprozessen, in: KLAUS J. MATTHEIER (Hrsg.), *Norm und Variation*. Frankfurt am Main / Bern / New York / Paris / Wien 1997, 27 ff., 31 hin. „Normen sind intentionale Sachverhalte; sie sind gewollt bzw. werden als von anderen gewollt (als deren normative Erwartungen) erlebt und erlegen bestimmte Verpflichtungen, etwas zu tun oder zu unterlassen auf. Als derartige Sinngebilde stellen sie interpretative Konzepte der Sprachpraxis dar, die in vielen Fällen für die Beschaffenheit der sprachlichen Vorkommnisse verantwortlich gemacht werden.“ KLAUS GLOY, ebd., 28.

⁵⁴RAINER WIMMER, Sprachkritik und reflektierter Sprachgebrauch., in: *Sprache und Literatur* (1983), 3 ff. 8.

⁵⁵SEBASTIAN KNELL, Die normativistische Wende in der analytischen Philosophie. Zu Robert Brandoms Theorie begrifflichen Gehaltes und diskursiver Praxis, in: *Allgemeine Zeitschrift für Philosophie* (2000), 225 ff., 235.

⁵⁶ROBERT BRANDOM, *Making it explicit. Reasoning, Representing and Discursive Commitment*, Cambridge (Mass.) / London 1994, 5.

⁵⁷SEBASTIAN KNELL, Die normativistische Wende in der analytischen Philosophie. Zu Robert

die Möglichkeit ihrer Kritik hervorbringt und dass die Entscheidung über konfligierende Sprachnormen keinen Erkenntnisakt, sondern ein ethisches Problem.

Juristisches Entscheiden ist semantische Arbeit *an* der Bedeutung sprachlicher Ausdrücke. Diese Arbeit besteht in der Entscheidung von Bedeutungskonflikten zur Festlegung auf Sprachnormen. Sprachnormen können aber nicht einfach dadurch konstatiert werden, dass man im Wörterbuch nachschlägt. Sprachnormen deuten vielmehr auf legitimatorische Standards. Und die müssen angesichts der Vielfalt und Divergenz des Sprachgebrauchs immer wieder gesetzt und auch durchgesetzt werden. Solange Äußerungen überhaupt verständlich sind, ist jeder Versuch zu ihrer Korrektur oder Zurückweisung bereits der erste Zug in einem Normierungskonflikt, der auf bestimmte Standards der Legitimierung pocht. Die aber sind selbst zu rechtfertigen. Denn in der Situation der Entscheidung über Recht anhand von Sprache steht nicht Sinn gegen Unsinn, sondern Bedeutung gegen Bedeutung, eine vorneweg so gut wie die andere. Normativität ist also in der Tat kein Naturprodukt der Sprache, das man abbauen kann wie Bodenschätze. Sprache ist ein Marktphänomen. Legitimität kann man sich dort nicht umsonst besorgen. Man zahlt mit Argumenten. In der Praxis ihres Entscheidens wissen die Juristen das. Nur in der Theorie ist es noch nicht angekommen.

2. Zusammenhang: Gibt es in Texten eine Sinnmitte?

Die Systematik soll es ermöglichen, das einzelne Auslegungsproblem in den Gesamtzusammenhang der Rechtsordnung zu stellen. Man kann dabei enge und weite Kontexte unterscheiden. Fraglich ist aber, ob sich bei der Auslegung des Gesetzes ein letzter finden lässt, der die Öffnung des Textes endgültig begrenzt, oder ob man mit dem Problem der Unendlichkeit der Kontexte pragmatisch umgehen muss.

a) Die Sinntotalität des Buches Wenn Rechtserkenntnis möglich sein soll, braucht sie einen Gegenstand, mit dem sie übereinstimmt. Dieser Gegenstand wiederum ist als Gesetz nur dann möglich, wenn es für die Öffnung des Textes eine letzte Grenze gibt. Erst diese Grenze definiert den Gegenstand der Erkenntnis. Deswegen muss die herkömmliche Auslegungslehre als Rechtserkenntnislehre behaupten, dass das Ganze der Rechtsordnung mehr sei als die Fluchtlinie der praktischen Arbeit der Gerichte. Dieses Ganze müßte in der systematischen Auslegung für die Erkenntnis vielmehr verfügbar sein. Die Verfügbarkeit soll erreicht werden über den Begriff des Lesens.

Lesen kann man einen Text nur, wenn man schon begonnen hat, ihn zu verstehen. Der Leser braucht eine Verständnishypothese. In der herkömmlichen Methodenlehre wird nun diese Hypothese mit dem medialen Paradigma des Buches aufgeladen. Aus dem Wirtschaftsgut wird demnach eine metaphysische Figur, deren Aufgabe darin besteht, das Gleiten der Schrift in definierten Grenzen ruhig

Brandoms Theorie begrifflichen Gehaltes und diskursiver Praxis, in: *Allgemeine Zeitschrift für Philosophie* (2000), 225 ff, 245.

zu stellen. Das Buch mit all seinen Enden aus Fußnoten, Randbemerkungen, Lektüren, usw. wird zur Sinntotalität gerundet. Diese wiederum soll dann dem Verstehen des Lesers Form und Maß geben.

Vor allem die klassische Hermeneutik hat diese Form des Buches zum ontologischen Strukturmoment des Verstehens gemacht: „Der Sinn dieses Zirkels, der allem Verstehen zugrunde liegt, hat aber eine weitere hermeneutische Konsequenz, die ich den ‘Vorgriff der Vollkommenheit’ nennen möchte. Auch das ist eine offenbar formale Voraussetzung, die alles Verstehen leitet. Sie besagt, dass nur das verständlich ist, was wirklich eine vollkommene Einheit von Sinn darstellt.“⁵⁸

Mit diesem Vorgriff soll nahegelegt werden, dass im Text eine objektive Sinneinheit vorhanden ist, die den Leser zu führen vermag. Dieser Sinn ist der für den Leser objektiv vorgegebene Bezugspunkt. Aus der Sicht der Leser mag sich der Sinn eines Textes wandeln⁵⁹. Aus der Sicht des Textes ist die jeweilige Lesart nur eine unter vielen, welche die Sinnfülle des Textes im Prinzip nie erschöpfen können. Deswegen läßt sich vom Standpunkt der klassischen Hermeneutik her sagen, dass das Werk gerade im Wandel identisch bleibt.

Die klassische Hermeneutik kommt damit dem Anliegen herkömmlicher juristischer Methodik stark entgegen. Mit ihrem autoritären Begriff von Tradition und ihrem Konzept der Interpretation als Teilhabe an der hermeneutischen Wahrheit wendet sie sich gegen einen drohenden Subjektivismus des Lesens. Die Bindung des Richters an das Gesetz könnte mit diesem objektivistischen Konzept eines Überlieferungsgeschehens einlösbar werden. Wenn Gadamer „methodos“ mit „Weg des Nachgehens“ übersetzt und als Möglichkeit eines „Immer-wieder-nachgehen-Könnens“ bestimmt, wird eine Methode zur Strukturierung dieses Vorgangs sichtbar. Der Vorgriff auf Vollkommenheit besagt methodisch, dass man den Text als Buch nehmen muß, welches eine klar abgegrenzte und vollkommene Einheit von Sinn darstellt. Dabei wird dem Leser eine „transzendente Sinnerwartung“⁶⁰ als Bucherwartung unterstellt, welche dann im hermeneutischen Zirkel mit der geschlossenen Sinntotalität des vorliegenden Buches zunehmend verschmilzt. Der Spielraum möglicher Lektüren ist damit klar fixiert. Es gibt keinen Raum zwischen Leser und Text, sondern der Leser muß in der Sinntotalität des Textes verschwinden. Allein der Text spricht. Er führt in der Interpretation ein Selbstgespräch.

Um diese Einfalt für den Richter methodisch verfügbar zu machen, muß der hermeneutische Zirkel allerdings mit juristischen Inhalten gefüllt werden.

Man will die Verfügbarkeit der Rechtsordnung als Sinnganzes dadurch erreichen, dass man das Ganze auf ein Zentrum hin reduziert: die Gerechtigkeit bzw. die

⁵⁸HANS-GEORG GADAMER, *Hermeneutik I. Wahrheit und Methode*, in: Gesammelte Werke. Band 1, Tübingen 1990, 299.

⁵⁹Ebd., 379.

⁶⁰HANS-GEORG GADAMER, *Vom Zirkel des Verstehens*, in: Gesammelte Werke. Band 2, Tübingen 1990, 57 ff., 61 f.

Rechtsidee. Dieses Zentrum garantiere die Kohärenz des Systems und erlaube die Auslegung und Anwendung seiner Elemente im Innern einer Formtotalität als gerechte Lösung des Streitfalls.⁶¹

Die traditionell normative Vorstellung des geschlossenen Textes ist auf dem Weg über die Buchreligionen tief in unserem Alltagsbewusstsein verankert. Aber das heißt nicht, dass sie in der Praxis einlösbar sei. Wenn man in einem Rechtsstreit von dogmatischen Inhalten über methodische Aussagen zu grundlegenden Gerechtigkeitsvorstellungen gelangt, findet man dort kein festes Fundament. Man hat damit zwar eine Bewegung im diskursiven Netz des Rechts vollzogen, aber diese führt nicht von der Unsicherheit in die Gewissheit; eher im Gegenteil. In einer pluralistischen Gesellschaft sind die letzten Grundlagen besonders divergent und die diskursiven Vorkehrungen institutioneller Art laufen gerade darauf hinaus, diesen Streit zu vermeiden. Die Gerechtigkeitsvorstellungen liefern keinen letzten Horizont des rechtlichen Wissens, aus dem die Entscheidung konkreter Streitigkeiten *deduziert* werden könnte. Vielmehr liegt die Leistung des Rechts für die funktionale Differenzierung genau darin, auf dem Weg über die Trennung von Recht und Moral diese letzten Grundlagen aus konkreten Streitigkeiten herauszuhalten. Hinter diesen Stand geht es nicht zurück. Ein Archimedischer Punkt, von dem aus man die Einheit des Rechts fixieren könnte, ist nicht verfügbar. Es bleibt für die Gerichte nur eine Fluchtlinie, auf der sie versuchen, Widersprüche in der Rechtsordnung zu vermeiden.

Es wird hier also der 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. Deswegen verlangt die Methodenliteratur eine „vertikale Auslegung“.⁶² Es handelt sich dabei um eine Forderung, nicht um eine Beschreibung. Tatsächlich findet man immer Verknüpfungen von Normen, die auf derselben Ebene liegen. Die Tiefe des Rechts ist nicht erreichbar.

Die Gründe dafür sind prinzipieller Art. Sie liegen im Begriff des letzten Kontexts: „Der gesamte Kontext jedoch ist weder prinzipiell noch in der Praxis beherrschbar. Bedeutung ist kontextgebunden, der Kontext jedoch ist unbegrenzt.“⁶³ Die Unbegrenztheit des Kontextes erscheint zunächst kontraintuitiv, denn unser Blick ist fokussiert. Aber die Fokussierung erfolgt vor einem *offenen* Horizont, der gerade nicht zu fassen ist: „Der Kontext ist in einem doppelten Sinn unbegrenzt. Erstens steht jeder Kontext einer weitergehenden Beschreibung offen. Im Prinzip gibt es keine Begrenzung, was in einen gegebenen Kontext eingeführt werden oder sich als für die Performanz eines bestimmten Sprechakts als relevant erweisen könnte. Diese strukturelle Offenheit des Kontextes ist für alle Disziplinen wesentlich: Der Wissenschaftler entdeckt Faktoren, die vorher als

⁶¹Vgl. zu den hier angesprochenen strukturellen Problemen: JACQUES DERRIDA, Die Struktur, das Zeichen und das Spiel im Diskurs der Wissenschaften vom Menschen, in: DERS., *Die Schrift und die Differenz*, Frankfurt am Main 1976, 422 ff., 422 f.

⁶²ALBERT BLECKMANN, Die systematische Auslegung im europäischen Gemeinschaftsrecht, in: DERS., *Studien zum Europäischen Gemeinschaftsrecht*. Köln 1986, 41 ff., 44.

⁶³JONATHAN CULLER, *Dekonstruktion*, Reinbek bei Hamburg 1988, 137.

für das Verhalten gewisser Objekte nicht relevant galten; der Historiker bewertet bestimmte Ereignisse unter dem Aspekt neuer oder neu interpretierter Daten; der Literaturkritiker stellt eine Beziehung zwischen einer Passage und einem Text oder Kontext her, die diese in einem neuen Licht erscheinen lassen.“⁶⁴ Gerade weil die Bedeutung vom Kontext bestimmt wird, ist sie für Veränderungen offen. Und es kommt noch ein zweiter Grund hinzu. „Der Kontext ist auch in einem anderen Sinne nicht beherrschbar: Jeder Versuch zur Kodifizierung des Kontexts kann auf den Kontext, den er beschreiben will, aufgepfropft werden und so einen neuen Kontext schaffen, der sich der vorherigen Formulierung entzieht. Versuche, Grenzen zu beschreiben, ermöglichen immer eine Verschiebung dieser Grenzen; so hat Wittgensteins Ausführung, dass man nicht 'Bu Bu Bu' sagen und damit 'wenn es nicht regnet, gehe ich spazieren' meinen kann, paradoxerweise die Möglichkeit geschaffen, genau dies zu tun.“⁶⁵

b) Strategien systematischer Auslegung 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 nur unter dem missverständlichen Titel des Präjudizes als Rechtsquelle thematisiert wurden. Erst wenn man sich klar macht, dass das Recht *nicht* Quellen *entnommen*, sondern unter einschränkenden Vorgaben vom Gericht *geschaffen* wird, kann man von der unzulänglichen Metaphysik der „Quellen“ wegkommen und operationale methodische Fragen erörtern.

Im Rahmen der überlieferten Prozeduren systematischer Textbearbeitung hat zunächst eine Abgrenzung zur grammatischen Auslegung zu erfolgen. Die Schwierigkeit liegt darin, dass die Einheit eines Textes keine semantische, sondern eine pragmatische Größe ist. Diese Einheit ist also nicht natürlich gegeben, sondern hängt von der jeweiligen Fragestellung des Interpreten ab. Gewiß liegt systematische Auslegung dann vor, wenn man von einem Normtext mit eigener amtlicher Nummerierung auf einen anderen übergreift. Aber sie kann auch innerhalb eines einzelnen Normtextes erfolgen, wenn in ihm verschiedene Regelungen enthalten sind; sogar innerhalb desselben Satzes, wenn dieser etwa Meinungs- und Pressefreiheit nebeneinander garantiert. Die Abgrenzung wird also durch

⁶⁴Ebd., 137.

⁶⁵Ebd., 138.

die aus der Fragestellung folgende Sicht auf die fragliche Texteinheit bestimmt.

Die systematische Auslegung verknüpft mindestens zwei Normtexte zu einem Argument. Auf der Textoberfläche wird dies durch Nennung der betroffenen Normtexte meist ersichtlich. Eine grundlegende Form systematischer Auslegung liegt darin, Widersprüche in der Bedeutungsfixierung zu vermeiden⁶⁶. Gemeinhin wird dieser Grundsatz als Beobachtung erster Ordnung formuliert: „Ihm zufolge haben gleichlautende Begriffe ein und derselben Rechtsordnung – mögen sie in einem engeren oder weiteren Textzusammenhang stehen – grundsätzlich auch den gleichen Inhalt.“⁶⁷ Weil Texte eine Bedeutung aber nicht einfach „haben“, muß der Grundsatz für die Strukturierung des Materials durch den Beobachter formuliert werden. Das wird auch deutlich, wenn es in der Praxis heißt: „Diese Bestimmungen sind gleichlautend und müssen einheitlich ausgelegt werden (...)“⁶⁸ Im Gegenschuß hat man dann bei unterschiedlichen Formulierungen die Option unterschiedlicher Bedeutungszuweisung.⁶⁹ Trotzdem gibt es die Möglichkeit, bei gleicher Formulierung unterschiedlich zu interpretieren, wenn dafür besondere Gründe sprechen. Meist wird diese Strategie als *funktionsdifferente Auslegung* bezeichnet. Sie bestätigt wiederum, dass die Einheit der Rechtssprache eben kein Gegenstand der Beobachtung ist, sondern nur als Anforderung an die Aktivität der Gerichte gelten kann. Immer dann, wenn es gewichtige Gegenstände gibt, ist das Ziel der Einheitlichkeit zu suspendieren.

Eine andere Arbeitsmethode des Gerichts liegt darin, aus der Stellung einer Regelung innerhalb eines bestimmten Kapitels Konsequenzen abzuleiten.⁷⁰ Zur Profilierung des Regelungsumfanges kommen aber nicht nur benachbarte Vorschriften in Betracht, sondern es können auch weiter entfernt liegende Normtexte Ansatzpunkte bieten.⁷¹ Die hierbei leitende Vermutung lässt sich etwa folgendermaßen formulieren: „Die Norm A darf daher nicht so ausgelegt werden, dass sie auch nur teilweise mit dem Sachverhalt übereinstimmt, der von der Vergleichsnorm B geregelt wird. Aus dem Inhalt der Norm B kann somit negativ auf den Inhalt der Norm A geschlossen werden und umgekehrt. Das Ideal besteht bei dieser Form der Anwendung der systematischen Auslegungsmethode darin, den Inhalt der Norm A mit präzisen Begriffen zu umreißen, die den gesamten Inhalt der Norm umfassen, aber nicht in die Regelungsmaterie der Norm B hinübergreifen.“⁷² Weitere Strategien der systematischen Auslegung hängen von den rechtlichen Vorgaben für das Gericht ab. So kann man im Einzugsbereich der Grundrechte von mehreren möglichen Interpretationen die am wenigsten

⁶⁶Vgl. etwa zu den Voraussetzungen, unter denen eine einheitliche Auslegung des Gemeinschaftsrechts zu erfolgen hat, EuGH, Rs. 133/99, Rn. 26.

⁶⁷MICHAEL POTACS, *Auslegung im öffentlichen Recht*, Baden-Baden 1994, 78.

⁶⁸EuGH, Slg. 1963, 417 ff., 432.

⁶⁹EuGH, Slg. 1981, 2781 ff., 2794 (Analog Devices).

⁷⁰Vgl. etwa EuGH, Slg. 1964, 1251 ff., 1275 (Costa/ENEL); EuGH, Slg. 1976, 91 ff., 100 (Manghera).

⁷¹Vgl. dazu EuGH, Slg. 1969, 193 ff., 201 (Kommission/Italienische Republik); EuGH, Slg. 1971, 69 ff., 81 (Sirena).

⁷²JOCHEN ANWEILER, *Die Auslegungsmethoden der Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften*, Frankfurt am Main 1997, 178; vgl. etwa EuGH, Rs. 159/00, Rn. 26 ff.

belastende wählen.⁷³

c) Von der Systematik erster Ordnung zur Systematik zweiter Ordnung In der Praxis der Gerichte ist die Einheit des Rechts nicht verfügbar. Die Gerichte reagieren darauf mit einer Ergänzung der Systematik erster Ordnung durch eine Systematik zweiter Ordnung. Das heißt, sie beobachten nicht das Recht, sondern den Beobachter des Rechts.

In einer empirischen Studie wurde mit Hilfe der Datenbank Juris eine statistische Abhandlung über die Zitierpraxis deutscher Gerichte erstellt⁷⁴, wobei u. a. die Frage aufgeworfen wurde, in wie vielen bundesdeutschen Gerichtsurteilen Entscheidungen anderer Gerichte zitiert werden. Die Untersuchung stützte sich bei ihren Vergleichen in erster Linie auf Entscheidungen aus den Jahren 1980 und 1988. Ergebnis war, dass 1446 von 3046 in Juris gespeicherten Urteilen der obersten Bundesgerichte aus dem Jahr 1980 Zitate enthielten⁷⁵. Bei Urteilen aus dem Jahr 1988 war dieser Anteil mit 3503 von 5603 Urteilen noch etwas höher⁷⁶. Daraus ergibt sich, dass in weit mehr als der Hälfte aller Begründungstexte dieser Gerichte auf mindestens ein Urteil eines anderen Gerichts Bezug genommen wird⁷⁷.

Bei den Untergerichten war der Anteil wesentlich geringer, von den 10143 in Juris gespeicherten Dokumenten aus dem Jahr 1980 wurde in weniger als einem Viertel auf andere Urteile verwiesen, 1988 stieg diese Quote immerhin auf ein knappes Drittel (rund 3800 von 13376)⁷⁸.

In dieser Untersuchung wird deutlich, dass es eine überragende Bedeutung der Praxis der eigenen Gerichtsbarkeit gibt⁷⁹. Nur für einen geringen Teil aller Urteile spielt die Rechtsprechung anderer Gerichtszweige eine Rolle; dieser Anteil bewegt sich in der Regel im Promille-Bereich, nur gelegentlich steigt er auf mehr als 5 %⁸⁰. Es war festzustellen, dass hierbei das Bundesverfassungsgericht sowie der Bundesfinanzhof eine große Rolle spielen.

Weiter wurde untersucht, wie sich die Entscheidungen der Bundesgerichte bzw. der Bundesgerichtshöfe auf die unteren Instanzen auswirken. Die Frage war jetzt, wie oft in Begründungstexten unterer Instanzen anderen Urteilen zugestimmt oder aber widersprochen wurde. Das wurde dann mit dem entsprechenden Verhalten der obersten Bundesgerichte verglichen. Hier war zu bemerken, dass

⁷³Vgl. dazu EuGH, Slg. 1969, 419 ff., 425 (Stauder), EuGH, Slg. 1978, 169 ff., 179 (Lühns); EuGH, Slg. 1988, 169 ff., 206 (Dänemark/Kommission).

⁷⁴ROLAND WAGNER-DÖBLER / LOTHAR PHILIPPS, Präjudizien in der Rechtsprechung. Statistische Untersuchung anhand der Zitierpraxis deutscher Gerichte, in: *Rechtstheorie* (1992), 228 ff.

⁷⁵Ebd., 230.

⁷⁶Ebd.

⁷⁷Ebd.

⁷⁸Ebd.

⁷⁹Ebd., 233.

⁸⁰Ebd., 233.

bei nachgeordneten Instanzen der Anteil bestätigender Bezugnahmen höher ist als bei den obersten Bundesgerichten⁸¹.

Der Befund einer wachsenden Bedeutung von Präjudizien bestätigt sich auch bei anderen Gerichten wie dem EuGH. Das Vorkommen von Argumenten in der Judikatur des Gerichtshofs wurde für den Entscheidungsjahrgang 1999 empirisch untersucht.⁸²

Eine Inhaltsanalyse⁸³ der EuGH-Begründungen vom Jahrgang 1999 kommt zu folgendem Ergebnis: „Der Verweis auf frühere Rechtsprechung ist nicht nur in jeder Hinsicht die häufigste Argumentationsform in den Entscheidungen des EuGH, die Häufigkeit des Verweises auf frühere Rechtsprechung übertrifft die der übrigen Argumentationsformen zudem um ein Vielfaches. Dies verlangt eine grundsätzliche Neubewertung der Gewichtung der Argumentationsform in der Methodik des EuGH: Der Verweis auf frühere Rechtsprechung steht hier an erster Stelle, die Argumentationsformen der 'klassischen' Auslegungsmaximen sind dem nachgeordnet.“⁸⁴

Wie lässt sich diese Entwicklung von der Kohärenz der Gesetze zu jener der Urteile⁸⁵ beschreiben? Zunächst kann man nicht sagen, die Systematik erster Ordnung werde durch die der zweiten Ordnung verdrängt, denn die normale systematische Auslegung kommt weiterhin vor. Besser könnte man von einem

⁸¹Ebd., 238.

⁸²Vgl. dazu die grundlegende Arbeit von MARIELE DEDERICH, *Häufigkeit und Bedeutung methodischer Argumente in den Begründungen des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften*. Im Erscheinen Baden-Baden 2004, auf die das folgende Referat Bezug nimmt.

⁸³Vgl. zu dieser Methode MARIELE DEDERICH / RALPH CHRISTENSEN, Inhaltsanalyse als methodisches Instrument zur Untersuchung von Gerichtsentscheidungen, vorgeführt am Beispiel der Rechtsprechung des EuGH, in: FRIEDRICH MÜLLER (Hrsg.), *Untersuchungen zur Rechtslinguistik III*. Im Erscheinen, Berlin 2004. Außerdem grundlegend zu dieser Methode; KLAUS MERTEN, *Inhaltsanalyse. Einführung in Theorie, Methode und Praxis*. Opladen 1995; WERNER FRÜH, *Inhaltsanalyse. Theorie und Praxis*, Konstanz 2001; speziell für die Anwendung auf das Recht auch JUTTA LIMBACH, Die sozialwissenschaftliche Inhaltsanalyse richterlicher Entscheidungen, in: *JA* (1976), 353 ff.

⁸⁴URS STÄHELI, *Sinnzusammenbrüche*, Weilerswist 2000

⁸⁵Im Rahmen der Systemtheorie kommt das Stichwort Kohärenz nicht vor. Das vorliegende Problem wird dort unter der Überschrift Konsistenz der Entscheidungspraxis verhandelt. Vgl. dazu NIKLAS LUHMANN, *Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft*, in: DERS., *Ausdifferenzierung des Rechts*. Frankfurt am Main 1999, 374 ff., 394 ff. Dabei macht sich die Systemtheorie immer noch Illusionen über die Möglichkeit von Konsistenz und die mangelnde Beachtlichkeit von deren Fehlen. Dazu grundsätzlich URS STÄHELI, *Sinnzusammenbrüche*, Weilerswist 2000. Kern des Problems ist der von *Luhmann* aus der Protologik von *Spencer Brown* übernommene Begriff der Kondensierung bzw. Konfirmation. Die Protologik sieht von der Zeit ab. Wenn man solche zeitabstrakten methodischen Annahmen auf zeitlich strukturierte Thematiken überträgt, erzeugt man dadurch idealistische Illusionen von Dauerhaftigkeit und Stabilität. Sachadäquater ist demgegenüber der eine prinzipielle Verschiebung enthaltende Begriff der Iteration. Eine Dekonstruktion dieser Annahmen der Systemtheorie muß im vorliegenden Zusammenhang unterbleiben. Vgl. dazu URS STÄHELI, *Sinnzusammenbrüche*, Weilerswist 2000, 280 ff.; DIRK BAECKER, *Zeit und Zweideutigkeit im Kalkül der Form*, in: *Nummer 3, 4/5* (1996), 11 ff.; RUDOLPH GASCHÉ, *The Tain of the mirror*, Cambridge (Mass.) / London 1986, insbes. 192 und öfter. In der Systemtheorie können diese idealistischen Grundannahmen nur funktionieren, weil sie die Rhetorizität von Sprache unterschätzt und exiliert. Vgl. dazu *Stäheli*, *Sinnzusammenbrüche*, 2000, 150 ff.

Ergänzungsverhältnis sprechen, denn die Systematik zweiter Ordnung kann nur dort verwendet werden, wo das entsprechende Gericht schon tätig war. Dies bestätigt sich auch dadurch, dass der Internationale Gerichtshof seltener auf die eigene Rechtsprechung Bezug nimmt, weil er eben meistens neue Fragen zu beantworten hat. Die Beobachtung zweiter Ordnung kommt nur in einer "dichten" Rechtsordnung in Betracht. Dabei ist das Wort „Ergänzung“ aber immer noch missverständlich. Denn es konnotiert Randgebiete und entlegene Provinzen des Rechts. Tatsächlich aber kommt die Systematik zweiter Ordnung gerade in den zentralen Bereichen zum Tragen, wo es die meisten Judikate gibt.

Die Systematik erster Ordnung zeigt sich dagegen eher in den Randgebieten und bei speziellen Rechtsfragen. Wenn man diese Entwicklung zureichend beschreiben will, muss man von einem wachsenden Überwiegen der Systematik zweiter Ordnung gegenüber derjenigen erster Ordnung ausgehen. Eine Inhaltsanalyse des EuGH-Jahrgangs 1999 kommt bezüglich des Stellenwerts der Bezugnahme auf eigene Judikatur innerhalb der Argumentation des Gerichts zu folgendem Ergebnis: „Die Gewichtung der Argumentationsformen in der Methodik des EuGH muss grundsätzlich neu bewertet und dem Verweis auf frühere Rechtsprechung gegenüber den übrigen Argumentationsformen eine herausragende Bedeutung beigemessen werden. Der Verweis auf frühere Rechtsprechung wird 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 den Entscheidungen des EuGH im Jahrgang 1999 mehr als doppelt so häufig verwendet, wie die grammatikalische Auslegung als zweithäufigste Argumentationsform und mehr als viermal so häufig wie die teleologische Auslegung als dritthäufigste Argumentationsform. Von den 259 Entscheidungen des EuGH im Jahrgang 1999 enthalten nur 38 keinen Verweis auf frühere Rechtsprechung, d. h. 85 % aller Entscheidungen des EuGH im Jahrgang 1999 enthalten wenigstens einen Verweis auf frühere Rechtsprechung. In 154 der 259 Entscheidungen des EuGH im Jahrgang 1999 ist der Verweis auf frühere Rechtsprechung 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 typischerweise nicht nur einmal, sondern mehrfach auf frühere Rechtsprechung.“⁸⁶

Wie ist dieses Phänomen der Bindung an eigene Entscheidungen theoretisch zu erfassen? Im Rahmen der herkömmlichen Lehre wird das Präjudiz zur subsidiären Rechtsquelle. Jenseits der „Wortlautgrenze“ oder bei „Unbestimmtheit“ des Textes sollen die Vorentscheidungen in die Bresche springen und dem Richter Rechtserkenntnis ermöglichen. Das Rechtserkenntnismodell bleibt so die prinzipielle Schranke bei der Untersuchung der Rolle des Präjudizes. Wenn der Normtext als Gegenstand der Bedeutungserkenntnis versagt, wird er von der Vorentscheidung als Gegenstand der Erkenntnis ersetzt. In einem nicht näher einzugrenzen-

⁸⁶MARIELE DEDERICHS, Häufigkeit und Bedeutung methodischer Argumente in den Begründungen des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften. Im Erscheinen Baden-Baden 2004.

den Bereich wird dem Präjudiz damit eine normtextähnliche Rolle eingeräumt. Es ist angeblich Gegenstand der Rechtserkenntnis und richterlicher Bindung. Aber natürlich kann der Text einer Vorentscheidung dem Leser ebenso wenig eine feste Bedeutung als Gegenstand vorgeben, wie dies der Normtext vermochte. Nach dem praktischen Versagen des Rechtserkenntnismodells bleibt die argumentative Rolle des Präjudizes nach wie vor zu bestimmen.

Die bisherige Diskussion um die Wirkung von Vorentscheidungen wird durch die prinzipiellen Schranken der traditionellen Rechtserkenntnislehre behindert. Diese wirken bis in die Terminologie hinein. Man stellt die faktische Wirkung von Präjudizien in der kontinentalen Tradition ihrer normativen Wirkung in der angelsächsischen gegenüber.⁸⁷ Normativität wird dabei als statische Eigenschaft eines Textes verstanden, den man einfach anwenden muss. Diese Vorstellung stimmt weder für Gesetze noch für die angelsächsischen Präjudizien. Wenn man im Rahmen einer Rechtserzeugungsreflexion Normativität nicht als Gegenstand, sondern als Prozess fasst, kann man in der bisher unklaren Diskussion über die Bindungswirkung von Vorentscheidungen besser differenzieren: eine *Bindung an Normtexte* heißt, dass man sich nicht mittels besserer Argumente einfach davon lösen darf. Eine *argumentative Bindung* bedeutet, dass ein Kontext der Entscheidung die Richtung gibt, aber durch bessere Argumente verdrängt werden kann.

Präjudizien können, insofern sie methodisch haltbar sind, der aktuellen Entscheidung Richtung geben und wirken damit auf die Normativität ein. Aber sie fungieren nicht als legitimierender Zurechnungspunkt neuer Entscheidungen. Sie sind nur Argumente.

3. Vorgeschichte: Kann man aus Erfahrung lernen?

Bei der historischen Auslegung muss man die Entstehungsgeschichte von der Vorgeschichte des Normtextes unterscheiden.

a) Unterscheidung von genetischer und historischer Auslegung In Lehre und Rechtsprechung werden diese beiden Elemente nicht selten miteinander vermengt. So bezeichnet etwa das Bundesverfassungsgericht⁸⁸ die Auslegung aus

⁸⁷Vgl. zur Diskussion BERNHARD SCHIMA, Zur Wirkung von Auslegungssentscheidungen des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften, in: BIRGIT FELDNER, / NIKOLAUS FORGÓ (Hrsg.), *Norm und Entscheidung*, Wien 2000, 280 ff.; AKOS G. TOTH, The Authority of Judgements of the European Court of Justice: Binding Force and Legal Effects, in: *Yearbook of European Law* 4 (1984), 1 ff.; ANDRÉ U. PIETREK, *Verbindlichkeit von Vorabentscheidungen nach Art. 177 EWGV*. Frankfurt am Main 1989; JOHN J. BARCELÒ, Precedent in European Community Law, in: NEIL MACCORMIK / ROBERT S. SUMMERS (Hrsg.), *Interpreting Precedents: A Comparative Study*. Dartmouth 1997, 407 ff.; ULRICH EHRICKE, Die Bindungswirkung von Urteilen des EuGH im Vorabentscheidungsverfahren nach deutschem Zivilprozessrecht und nach Gemeinschaftsrecht, in: *Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut der Universität des Saarlandes*, Nr. 364. Saarbrücken 1997; ANTHONY ARNELL, Interpretation and Precedent in English and Community Law: Evidence of Crossfertilization?, in: MADS ANDENAS (Hrsg.), *English Public Law of Europe*. London 1998, 93 ff.

⁸⁸BVerfGE 11, 130 und st. Rspr.

„Gesetzesmaterialien und Entstehungsgeschichte“ als „historische“. Korrekt heißt diese Auslegung, von der das Gericht spricht, die *genetische*. Die *historische* ist dagegen die rechtsgeschichtliche (gesetzgebungsgeschichtliche) anhand der Texte von Normvorläufern, Normvorbildern als Antwort auf die Frage: Wie war das denn früher geregelt?

Die historische Auslegung arbeitet also mit *Normtexten*, und zwar *mit anderen Normtexten* als den im vorliegenden Fall zu bearbeitenden, nämlich mit früheren, nicht mehr geltenden Wortlauten. Von der *systematischen* Auslegung, bei der ebenfalls andere Vorschriften vergleichend herangezogen werden, unterscheidet sich die *historische* dadurch, daß außer Kraft gesetzte Normtexte sowie mit ihrer Hilfe entwickelte Rechtsnormen mit gleichem, ähnlichem oder zumindest funktionell vergleichbarem Normprogramm, und zwar aus älteren Zeitabschnitten, in die Überlegung eingeführt werden.

Die genetische Auslegung arbeitet mit *Nicht-Normtexten* (Diskussionen, Überlegungen, Entwürfe, Parlamentsreden, Ausschlußberichte, amtliche Begründungen) aus der rechtspolitischen Debatte, vor allem aber aus den Verhandlungen der legislativen Gremien; und zwar betreffen diese Texte die Entstehungsgeschichte und Gesetzgebungsmaterialien *derselben Normtexte*, nämlich der im Fall zu bearbeitenden.

Beispiele aus der nationalen Gerichtsbarkeit In der Praxis werden historische und genetische Auslegung häufig verbunden. So etwa bei der Diskussion um das so genannte materielle Prüfungsrecht des Bundespräsidenten bei der Ausfertigung von Gesetzen.

Die Gegner einer materiellen Prüfungsbefugnis des Bundespräsidenten weisen mit besonderem Nachdruck auf die gegenüber dem Reichspräsidenten der Weimarer Reichsverfassung geschwächte Stellung des Bundespräsidenten hin, den das Grundgesetz in die Rolle des repräsentativen Staatsoberhauptes zurückgedrängt habe. Die staatsrechtliche Stellung des Bundespräsidenten verwehre ihm jede Einflußnahme auf die gesetzgeberische Willensbildung. Das folge schon aus der Grundentscheidung der Verfassung für ein gewaltenteilendes System und daraus, daß dem Bundespräsident eine Befugnis zur materiellen Prüfung nicht ausdrücklich zugewiesen sei. Zudem wird aus der geschwächten Stellung des Staatsoberhauptes eine restriktive Auslegung auch der ihm verbleibenden Befugnis gefordert. Gegen diese Einschränkung wird zu Recht geltend gemacht, daß die auf induktivem Wege gefundene Bewertung beim Vergleich der Befugnisse des Reichspräsidenten und des Bundespräsidenten nicht wieder zur Einschränkung einer dem Bundespräsidenten verbliebenen Befugnis verwendet werden dürfe. Das würde einen Zirkelschluß bedeuten, da gerade zu prüfen ist, ob die Verringerung der Befugnisse des Präsidenten auch die Ablehnung etwa einer materiellen Prüfungsbefugnis enthalte.

Ein weiteres Problem, bei dessen Diskussion die historische Auslegung eine Rolle spielt, ist die Frage ob Art. 11 GG (Freizügigkeit) auch die Einreise und Ausreise

erfaßt. Die Entstehungsgeschichte spricht gegen die Erstreckung der Freizügigkeit auf die Ausreise. Der Parlamentarische Rat lehnte es ab, die Auswanderungsfreiheit in den Grundrechtskanon aufzunehmen⁸⁹. Vermutlich wurde eine größere Auswanderungswelle wegen der bestehenden Umstände im Nachkriegsdeutschland befürchtet. Auch die historische Auslegung spricht gegen eine Einbeziehung. Die Auswanderungsfreiheit fand in Art. 112 I WRV eine selbständige Regelung gegenüber der Freizügigkeit des Art. 111 S. 1 WRV. Weiter ist bei der Auslegung des Art. 11 GG zu berücksichtigen, dass der Parlamentarische Rat auch die Frage des Zuzugsrechts der Bewohner in dem Gebiet der ehemaligen DDR in die Bundesrepublik entscheiden wollte. Anders ist es bei der Einreise. Art. 111 S. 2 WRV regelte das Recht, sich im Reich an jedem beliebigen Ort aufzuhalten oder niederzulassen und konkretisierte das den Reichsbürgern in Art. 111 S. 1 WRV garantierte Freizügigkeitsrecht. Eine Sonderregelung, wie sie Art. 112 I WRV für die Auswanderung beinhaltete, gab es für die Einreise nicht.

c) Beispiele aus der internationalen Gerichtsbarkeit Die historische Konkretisierung von Vorläufernormen spielt im jungen Gemeinschaftsrecht naturgemäß eine geringe Rolle. Allerdings werden ihre Möglichkeiten mit der Zeit zunehmen. Dort, wo sich die Möglichkeit historischer Konkretisierung bietet, wendet der EuGH Argumentationsmuster an, die aus der nationalen Methodenkultur bekannt sind. Im Sekundärrecht wird die historische Konkretisierung möglich, wenn Vorgängerordnungen oder Richtlinien existieren.⁹⁰ Die anzuwendende Verordnung oder Richtlinie erweitert oftmals frühere Regelungen. Häufig wird die Vorgängerregelung im Bereich von Richtlinien durch die nachfolgende aber auch verändert und ergänzt. Diese vor allem im Sekundärrecht zu beobachtende Entwicklung ist eine Quelle von zusätzlichen Argumenten. Dabei interpretiert der EuGH eine neue Bestimmung so, dass die Kontinuität der Rechtsstruktur gewahrt wird. Das heißt, wenn die anderen Konkretisierungselemente mehrere Möglichkeiten eröffnen, ist der Lesart der Vorzug einzuräumen, welche den Zusammenhang am besten gewährleistet.⁹¹ Wenn aber der Normtext vom Gesetzgeber verändert wird, dann ist die Kontinuitätsregel suspendiert und es ist im Gegenteil davon auszugehen, dass diese Veränderung zu einer neuen Lesart führen muss.⁹² So führt der EuGH zur Frage des Entzugs einer Trennungszulage für EG-Beamte folgende Argumentation ins Feld: „Schon die Tatsache, dass vorliegend das Wort ‚Umkreis‘ durch das Wort ‚Entfernung‘ ersetzt worden ist, lässt einwandfrei erkennen, dass die Verfasser des Textes von dem Begriff der ‚Luftlinie‘ (der in dem Wort ‚Umkreis‘ klar zum Ausdruck kam) abgehen und dem gegenüber den Begriff der (Straßen- oder Schienen-)Strecke einführen wollten.“⁹³ Insgesamt führt die historische Auslegung also in eine Kontinuitäts- bzw.

⁸⁹Vgl. BVerfGE 6, 32 - Elfes-Entscheidung

⁹⁰Vgl. MARCUS LUTTER, Die Auslegung angeglichenen Rechts, in: *JZ* (1992), 593 ff., 599 ; JOCHEN ANWEILER, *Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften*. Frankfurt am Main / Berlin / Bern u. a. 1997, 255.

⁹¹EuGH, Slg. 1969, 43 ff., 51 (Klomp)

⁹²Vgl. MICHAEL POTACS, *Auslegung im öffentlichen Recht*, Baden-Baden 1994, 138 f.

⁹³EuGH, Slg. 1961, 239 ff., 261 f. (Simon)

Diskontinuitätsvermutung. Bei unveränderter Übernahme einer alten Vorschrift wird Kontinuität vermutet. Bei Änderungen des Wortlauts wird jedenfalls eine partielle Diskontinuität angenommen.

4. Entstehungsgeschichte: Will der Autor etwas sagen?

Die subjektive Auslegungslehre verwendet die genetische Konkretisierung, um den Willen des Autors zu bestimmen: „Vermittels dieser Methode erforscht der Auslegende den wahren Willen des historischen Vertrags- oder Gesetzgebers, bemüht sich also um eine möglichst genaue Kenntnis dessen, was die Schöpfer mit dem Erlass der Norm erreichen wollten.“⁹⁴ Die Bedeutung des Textes wird dann mit dem Willen des Gesetzgebers gleichgesetzt:⁹⁵ Normen gelten hier als Willensausdruck eines gebietenden Subjekts. Entscheidend soll die Feststellung sein, welchen besonderen Sinn eine historisch bestimmte Personengruppe mit den gewählten Worten verbunden hat. Die Vorstellungen, Absichten und Wertorientierungen dieser Personen sind möglichst genau zu ermitteln⁹⁶: „Zu betonen ist, daß nach der hier vertretenen Meinung bei der Auslegung von Rechtsvorschriften auf den historischen Willen abzustellen ist. Demnach muß ein Rechtsetzer jenen Sinngehalt gegen sich gelten lassen, der seiner Äußerung nach Maßgabe von Kommunikationsregeln zu ihrem Entstehungszeitpunkt beizumessen ist. Die Festlegung auf die Ermittlung des historischen Willens wird schon durch das Verständnis von Rechtsnormen als durch Kommunikationsregeln zum Ausdruck gebrachte Willenserklärungen nahegelegt. Denn nur die zum Entstehungszeitpunkt maßgeblichen Umstände können einem Rechtsetzer bei der Erklärung seines Willens als von ihm berücksichtigt zugesonnen werden. In Systemen grundsätzlich abänderbarer Normen - wie dem Gemeinschaftsrecht und der österreichischen Rechtsordnung - spricht außerdem für ein Abstellen auf den „historischen Willen“, daß die Aufhebung und Änderung von Rechtsvorschriften grundsätzlich den dafür zuständigen Rechtsetzungsorganen vorbehalten ist. Sofern diese Organe keine Änderung der Rechtslage vornehmen, ist darin ein Einverständnis mit dem Willen und den Wertungen des historischen Gesetzgebers zu sehen.“⁹⁷

a) Kritik der subjektiven Auslegungslehre Aber kann man wirklich die Bedeutung eines Textes mit dem Willen seines Autors gleichsetzen?

Bei der Vorstellung, hinter dem Gesetz stehe ein formierender Wille, den der Normtext erst nachträglich verkörpert, wird die Sprache auf ein bloßes Aus-

⁹⁴ JOCHEN ANWEILER, Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften. Frankfurt am Main / Berlin / Bern u. a. 1997, 247.

⁹⁵ Vgl. zur Kritik an der Ermittlung eines psychologischen Willens des Gesetzgebers und entsprechender Beweiserhebung: MICHAEL GROPP, *Die Rechtsfortbildung contra legem – Ein Beitrag zur rechtstheoretischen Erforschung der Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung im Privatrecht*. Berlin 1974, 75; KARL CLAUSS, Zum Begriff der Unklarheit, in: *JZ* (1960), 306 ff., 308, Fn. 29.

⁹⁶ Vgl. dazu THOMAS HONSELL, *Historische Argumente im Zivilrecht*, Ebelsbach 1982, 172 f., m. w. N.

⁹⁷ CARSTEN BUCK, *Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft*, Frankfurt am Main / Berlin / Bern u. a. 1998, 26 f., m. w. N.

drucksmedium ohne Eigengewicht reduziert⁹⁸. Wenn man dieses vom Repräsentationsgedanken behauptete Modell eines vorausdrücklichen Willens und seiner nachträglichen Verkörperung ernst nimmt, muß man die Frage stellen, welche Seite bei dieser Verknüpfung die eigentlich formierende ist. Diese Frage betrifft das grundlegende Problem einer Lehre, nach der die Textbedeutung durch die Absicht des Textproduzenten festgelegt wird. Eine Absicht ist immer etwas Bestimmtes, und eine bestimmte Absicht kann man nur im Rahmen einer bestimmten Sprache haben⁹⁹. Das heißt, dass die Absicht nicht vom Sprachsystem unabhängig ist, sondern sich in dieses einschreibt¹⁰⁰. Daher kann man nicht von einer vorausdrücklichen Intention auf die Bedeutung des Textes schließen, sondern nur umgekehrt von der Bedeutung eines Textes zurück auf die Intention¹⁰¹. Die Bedeutung eines Textes kommt nicht, wie die subjektive Auslegungslehre es voraussetzt, so zustande, dass der Textproduzent irgendwelche bedeutungsverleihenden Akte ausführt, sondern die Intentionalität des Textproduzenten muß an ein bestimmtes System sprachlicher Bedeutungen¹⁰² anknüpfen. Aus diesem Grund kann der gesetzgeberische oder auktoriale Wille nicht als Archimedischer Punkt außerhalb der Sprache angesehen werden, welcher gegenüber der Vielfalt der Interpretationen den identischen Textsinn wahr¹⁰³. Der vorausdrückliche Wille kann sich mit dem Normtext nur nach Maßgabe einer Ordnung verknüpfen. Diese Ordnung muß als Struktur formulierbar sein und ist damit auf Bedeutung und Sprache verwiesen¹⁰⁴. Damit kommt die angeblich äußerliche sprachliche Form der vorgeblich reinen Innerlichkeit des Willens zuvor. Wittgenstein hat dementsprechend an verschiedenen Sprachspielen gezeigt, dass es nicht möglich ist, Meinen oder Wollen als sprachunabhängigen Akt zu vollziehen¹⁰⁵. Das

⁹⁸Vgl. zur Kritik an dieser Reduktion, JACQUES DERRIDA, *Die Stimme und das Phänomen*, Frankfurt am Main 1979, 79 ff.; vgl. weiterhin JEAN-FRANCOIS LYOTARD, *Der Widerstreit*. München 1987, 229 (Nr. 188).

⁹⁹Vgl. dazu LUDWIG WITTGENSTEIN, *Philosophische Untersuchungen*. Werkausgabe Bd. 1, Frankfurt am Main 1984, Randbemerkungen unter § 38. Auch §§ 337 ff., 358. Zusammenfassende Darstellung bei EIKE V. SAVIGNY, *Die Philosophie der normalen Sprache*. Frankfurt am Main 1980, 36 ff. Kurze Darstellung der sprachphilosophischen Kritik am sinnkonstitutiven Subjekt auch bei ALBRECHT WELLMER, *Zur Dialektik von Moderne und Postmoderne*. Vernunftkritik nach Adorno, in: DERS., *Zur Dialektik von Moderne und Postmoderne*. Frankfurt am Main 1985, 48 ff., 77 ff.

¹⁰⁰Vgl. dazu JACQUES DERRIDA, *Signatur, Ereignis, Kontext*, in: DERS., *Randgänge der Philosophie*. Frankfurt am Main 1976, 124 ff., 150.

¹⁰¹Vgl. dazu auch MANFRED FRANK, *Das individuelle Allgemeine*. Frankfurt am Main 1985, 251 ff., wo am Beispiel der Position *Hirschs* gezeigt wird, dass der Rekurs auf „authorial meaning“ keineswegs auf die Individualität des Autors zurückführt.

¹⁰²Vgl. zu diesem Problem die grundlegende Auseinandersetzung Derridas mit Husserl: JACQUES DERRIDA, *Die Stimme und das Phänomen*. Frankfurt am Main 1979, 54 f. und öfter.

¹⁰³Vgl. dazu auch MANFRED FRANK, *Was ist Neostrukturalismus?*. Frankfurt am Main 1983, 25 ff.

¹⁰⁴Vgl. als knappe Darstellung der bei JACQUES DERRIDA, *Die Stimme und das Phänomen*. Frankfurt am Main 1979, entwickelten Kritik: MANFRED FRANK, *Was ist Neostrukturalismus?*. Frankfurt am Main 1983, insbes. 288 ff. Dort auch die Parallelisierung der Position *Derridas* zur sprachanalytischen Position *Tugendhats* im Hinblick auf die Kritik an einem vorsprachlichen Bewußtsein.

¹⁰⁵Vgl. dazu LUDWIG WITTGENSTEIN, *Philosophische Untersuchungen*. Frankfurt am Main 1984, § 552, § 665. Vgl. auch zur Grammatik von „Meinen“, „Wollen“ u. ä. §§ 36, 540, 661,

Wollen ist kein privater Akt reiner Innerlichkeit, sondern wird Subjekten im Kommunikationsprozeß aufgrund bestimmter Kriterien zugeschrieben, die ihrerseits ein Sprachspiel eigener Art darstellen¹⁰⁶. Als Ursprung seines Ausdrucks kommt der Wille immer zu spät. Tatsächlich hat die auktoriale Intention nie einen rein individuellen Status, sondern kann nur einer sprachlichen Konvention folgend formuliert werden, deren Kontext sie nie vollständig überblickt.

b) Möglichkeiten genetischer Auslegung Die Technik der Auslegung will eine Hierarchie zwischen dem Gesetz und Urteil als abgeleitetem Text herstellen. Danach soll der Richter nicht seinen Willen an die Stelle des Willens des Gesetzgebers setzen. Nun ist aber jedes Lesen eine Sinnverschiebung. Denn der Leser versteht den Text meist aus einer völlig neuen bzw. anderen Lebenssituation heraus; oder wie man neuerdings formuliert: Er propft den Text auf einen neuen Kontext auf. Verhindern lässt sich diese Produktivität des Lesens nicht. Das ist heute unumstritten. Aber vielleicht lässt sie sich erschweren, bremsen oder in ihrer Gewalt, die sie dem Text antut, teilen und kontrollieren.

Als Bremsklötze für die Geschwindigkeit der Sinnvermehrung kommen drei Instanzen in Frage: der Autor, der Text und der Vorgang des Lesens. Der heutige Ansatz liegt beim Leser. Die Bezeichnungen dafür sind verschieden: Rezeptionsästhetik, reader orientated criticism oder Konstruktivismus. Man kommt damit auf eine Wahrheit zurück, die schon Lichtenberg formulierte, wenn er das Lesen als Picknick bezeichnete, zu dem der Autor die Wörter und der Leser die Bedeutung beisteuern. Wenn man den Vorgang des Lesens so ins Zentrum rückt, heißt das natürlich nicht, dass Autor und Text verschwinden. Sie treten nur als Ursprung bzw. Gegenstand der Bindung des Lesers zurück. Sie tauchen aber als Widerstände für dessen Konstruktionen wieder auf. Denn der Leser ist bei der Konstruktion der Bedeutung nicht frei. Er wird in seiner Lesetechnik durch seine Ausbildung und die jeweilige Kultur formiert. Mitreden über die Bedeutung darf er erst als „projektiertes Leser“, „informiertes Leser“, „Modell-Leser“, „Superleser“, usw. Um mitreden zu können, muß er die Materialien kennen.

Häufig wird die Möglichkeit der genetischen Konkretisierung aus texttheoretischen Überlegungen abgelehnt. Die Vorstellungen, Absichten und Zwecke des historischen Gesetzgebers können für die Auslegung keine Rolle spielen, weil sich das Gesetz nach seinem Erlaß von den Absichten und Zwecken seiner Urheber ablöst. Das so entstandene eigenständige Gebilde muß nunmehr aus sich selbst verstanden werden¹⁰⁷. Der beherrschenden Stellung des Gesetzgebers wird dabei eine Heterogenie der Zwecke¹⁰⁸ entgegengehalten: „Der Zusammenhang einer

693. Vgl. dazu auch DIETRICH BUSSE, *Historische Semantik*. Stuttgart 1987, 119 ff.

¹⁰⁶Vgl. dazu ULRICH SCHROTH, *Theorie und Praxis subjektiver Auslegung im Strafrecht*. Berlin 1983, 22 mit Verweis auf Wittgenstein.

¹⁰⁷Vgl. etwa KARL BINDING, *Handbuch des Strafrechts*. Bd. I, Leipzig 1885, 455 und ff. Binding bemüht sich als einer der ersten um eine systematische Kritik der Prämissen der subjektiven Lehre.

¹⁰⁸Vgl. dazu ALEXANDER MENNICKEN, *Das Ziel der Gesetzesauslegung – Eine Untersuchung*

Zweckreihe besteht demnach nicht darin, dass der zuletzt erreichte Zweck schon in den ursprünglichen Motiven (...) als Vorstellung enthalten sein muß, (...), sondern er wird wesentlich dadurch vermittelt, dass infolge nie fehlender Nebeneinflüsse der Effekt einer Handlung mit der im Motiv gelegenen Zweckvorstellung im allgemeinen sich nicht deckt.“ Über die Vervielfältigung und Anreicherung des Ursprungszwecks soll hier das Gesetz der Heterogonie der Zwecke ein „Prinzip des Wachstums geistiger Werte“¹⁰⁹ begründen und damit den selbständigen Organismus¹¹⁰ des Rechts von seinem Urheber ablösen. Nun gibt es aber nicht nur ein vermehrendes Wachstum, sondern auch ein Zurückbleiben gegenüber dem Ursprungszweck. Dieser bleibt demnach als Bezugspunkt nötig, um die Frage des Wachstums oder Zurückbleibens beurteilen zu können. Weiter wird geltend gemacht, dass der Gesetzgeber bzw. Vertragspartner schon seine ursprüngliche Zwecksetzung inhaltlich gar nicht voll überblicken kann: „Es ist ein häufiger Irrtum zu meinen, dass der Gedanke der vollständige Sklave unseres Willens sei und nur das hervorbringe, was wir wollen, während doch der Gedanke dem Willen gegenüber seine volle Selbständigkeit hat und vielfach über die Tragweite des Willens hinausgeht. Das Denken hat unendlich viele Zusammenhänge, es zeigt in den Begriffen einen Ideeninhalt, den der subjektiv Denkende nicht ahnt.“¹¹¹ Weil jeder Gedanke selbständig und gegen die Absicht seiner Schöpfer fortwirken kann, ist das Recht als geistige Wirklichkeit etwas Eigenständiges. Die Entscheidung muß daher unabhängig von den Materialien dem Gesetz selbst entnommen werden. Auch in diesem Einwand ist wieder Richtiges enthalten, das dann aber durch zu große Generalisierung falsch wird.

Ein grundsätzlicher Einwand gegen die genetische Konkretisierung ist zunächst das so genannte Versteinerungsargument. Danach lässt das Auslegungsziel der Ermittlung des gesetzgeberischen Willens keine Anpassung des Gesetzes an aktuelle Probleme zu und versteinert insoweit seine Umsetzung. Vor allem im Gemeinschaftsrecht gewinne dieses Argument im Hinblick auf die Dynamik einer immer enger werdenden Gemeinschaft ein entscheidendes Gewicht: „Zur Verwirklichung des gemeinsamen Marktes und der Ziele des Art. 2 EGV ist es unverzichtbar, anstelle des historischen Willens der Vertragspartner auf den objektivierten Willen des Vertrages abzustellen. Eine Gegenüberstellung der Eindrücke von den Vertragsverhandlungen mit der Praxis des Gerichtshofs belegt überzeugend die Diskrepanz zwischen dem heutigen Stand der Gemeinschaftsrechte und den ursprünglichen Vorstellungen der Vertragsstaaten.“¹¹² Dieses Argument steht der

zur subjektiven und objektiven Auslegungslehre. Bad Homburg u. a. 1970, 26.

¹⁰⁹WILHELM WUNDT, *System der Philosophie*. Leipzig 1919, 327. Vgl. zu den Problemen dieser Wachstumsregel: ERNST BLOCH, Über Heterogonie der Zwecke, in: DERS., *Philosophische Aufsätze zur objektiven Phantasie*. GA Bd. 10, Frankfurt am Main 1977, 431 ff., insbes. 435 ff.

¹¹⁰Vgl. grundsätzlich zum Organismusbegriff: REINHOLD ZIPPELIUS, *Das Wesen des Rechts*. München 1978, 167 f. Kritisch zur Organismusmetapher: FRIEDRICH MÜLLER, *Die Einheit der Verfassung*. Berlin 1979, 162 und öfter. Zur politischen Funktion: DERS., *Korporation und Assoziation*. Berlin 1965, 87, 89, 90, 95 ff., 98 ff., 146 f.

¹¹¹JOSEF KOHLER, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*. Bd. 1, Berlin 1906, 123.

¹¹²CARSTEN BUCK, *Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft*. Frankfurt am Main / Berlin / Bern u. a. 1998, 145. Unter Bezug auf ULRICH EVERLING, Vertragsverhandlungen 1957 und Vertragspraxis 1987, in: *Festschrift für Hans von der Groeben*.

genetischen Konkretisierung aber nur dann entgegen, wenn man der subjektiven Auslegungslehre folgt und das Ergebnis der genetischen Konkretisierung zum Inhalt des Gesetzes erklärt. Dies wurde hier aber schon aus allgemeinen bedeutungstheoretischen Erwägungen abgelehnt. Dass die Ergebnisse genetischer Konkretisierung bei der Auslegung des Gesetzes eine Rolle spielen, ist mit dem Versteinerungsargument noch nicht ausgeschlossen. Denn die Dynamik einer immer enger werdenden Gemeinschaft wäre nur dann gefährdet, wenn dieses Element ausschlaggebende Bedeutung hätte. Im Gesamtprozess der Konkretisierung wird es dagegen durch die Ergebnisse anderer Elemente, wie vor allem der teleologischen Auslegung, relativiert. Deswegen kann das Versteinerungsargument zwar der subjektiven Auslegungsdoktrin, nicht aber der genetischen Konkretisierung entgegengehalten werden.

Das faktische Problem einer Vielzahl von Gremien macht zwar die Aussicht darauf, einen gesetzgeberischen Willen zu ermitteln, eher unwahrscheinlich. Es vermehren sich aber auch die Grundlagen für Argumente: „Da der Gesetzgeber ein Gremium ist (...), kann es nicht auf die Vorstellung einzelner Abgeordneter ankommen. Aber vielfach gibt es Materialien darüber, wie diejenigen, die den Gesetzestext verfaßt haben (...) oder wie die Meinungsführer im Parlament das Gesetz verstanden haben.“¹¹³ Wegen der Beteiligung einer Mehrzahl von Organen wird der Umfang der Materialien im Gemeinschaftsrecht größer. Damit nimmt auch die Möglichkeit zu, aus diesen Texten Argumente zu gewinnen.

Das in dem angesprochenen Diversifikationsproblem enthaltene kritische Potenzial läßt sich noch weiter entfalten. Dabei werden die praktischen Schwierigkeiten der Arbeit mit den Materialien gegen die Möglichkeit gewendet, aus diesen Kontexten Argumente abzuleiten. Die Unsicherheit und Lückenhaftigkeit der Materialien gewährt das Gegenteil eines sicheren Ausgangspunkts: „Tatsache ist, dass die gesamte Praxis (...) sich auf die Entstehungsgeschichte beruft, wo diese für die sonst wünschenswerte Entscheidung verwertet werden kann, und dass im gegenteiligen Fall die Motive usw. beiseitegeschoben oder als unwichtig widerlegt werden“¹¹⁴. Damit wird die Tendenz angesprochen, dass mit Hilfe von willkürlich ausgewählten Einzeläußerungen der vorgeblich einheitliche Wille des Gesetzgebers seine Konturen verliert und sich deswegen in der Praxis als beliebig auszufüllende Fiktion erweist¹¹⁵. Auch diese Gefahr ist durch die erhöhte Komplexität des Gesetzgebungsvorgangs im Gemeinschaftsrecht noch erhöht. Die in der Verwendung der Materialien als Begründungsinstanz potenziell liegende Beliebigkeit wird deutlich, wenn man berücksichtigt, dass der gemeinschaftsrechtliche Gesetzgeber ein pluriformes und heterogenes Gebilde ist¹¹⁶, dem sich schwerlich ein einheitlicher Wille zuschreiben läßt. Die Entstehungsgeschichte

Baden-Baden 1987, 111 ff., 126.

¹¹³Vgl. dazu DERS., 35 f.

¹¹⁴JOHANNES G. GMELIN, *Quousque?*. Hannover 1910, 70.

¹¹⁵Vgl. dazu CARL SCHMITT, *Gesetz und Urteil*. Berlin 1969, 25. Weitere Nachweise bei THOMAS HONSELL, *Historische Argumente im Zivilrecht*. Ebelsbach 1982, 42 f.

¹¹⁶Vgl. dazu UWE KRÜGER, *Der Adressat des Rechtsgesetzes*. Berlin 1969, 13. Vgl. auch KARL ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*. Stuttgart u. a. 1977, 91 mit differenzierten Folgerungen auf 95.

weist nicht nur Zufälligkeiten auf, sondern vor allem auch Widersprüche zwischen einzelnen Äußerungen, die ohne eine systematische Strukturierung dann oft die Begründung gegensätzlicher Ergebnisse erlauben.

c) Genetische Auslegung jenseits der Willensmetapher Um mit diesem Problem fertigzuwerden, muß man die genetische Konkretisierung vom Begriff des Willens ablösen. Zunächst wird dabei die Willensmetapher durch den Begriff einer Handlung ersetzt, die es sowohl kausal als auch in ihrer Finalität zu verstehen gilt¹¹⁷. Der Fortschritt dieser Ersetzung kann sich jedoch nur dann auswirken, wenn man auch die vorgestellte Einheitlichkeit und Homogenität der Normierungshandlung auflöst. Dabei kann der vorgestellte Gesamtwille durch ein Mehrheits- oder Agentenmodell¹¹⁸ ersetzt werden. Danach ist der gesetzgeberische Wille mit dem der Mehrheit der gesetzgeberischen Körperschaft gleichzusetzen, beziehungsweise mit dem Willen derjenigen Personen, die den verabschiedeten Entwurf oder Vertrag formuliert haben.

Doch auch im Rahmen eines Mehrheits- oder Agentenmodells bleibt der Nachweis einer gemeinsamen Handlungsfinalität bzw. -absicht schwierig¹¹⁹. Selbst wenn man unterstellt, dass die betreffenden Personen die von ihnen formulierte Zeichenkette unter möglichst vollständiger Berücksichtigung des Kontextes reflektieren, beseitigt dies nicht alle Unsicherheiten über den Gebrauch der verwendeten Zeichen¹²⁰. Zwar kann man die als gemeinsam behauptete Absicht auf grundlegende Gesichtspunkte und Zwecke einschränken¹²¹. Aber die Unterstellung solcher Zwecke als gemeinsame bedarf noch einer Begründung.

Allerdings gewinnt diese Zurechnung eine gewisse Plausibilität durch eine linguistische Analyse, welche parallele Phänomene aus dem juristischen Bereich in die Untersuchung einbezieht¹²². Auch bei juristischen Personen redet man von Absichten, die man bei Bedarf etwa ihren Organen zuschreibt. Dabei läßt sich auch nicht sagen, dass das Wort ‚Absicht‘ in einem metaphorischen oder von der wörtlichen Bedeutung abgelösten Sinn gebraucht werde. Der Sprachgebrauch verweist hier vielmehr auf soziale Regeln, nach denen das Handeln einzelner einer Gesamtheit zugerechnet wird¹²³. Es ist kein Grund ersichtlich, der die Existenz ähnlicher Regeln im Rahmen der genetischen Konkretisierung ausschließen

¹¹⁷Vgl. dazu ULRICH SCHROTH, *Theorie und Praxis subjektiver Auslegung im Strafrecht*. Berlin 1983, 83 ff.

¹¹⁸Vgl. dazu GERALD MACCALLUM, *Legislative Intent*, in: ROBERT S. SUMMERS (ed.), *Essays in Legal Philosophy*. Cambridge 1968, 237 ff., 262 ff. (majority model), 266 ff. (agency model).

¹¹⁹Vgl. zu den Schwierigkeiten einer Ermittlung: KARL ENGISCH, *Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken*. Stuttgart u. a. 1963.

¹²⁰Vgl. dazu GERALD MACCALLUM, *Legislative Intent*, in: ROBERT S. SUMMERS (ed.), *Essays in Legal Philosophy*. Cambridge 1968, 237 ff., 254 f.

¹²¹Vgl. dazu etwa ULRIKE KÖBL, *Allgemeine Rechtstheorie. Aspekte der Gesetzesbindung*, in: *Festschrift zum 25jährigen Bestehen des Bundessozialgerichts*. Köln u. a. 1979, 1005 ff., 1029.

¹²²Vgl. dazu GERALD MACCALLUM, *Legislative Intent*, in: ROBERT S. SUMMERS (ed.), *Essays in Legal Philosophy*. Cambridge 1968, 237 ff., 249, 250 ff. Vgl. dazu die Aufforderung, das Sprachspiel anzuschauen, bei ULRICH SCHROTH, *Theorie und Praxis subjektiver Auslegung im Strafrecht*. Berlin 1983, 78.

¹²³Vgl. dazu GERALD MACCALLUM, ebd., 251.

könnte.

Die allgemeine Möglichkeit einer Zurechnung kann so als begründet angesehen werden. Aber es bleiben technische Fragen offen: „Hinsichtlich der Brauchbarkeit solcher Materialien stellt sich zunächst ohnehin die Frage, welche der am Abschluss der Gemeinschaftsverträge beteiligten Personen ausschlaggebend für den Willen ihres jeweiligen Mitgliedstaates sein sollen: die jeweiligen Unterhändler, nur der Leiter der Verhandlungsdelegation oder nur der zuständige Minister.“¹²⁴

Die Art und Weise dieses Zurechnens fordert also neben der Beachtung rechtlicher Gesichtspunkte noch eine genauere Untersuchung der vorausgesetzten sprachlichen Regeln. Insoweit müssen die als Kontexte zum Normtext herangezogenen Materialien auf einen inneren Zusammenhang hin befragt werden. Die als Anknüpfungspunkt für ein Argument in Betracht kommende Einzeläußerung muß in die Struktur des Gesetzgebungsverfahrens systematisch eingeordnet werden¹²⁵. Der innere Zusammenhang wird allerdings noch nicht erfaßt, wenn man normative Strukturierungsvorschläge der Gesetzgebungslehre als Beschreibungen liest. Gesetzgebung ist nicht schlicht einvernehmliches Handeln, sondern in seiner Realität meist sehr konflikthaft. Darin liegt für das herkömmliche Verständnis eine große Schwierigkeit: „Die Ansichten der Vertragsparteien werden im Allgemeinen sogar entgegengesetzt gewesen sein. Zudem sind solche Äußerungen während der Vertragsverhandlungen häufig nur als taktische Züge zu verstehen und geben nicht die eigentliche Absicht der Parteien kund.“¹²⁶

Die Realität des Verfahrens kommt erst dann in den Blick, wenn man sich von dem stillschweigend vorausgesetzten Modell der Gesetzgebung als einem Fall *kooperativen* Handelns¹²⁷ ablöst und diesen Prozeß im Rahmen einer Semantik *kompetitiven* Handelns begreift. Erst dann können die widersprüchlichen Einzeläußerungen als Teile eines kompetitiven Handlungsspiels systematisch verortet und in ihrer Tragweite verstanden werden. Im Rahmen der subjektiven Auslegungslehre hat die sog. Paktentheorie¹²⁸ der Lösung dieser Aufgabe

¹²⁴JOCHEN ANWEILER, *Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften*. Frankfurt am Main / Berlin u. a. 1997, S. 248. Grundlegend dazu und zu weiteren: STANLEY PAULSON, *Attributing Intentions to Collective Bodies*, in: *Ars Interpretandi* (1998), 69 ff.

¹²⁵Eine allerdings sehr allgemeine Beschreibung des Gesetzgebungsverfahrens gibt ULRICH SCHROTH, *Theorie und Praxis subjektiver Auslegung im Strafrecht*. Berlin 1983, 84.

¹²⁶JOCHEN ANWEILER, *Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften*. Frankfurt am Main / Berlin u. a. 1997, 248 f.

¹²⁷Vgl. dazu JÜRGEN HABERMAS, *Wie ist Legitimität durch Legalität möglich?*, in: *KJ* (1987), 1 ff., 15 f., der zunächst konzidiert, dass die „Konkurrenz widerstreitender Interessen“ die Übertragung seines auf Einverständnis zielenden Argumentationsmodells erschwert, dann aber doch die Notwendigkeit einer solchen Übertragung nahe legt. Auch in der herkömmlichen Vorstellung eines einheitlichen Gesamtwillens und personifizierten Gesetzgebers ist das Modell einer auf die kooperative Herstellung von Gemeinsamkeiten zielenden Handlungszusammenhangs enthalten, welches sowohl den Eigenwert als auch das praktische Gewicht von Differenzen und Konflikten verkennt.

¹²⁸Vgl. zur Paktentheorie: EBERHARD BADEN, *Zum Regelungsgehalt von Gesetzgebungsmaterialien*, in: JÜRGEN RÖDIG (Hrsg.), *Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung*. Berlin / Heidelberg / New York 1976, 369 ff., insbes. 378; näher zu den Regeln der genetischen

vorgearbeitet. Wenn man diese Theorie von den impliziten Willens- und Vertragskonstruktionen¹²⁹ ablöst, bringt sie anstelle der anthropomorph aufgefaßten Absichten¹³⁰ und des personifizierten Gesetzgebers den Vorgang der Gesetzgebung als arbeitsteiligen Prozeß¹³¹ in den Blick. Dabei werden vor allem die zeitliche Reihenfolge, aber auch rechtliche Gesichtspunkte wie etwa die Mehrheitsregel und der Kontext der Einzeläußerung zur Strukturierung verwendet. Das ermöglicht neben der Zurechnung auch ein Gewichten der als Anknüpfungspunkt dienenden Einzelaussage. An diese Vorarbeiten der Paktentheorie kann die semantische Analyse des Gesetzgebungsverfahrens als eines kompetitiven Handlungsspiels vertiefend anknüpfen.

Entgegen der objektiven Lehre in ihrer strengen Form ist damit die Möglichkeit genetischer Auslegung dargetan¹³². Ihr Stellenwert und ihre Einordnung in den Gesamtvorgang der Konkretisierung hängen allerdings von den methodenbezogenen Normen im Umkreis des Rechtsstaatsprinzips ab.

II. Die Kombination der Auslegungsregeln zu Schlußfiguren

Neben die Canones als einfache Elemente, deren Leistung nur eben darin besteht, Kontexte zu erschließen, treten die zusammengesetzten Argumentformen wie z.B. die teleologische Auslegung und die verschiedenen Schlußformen.

Zweck und Notwendigkeit seiner Begründung

Die Verwendung des teleologischen Arguments wird auf der Textoberfläche eines Urteils kenntlich, wenn dort nach „Sinn und Zweck“, „Ziel“ oder dem „Geist“ des Gesetzes gefragt wird.¹³³ Auch die Wendung „Zweck“ erscheint häufig bei Berücksichtigung eines teleologischen Arguments. Eine weitere Wendung, die teleologische Argumentation anzeigt, ist „sollen“ oder das Wort „dient“.

Die teleologische Auslegung zählt zu den zusammengesetzten Schlussformen, weil der Zweck zunächst begründet werden muss, bevor mit ihm gearbeitet werden

Auslegung auch ULRICH SCHROTH, *Theorie und Praxis subjektiver Auslegung im Strafrecht*. Berlin 1983, 37 ff.; vgl. zur Paktentheorie noch die Nachweise bei KARL ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*. Stuttgart u. a. 1977, 249, Fn. 106.

¹²⁹Vgl. dazu EBERHARD BADEN, Zum Regelungsgehalt von Gesetzgebungsmaterialien, in: JÜRGEN RÖDIG (Hrsg.), *Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung*. Berlin / Heidelberg / New York 1976, 369 ff.

¹³⁰Vgl. zu den Warnungen vor anthropomorphen und vereinfachenden Fiktionen: UWE KRÜGER, *Der Adressat des Rechtsgesetzes*. Berlin 1969, 14. CHAIM PERELMAN, *Logik und Argumentation*, Königstein/Taunus 1979, 79.

¹³¹Vgl. dazu EBERHARD BADEN, *Gesetzgebung und Gesetzesanwendung im Kommunikationsprozeß*. Baden-Baden 1977, 60, auch allgemein 57 ff.

¹³²Vgl. zur Möglichkeit genetischer Auslegung unter Auseinandersetzung mit Einwänden, die sich aus einem an Gadamer orientierten hermeneutischen Ansatz ableiten lassen: ULRICH SCHROTH, *Theorie und Praxis subjektiver Auslegung im Strafrecht*. Berlin 1983, 28 ff. Vgl. im übrigen zur Verteidigung der subjektiven Auslegung: KARL ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*. Stuttgart u. a. 1977, 247, Fn. 98.

¹³³Vgl. ALBERT BLECKMANN, Rechtsquellen, in: MANFRED DAUSES (Hrsg.), *Handbuch des EG-Wirtschaftsrechts*. Band I, München 1997, Rn. 15, Fn. 23, 25, 26.

kann.

a) Überschätzung des Zwecks Die traditionelle Methodenliteratur sieht im Recht ein Instrument zur Verwirklichung staatlicher Zwecke. Im deutschen Rechtskreis wurde das vor allem von der sogenannten Wertungsjurisprudenz ausbuchstabiert. Allerdings ist die instrumentelle Sicht des Rechts unterkomplex. Sie übersieht bereits die funktionale Differenzierung zwischen Recht und Politik. Vor allem aber macht die Sprache und macht der rechtliche Kommunikationsprozess jeden Instrumentalismus zunichte. Zwecke kann man nur *in der Sprache* formulieren und verfolgen. Sie liegen ihr nicht im Sinn eines Repräsentationsmodells zu Grunde. Man sieht das schon daran, wie die herkömmliche Lehre die Zwecke des Gesetzes formuliert: es wird einfach eine bestimmte naheliegende Lesart des Normtextes zum Zweck des Gesetzes ernannt. So ist es etwa der Zweck einer Schadenersatznorm, dem Geschädigten zu einem Ersatzanspruch zu verhelfen. Dieses Vorgehen ist nicht nur zirkulär, sondern führt vor allem auch zu einem Voluntarismus, der willkürlich einzelne Lesarten als grundlegende Zwecke des Rechts auszeichnet.

Teleologische Auslegung hat also besondere Risiken. Denn häufig „(kann) das vermeintliche Abzielen auf den abstrakt gültigen Regelungszweck (...) nicht verdecken, dass hier tatsächlich massive Vorurteile, Wert- und Normvorstellungen rechtspolitischer, allgemeinpolitischer, moralischer und religiöser Art unreflektiert zur Wirkung kommen.“¹³⁴

Das Risiko dieser Vorgehensweise wird noch erhöht, wenn man der teleologischen Auslegung Vorrang einräumt¹³⁵ und sie sogar zur Grenze vertretbarer Rechtsansichten macht: „Um eine sichere Abgrenzung zwischen Rechtsanwendung und Rechtssetzung zu gewährleisten und dem Gewaltenteilungsprinzip Beachtung zu verschaffen, darf im Wege der Auslegung die objektiv erkennbare Zielsetzung des Gesetzes nicht verfehlt werden. Diese bildet eine Grenze für die Rechtsanwendung in allen ihren Erscheinungsformen.“¹³⁶ Auch wenn man den Zweck nicht einfach behauptet oder aus einer Paraphrasierung des Normtextes gewinnt, sondern ihn mit Hilfe der Canones ableitet, liegt hier das Willkürisiko darin, dass dieser Zweck an die Stelle der Wortlautgrenze tritt. Aus der instrumentellen Sicht wird so eine Instrumentalisierung des Rechts für die jeweiligen politischen Zwecke des Zeitgeistes.

b) Die Begründung des Zwecks Gebunden bleibt die Rechtserzeugung mittels teleologischer Auslegung dadurch, dass sie als zusammengesetzte juristische Schlußform zunächst eine Begründung des fraglichen Zwecks voraussetzt. „Die

¹³⁴DIETRICH BUSSE, Was ist die Bedeutung von Gesetzestexten, in: FRIEDRICH MÜLLER (Hrsg.), *Untersuchungen zur Rechtslinguistik*. Berlin 1989, 93 ff., 99.

¹³⁵MARKUS FRISCH, *Die richtlinienkonforme Auslegung nationalen Rechts*. Münster 2000, 10, KARL LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. Berlin / Heidelberg / New York 1991, 343 ff., FRANZ BYDINSKI, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*. Wien / New York 1991, 556 f.

¹³⁶MARKUS FRISCH, *Die richtlinienkonforme Auslegung nationalen Rechts*. Münster 2000, 11.

teleologische Interpretation ist kein selbstständiges Element der Konkretisierung, da Gesichtspunkte von 'Sinn und Zweck' der zu deutenden Vorschrift nur insoweit heranzuziehen sind, als sie mit Hilfe der anderen Elemente belegt werden können. Das Unterstellen einer Ratio, die unter keinem anderen Konkretisierungsgesichtspunkt nachweisbar ist, disqualifiziert sich als *normgelöste* subjektive 'Wertung' oder 'Abwägung'. Die Frage nach dem 'Sinn und Zweck' der zu konkretisierenden Norm bildet jedoch eine unterscheidbare und damit selbstständige Fragestellung bei jeder Arbeit mit grammatischen, historischen und systematischen sowie mit den über die Canones hinaus entwickelten Elementen der Konkretisierung. In deren Rahmen und durch sie kontrolliert kann das Argument aus dem 'Telos' der (in der Regel noch nicht abschließend erarbeiteten) Vorschrift brauchbare zusätzliche Hilfsgesichtspunkte bieten.¹³⁷

Die Herleitung des Zwecks entscheidet über die Einordnung des teleologischen Arguments. Wird er aus Wortlaut oder Systematik abgeleitet, spricht man von der objektiv teleologischen Auslegung. Wird der Zweck aus den Materialien bezogen, heißt die Methode subjektiv teleologische Interpretation.

c) Chancen und Risiken teleologischer Auslegung Die teleologische Auslegung nach dem Regelungszweck gewinnt besonders dort an Bedeutung, wo die Rechtsordnung gewissermaßen im Fluss ist. Das ist beispielsweise im Europarecht der Fall. Entsprechend argumentiert der EuGH in seiner Rechtsprechung auffallend häufig teleologisch. Das betrifft vor allem die Abstützung der grammatischen Auslegung, bei der das Gericht das Problem einer in sich divergenten Mehrsprachigkeit von Recht zu bewältigen hat und überhaupt erst einmal über eine authentische Fassung von Normtexten entscheiden muss. Teleologische Auslegung ist aber auch dort besonders gefordert, wo die etablierte Rechtsordnung durch vollkommen neuartige Entwicklungen in der Welt herausgefordert wird.

Aus der Grundstruktur der teleologischen Auslegung ergibt sich auch das besondere Problem mit ihr. Auch sie führt keineswegs zur Sicherheit, sondern erbringt eine konfligierende Vielfalt von Ergebnissen. Dies gilt auch für die objektive Teleologie dort, wo der Normtext explizit eine Zweckbestimmung zum Ausdruck bringt. Die teleologische Auslegung kann nie den festgefühten Bahnen der Kausalität folgen. Das ergibt sich schon daraus, „dass historische Prozess und damit alles menschliche Handeln nicht objektiv bestimmt sind, sondern ins Reich der Möglichkeiten fallen, d.h. immer auch anders ausfallen können als im konkreten Fall.“¹³⁸ Zum zweiten ist die teleologische Auslegung einer prinzipiellen Unbestimmtheit in Bezug auf das mit ihr verfolgte Ziel ausgesetzt. Man kann sich angesichts der vielen divergierenden Zielsetzungen, die sich in einer pluralistischen und zudem hochdifferenzierten Gesellschaft mit der einen Norm verfolgen lassen, nicht ihrer Wirkungen sicher über den Zweck sein. Die

¹³⁷FRIEDRICH MÜLLER / RALPH CHRISTENSEN, *Juristische Methodik*. 9. Aufl., Berlin 2004, Rn. 364.

¹³⁸PHILIPPE MASTORNARDI, Gesetzgebungsstrategie bei Unsicherheit: Umgang mit unbestimmten Zielen und Wirkungen, in: *Gesetzgebung heute* (1998) 2/3, 69 ff., 69.

Kunst der teleologischen Auslegung ist es, methodisch nachvollziehbar mit ihrer eigenen doppelten Kontingenz fertig zu werden und sie nicht durch das päpstliche Werturteil zu überspielen.

Umkehrschluß als Respektierung des Gesetzgebers

Aufgabe des Umkehrschlusses ist es nachzuweisen, dass „von einer Rechtsvorschrift nur der von ihr ausdrücklich erwähnte Tatbestand erfasst ist.“¹³⁹ Im Gegensatz zu einer semantischen Vervielfachung des Regelungsumfangs durch den Analogieschluss geht es beim Umkehrschluss um Verknappung. Er ist im wahrsten Sinne des Wortes ein Ausschluss. Mit dem Umkehrschluss lehnt man eine Analogie ab. Er ist in einem demokratischen Rechtsstaat die naheliegende und nicht der Begründung bedürftige Lesart. Erst die Analogie bedarf einer besonderen Begründung.

Analogieschluß und Begründung einer Lücke

Die Möglichkeit eines Analogieschlusses besteht, wenn eine so genannte Lücke im Gesetz vorliegt. Dabei ist der herkömmliche Begriff der Lücke äußerst unklar. Um diesen Begriff rechtsstaatlich präzise handhaben zu können, sind zwei Voraussetzungen zu unterscheiden: Erstens muss man, um eine Lücke im Gesetz annehmen zu können, ein Regelungsziel angeben. Zweitens muss man feststellen, dass das Gesetz diesem Regelungsziel nicht genügt.

a) Begründung der Lücke Das vorausgesetzte Regelungsziel bedarf einer Begründung. Ohne eine solche Begründung ist davon auszugehen, dass das Gesetz eine abschließende Regelung darstellt und das fragliche Ziel eben gerade nicht enthält. Im Strafrecht ist dies durch Art. 103 Abs. 2 GG vorgegeben. Eine darüber hinausgehende Argumentation ist dort nicht mehr möglich. Das StGB ist abschließend. In anderen Rechtsgebieten besteht dieses Verbot nicht. So dass die regelmäßig anzunehmende Lesart, das Gesetz sei eine abschließende Regelung, mit entsprechenden Argumenten widerlegt werden kann.

Als Argument gegen die vorrangige Lesart abschließender Regelung genügt nicht jede Begründung. Die rechtspolitischen Wunschvorstellungen eines Richters, Gutachters oder Rechtsunterworfenen können dem vom demokratisch legitimierten Gesetzgeber geschaffenen Text nicht entgegengehalten werden: Denn die Annahme einer Lücke ist „keine Aussage über einen Gegenstand und seine Defektheit, sondern ein Werturteil über die Regelungsbedürftigkeit und -möglichkeit (...)“¹⁴⁰. Rechtspolitik genügt als Begründung nicht.

Ein Zuviel an Begründung liegt demgegenüber vor, wenn das Fehlen einer Regelung im Wege einer Gesamtanalogie begründet wird unter Bezug auf die

¹³⁹MICHAEL POTACS, *Auslegung im öffentlichen Recht*. Baden-Baden 1994, 157.

¹⁴⁰Vgl. JOSEF ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtswissenschaft*. Frankfurt am Main 1972, 177 ff., 179; HELMUT COING, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*. Berlin / New York 1993, 281 ff.

Rechtsordnung als Ganzes, die Rechtsidee oder die Gerechtigkeit. Die Rechtsordnung als Ganzes oder die Gerechtigkeit sind als holistische Größen gerade nicht handhabbar. Auch wenn entschlossene Juristen immer wieder abgesunkene Philosopheme wie den Neuhegelianismus, Neukantianismus oder bestimmte Lesarten der Diskurstheorie bemühen, vermag das nichts an dem Umstand zu ändern, dass Rechtsidee oder Gerechtigkeit als formulierbare Größen nicht zentral oder als zentrale Größen nicht formulierbar sind. Damit schlägt die Scheinobjektivität eines Bezugs auf das Ganze in subjektive Willkür um. Zwei Strategien zur Begründung einer Lücke sind allerdings legitim: Einmal die Ableitung der Lücke aus der Entstehungsgeschichte. Dabei wird über genetisches und evtl. historisches Element ein bestimmter Plan des Gesetzgebers nachgewiesen, welcher im Text nur unvollständig realisiert ist. Dann liegt eine so genannte planwidrige Lücke vor. Daneben gibt es noch die so genannte Wertungslücke. Dabei wird eine höherrangige Norm oder ein höherrangiger Normenkomplex zur Begründung der Lücke herangezogen. Beide Strategien haben allerdings auch Probleme. Die planwidrige Lücke setzt zum einen den Plan voraus. Diesen kann man mit Hilfe der Regierungsbegründung oder der Debatte in Ausschüssen oder Plenum des Parlaments begründen. Die entscheidende Engstelle ist aber der Nachweis, dass dieser Plan aus einem Fehler des Gesetzgebers heraus nur unvollständig realisiert wurde. Dieser Nachweis bedarf des Einsatzes aller Konkretisierungselemente und dürfte nur extrem selten zu führen sein.

Die Wertungslücke setzt demgegenüber die Konkretisierung einer höherrangigen Vorschrift voraus und zusätzlich den Nachweis, dass auf der darunter liegenden Ebene das gerade gewonnene Normprogramm der höherrangigen Vorschrift nur unvollständig realisiert ist. Aber selbst wenn diese Argumentationssequenz gelingt, stellen sich noch weitere normative Probleme. Diese ergeben sich aus dem Grundsatz der funktionellen Gewaltenteilung. Denn der Richter ist nicht befugt, an Stelle des demokratisch legitimierten Gesetzgebers die Verfassung zu Normtexten zu konkretisieren. Daher erscheint im Hinblick auf Gewaltenteilung und Gesetzesvorbehalt in diesem Bereich nur eine Analogie zu Gunsten des Bürgers denkbar. Nicht aber eine Analogie zu Lasten des Bürgers.

b) Die Reichweite der Lücke Wenn die Begründung des Regelungsziels gelungen ist, muss festgestellt werden, inwieweit dieses Regelungsziel im Gesetz realisiert ist. Hier liegen die größten Schwierigkeiten in der von der herkömmlichen Jurisprudenz gepflegten Sprachtheorie und Rechtsnormtheorie. Wenn man mit dem klassischen Gesetzespositivismus das Gesetz als anwendbaren Befehl versteht, hat man immer, wenn dies nicht möglich ist, eine Lücke. Die Rechtsordnung bestünde dann fast nur noch aus Lücken. Denn das Gesetz ist praktisch nie ein anwendbarer Befehl. Der Bereich der Lücken bleibt fast genauso groß, wenn man mit der herkömmlichen Auslegungslehre das Gesetz als dem Fall vorgeordnete normative Substanz versteht. Eine solche normative Substanz stellt sich bei genauer Betrachtung immer als Projektion heraus, so dass man Lücken nur vermeiden kann, wenn man genaue Betrachtungen des Gesetzes vermeidet. Erst wenn man den Normtext als Eingangsdatum für die *lege artis*

herzustellende Rechtsnorm begreift, lässt sich der aktive Anteil des Richters an der Entscheidung innerhalb der Gesetzbindung begreifen. Damit kann die Überforderung des Gesetzes und die grenzenlose Expansion des Lückenbegriffs überwunden werden.

Man stößt dann allerdings auf ein zweites Erkenntnishindernis¹⁴¹ in der juristischen Sprachtheorie. Juristen machen in ihrem Zugriff auf die Sprachwissenschaft aus dem linguistischen Begriff der Regel eine gesetzestheoretische Norm, welche eindeutig zu entscheiden erlaubt, ob ein Sprachgebrauch legitim ist oder nicht.¹⁴² Wenn die Regel dies nicht erlaubt, im Bereich von Vagheit, Mehrdeutigkeit usw., muss dann mit Prinzipien gearbeitet werden. Wenn die Sprachregel so aufzufassen wäre, gäbe es bei der sprachlichen Konstitution der Rechtsnorm wiederum nur Lücken. Tatsächlich sind aber Sprachregeln eher so beschaffen, wie die von den Juristen erfundenen Prinzipien. Das heißt, sie sind nur vorläufige Zwischenschritte bei der Interpretation und bedürfen einer genauen Abgrenzung und Abstufung im Verhältnis zu anderen Sprachregeln. Erst wenn man neben der herkömmlichen Rechtsnormtheorie auch noch die beschränkte juristische Sicht der Sprache aufgibt, kann man die Leistung des Gesetzes realistisch einschätzen und die Restgröße der Lücke präzise bestimmen.

c) Beispiele für den Analogieschluss Das häufigste Risiko des Analogieschlusses ist eine Gesamtanalogie, welche mit holistischen Größen argumentiert.

Ein aktuelles Beispiel für diese Problematik ist die Auseinandersetzung zwischen dem OVG Münster und dem Bundesverfassungsgericht über die Möglichkeit des Verbots von neonazistischen Demonstrationen nach 15 VersG im Hinblick auf das Merkmal der öffentlichen Ordnung. Das OVG Münster geht davon aus, dass das Grundgesetz eine antinationalsozialistische Grundordnung sei, die entsprechende Meinungsinhalte von vornherein ausschließe und sieht deswegen eine Grundlage für entsprechende Verbote. Demgegenüber nimmt das Bundesverfassungsgericht an, dass die Justiz sich auch gegenüber neonazistischen Versammlungen meinungsneutral verhalten müsse. In der versammlungsrechtlichen Literatur¹⁴³ wird das Vorgehen des OVG Münster als Rechtsfortbildung gesehen. Das Versammlungsgesetz weise eine Lücke auf, wenn es nicht erlaube, neonazistische Versammlungen wegen ihres Meinungsinhalts zu verbieten. Diese Lücke soll durch eine Erweiterung des Begriffs der öffentlichen Ordnung geschlossen werden. Danach soll der Begriff der öffentlichen Ordnung in 15 VersG nicht einfach auf moralische Vorstellungen in der Bevölkerung verweisen, sondern diese moralischen Vorstellungen seien eben auch geprägt von den elementaren Schutzgütern der Verfassung: „Vielmehr kennzeichnet die öffentliche Ordnung den Grundkonsens,

¹⁴¹Vgl. zu diesem Begriff GASTON BACHELARD, *Le matérialisme rationnel*. Paris 1972, 4 ff.

¹⁴²Vgl. dazu ROBERT ALEXY, Die logische Analyse juristischer Entscheidungen, in: DERS. / HANS-JOACHIM KOCH / LOTHAR KUHLEN / HELMUT RÜSSMANN, (Hrsg.) *Elemente einer juristischen Begründungslehre*. Baden-Baden 2003, 9 ff., 16 f.; DERS., Rechtsregeln und Rechtsprinzipien, in: ebd., 217 ff.

¹⁴³Vgl. dazu ULRICH BATTIS / KAI GRIGOLEIT, Neue Herausforderungen für das Versammlungsrecht?, in: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* (2001), 121 ff.

der sich in der Rechtsordnung als Summe des positiven Rechts niedergeschlagen hat, ohne dass diese deshalb im Einzelfall einschlägige, handhabbare Tatbestände zur Verfügung stellen könnte. Die gegenüber der Integrität dieser Rechtsordnung subsidiäre Funktion der öffentlichen Ordnung fängt damit Lücken auf, die allgemeinen oder bereits spezifischen besonderen Implikationen der Rechtssetzung geschuldet sind. Dem juristischen Analogieschluss ähnlich erlaubt sie den Ordnungsbehörden unter Wahrung des Gesetzesvorbehalts, die freiheitsschützenden und freiheitsbegrenzenden Linien der Rechtsordnung auszuzeichnen.¹⁴⁴ Damit können neonazistische Versammlungen, wenn sie gegen den „Grundkonsens“ der Verfassung verstoßen, nach 15 VersG verboten werden. Inhalte der Verfassung werden damit zentriert zu einem Grundkonsens, welcher dann Orientierung für eine Rechtsfortbildung durch die Gerichte liefern soll: „Auf ihn soll sich die öffentliche Ordnung als Verweisungsbegriff beziehen. Aber was ist der normative Inhalt des Grundkonsenses und wie lässt sich dessen Inhalt methodisch bestimmen? Einzelne Normen wie Art. 26, Art. 139 GG und Eingriffstatbestände kann man in Gesetzestexten ausfindig machen. Welche Erkenntnismittel stehen aber zur Bestimmung des Grundkonsenses zur Verfügung? Welcher Grundkonsens der positiven Rechtsordnung mit Blick auf Nazismus und Neonazismus zu Grunde liegt, das wird man sich nur aus der positiven Rechtsordnung selbst und ihrer Einzelstatbestände erschließen können. Ein anderes Erkenntnismittel ist nicht ersichtlich, denn außer den Einzelstatbeständen hat sich nichts ‚niedergeschlagen‘ oder ‚manifestiert‘. An den einzelnen Tatbeständen der positiven Rechtsordnung kann man erkennen, wie weit der antinazistische Grundkonsens wirklich gereicht hat. Die Debatte im Bundestag über die Strafbarkeit der so genannten Auschwitz-Lüge ist ein Lehrstück über den wahren Grundkonsens – mehr war nicht möglich. Deshalb ist es methodisch unzulässig, den ‚Grundkonsens‘ bzw. die ‚Summe der Rechtsordnung‘ gegen die Einzelstatbestände der positiven Rechtsordnung auszuspielen.“¹⁴⁵

Ein weiteres Beispiel für eine unzulässige Gesamtanalogie ist der Versuch für gewisse Extremfälle die Möglichkeit polizeilicher Folter zu legitimieren. Dann müsste aber in Bezug auf die Folter eine Regelungslücke im Polizeigesetz bestehen: „Zweifellos liegt keine Formulierungslücke vor. Darunter ist das Fehlen einer gesetzlichen Regelung zu verstehen an einem Ort und in Bezug auf eine Frage, wo nach dem gesetzlichen Plan eine Regelung zu erwarten ist. Eine Formulierungslücke schließt § 35 BwPolG sicher aus: Zwang bei Vernehmungen ist ausnahmslos verboten. Doch es könnte eine Wertungslücke vorliegen. Das Gesetz regelt ein bestimmtes Problem, tut dies aber auf eine Art und Weise, die unvernünftig und ungerecht ist.“¹⁴⁶

Hier eine Wertungslücke anzunehmen ist vollkommen unhaltbar. Eine solche Lücke entsteht nicht durch Berufung auf Vernunft oder Gerechtigkeit. Denn

¹⁴⁴Vgl. dazu ebd., 128.

¹⁴⁵Vgl. dazu ULLI RÜHL, „Öffentliche Ordnung“ als sonderrechtlicher Verbotstatbestand gegen Neonazis im Versammlungsrecht?, in: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* (2003), 531 ff., 537.

¹⁴⁶WINFRIED BRUGGER, Würde gegen Würde, in: *VBW* (1995), 446 ff., 448 f.

diese taugen nicht als Deduktionsgrundlage für Einzelentscheidungen. Vernunft und Gerechtigkeit sind wichtige Ziele für die Arbeit der Gerichte und die Rechtskultur als Ganze. Aber der einzelne Jurist kann sie weder handhaben noch definieren. Deswegen ist eine Wertungslücke nur anzunehmen wenn eine höherstufige Norm an der entsprechenden Stelle eine Regelung fordert und diese fehlt. Im Gegenteil verbieten alle höherstufigen Rechtsquellen, von der Verfassung über das Europarecht bis zum Völkerrecht das Foltern eindeutig. Das Fehlen einer einfachgesetzlichen Regelung über das Foltern im Polizeigesetz ist damit gerade keine Lücke, sondern eine abschließende Regelung. Dies bestätigt auch der Verweis in § 10 Abs. 4 PolG auf § 136a StPO.

Ein gelungener Analogieschluss ist die Entscheidung, ob bei geheimhaltungsbedürftigen Unterlagen eine Beweisverwertung nur durch das Gericht in Betracht kommt, ohne dass den übrigen Verfahrensbeteiligten Kenntnis und Einsicht gewährt wird.¹⁴⁷ Alternative wäre eine Entscheidung nach Beweislastgrundsätzen. Dies führt allerdings dann zum Nachteil, wenn sich die nicht beweisbelastete Partei auf den Geheimnisschutz beruft. In diesem Fall wäre die Klage nach allgemeinen Grundsätzen daher abzuweisen. Nach einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu § 99 VwGO alter Fassung gibt es hier allerdings eine Alternative: „Ein In-Camera-Verfahren ist danach zulässig, wenn hierdurch die Rechtsschutzposition der beweisbelasteten Partei allenfalls verbessert werden kann. Dieser Grundgedanke ist nicht auf Auskunftsklagen gegen den öffentlich-rechtlichen Dienstherrn beschränkt. Er gilt grundsätzlich auch für Klageverfahren in der Hauptsache. Jedenfalls in diesen Fällen ist damit das In-Camera-Verfahren auch im Hauptsacheverfahren die verfassungsrechtlich vorzugswürdige und gebotene Lösung. Es wahrt den Geheimnisschutz für die beweisbelastete Partei. Gleichzeitig ermöglicht es die vollständige Kontrolle der tatsächlichen Grundlagen der Entscheidung durch das Gericht und ist daher gemessen am Gebot effektiven Rechtsschutzes immer noch die bessere Lösung. Es bleibt allein die Beschränkung des rechtlichen Gehörs des Beteiligten, der die geheimzuhaltenden Unterlagen nicht kennt und nicht kennen darf. Diese Beschränkung ist sachlich gerechtfertigt und damit hinzunehmen, da dies seine Rechtsschutzposition gegenüber der Alternative der Beweislastentscheidung allenfalls verbessert, jedenfalls nicht verschlechtert.“¹⁴⁸

Größenschluß und quantitative Verschiedenheit

Im Größenschluss wird von der Möglichkeit eines weitergehenden Eingriffs auf die Zulässigkeit eines geringfügigeren Eingriffs geschlossen. Dieser Schluss wird gemeinhin formuliert als *argumentum a maiore ad minus* oder auch *maius minus continet*.

Als Beispiel wäre an eine Norm zu denken, die im Bereich der Ausführung der Bundesgesetze durch die Länder nach Artikel 84 GG die Erteilung einer

¹⁴⁷Vgl. dazu BVerfG, S. 101, 106 ff.

¹⁴⁸THOMAS MAYEN, Verwertbarkeit von geheimgehaltenen Verwaltungsvorgängen im gerichtlichen Verfahren?, in: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* (2003), 537 ff., 542.

Genehmigung durch die Landesbehörde von der Zustimmung eines Bundesministers abhängig macht. In der Literatur wird vertreten, dass eine solche Regelung über einen Größenschluss aus Artikel 84 V GG gerechtfertigt werden könnte. Denn Artikel 84 V GG lässt eine Weisung durch den Bundesminister an die Landesbehörden zu. Bei der Weisung liegt die ganze Verantwortung bei dem anweisenden Bundesminister. Dem Land kann mit einer Weisung also die ganze Verantwortung zu 100 % entzogen werden. Daraus könnte man nun schließen, dass damit auch gerechtfertigt wäre, dem Land nur 50 % der Verantwortung zu entziehen, indem zu der Genehmigung durch die Landesbehörde eine Zustimmung des Ministers tritt. Dann könnte man vom Größeren, nämlich 100 %, auf das Kleinere, also 50 % schließen.

Allerdings überbrückt der Größenschluss nur eine rein quantitative Verschiedenheit bei einem qualitativ gleichen Eingriff. Qualitative Unterschiede im Eingriff können damit nicht überwunden werden. Daran scheitert der Größenschluss im vorliegenden Fall. Denn Artikel 84 V GG erlaubt die Weisung nur für einzelne Fälle, nicht als Behelfsmittel der laufenden Verwaltung. Unsere Norm sieht die Zustimmung jedoch in jedem einzelnen Fall vor und bringt damit einen qualitativen Unterschied ins Spiel, an dem der Größenschluss scheitert.

Eine weitere problematische Verwendungsweise des Größenschlusses liegt bei der Diskussion um die Folter bei polizeilicher Befragung vor: Wenn sogar die polizeiliche Tötung eines Bürgers erlaubt sei, dann erst recht seine Folterung.¹⁴⁹ Der Schluss vom Größeren auf das darin enthaltene Kleinere ist aber nur möglich, wenn es sich wirklich um eine rein quantitative Verschiedenheit handelt. Qualitative Differenzen können mit dem Größenschluss aber nicht überbrückt werden. Die Folter ist aber kein Minus zur Tötung, was man schon daran erkennen kann, dass manche Menschen bereit sind, zur Verteidigung ihrer Würde ihr Leben aufs Spiel zu setzen.

Reduktion als semantische Verknappung

Die Etymologie hilft bereits auf den entscheidenden Sprung. Man braucht sich nur an das lateinische „re-ducere“ als einem „Zurückbringen“ oder „Zurückführen“ zu erinnern. Damit ist von vornherein klar, dass es sich bei der Reduktion um eine einengende Argumentation handelt im Unterschied etwa zu den ergänzenden und erweiternden Argumentationsformen der Analogie und des Größenschlusses. Die sind eben „pro-ductiv“. Das heißt, sie entlocken dem Normtext ein weitergehenderen Sinn, wie ein schneller Blick in den „Kleinen Stowasser“ lehrt.

Die Reduktion produziert nicht. Sie verbraucht einen möglichen Sinn, ähnlich wie im Grunde auch der Umkehrschluss. Der Umkehrschluss schneidet aber von vornherein eine mögliche Semantisierung des Normtextes ab. Man könnte ihn gewissermaßen als eine aus dem Schweigen der Vorschrift geborene Desemantisierung betrachten. Die Reduktion ist eher eine aus der Fülle der Auslegungsmöglichkeiten, geborene Resemantisierung. Bei einer Reduktion wird

¹⁴⁹WINFRIED BRUGGER, Würde gegen Würde, in: *VBIBW* (1995), 446 ff., 447

auf Grund sonstiger Kriterien ein engerer Sinngehalt angenommen, als er der sprachlichen Plausibilität der betreffenden Rechtsvorschrift nach zum Ausdruck kommt. In diesem Sinn kann man sagen, dass durch Reduktion die sprachliche Plausibilität einer Bestimmung nach Maßgabe sonstiger Kriterien eingeengt wird. Die Reduktion dient dazu, einem Überschwang an möglicher Bedeutungsproduktion einen Riegel vorzuschieben. Ähnlich wie beim Umkehrschluss geht es darum, gegen ein Ausschöpfen sprachlicher Möglichkeiten spezifische juristische Kontexte zur Geltung zu bringen. Wenn man im Rahmen der grammatischen Auslegung in einem guten Lexikon nachschlägt, findet man sehr viele Beispiele, von denen einige in juristische Kontexte nicht passen. Die Begründung dafür liefert der Reduktionsschluss. Er muss sich dabei zur Einschränkung der Möglichkeit grammatischer Auslegung auf die Systematik des Gesetzes beziehen oder auf den mit Hilfe der Systematik begründeten Zweck. Nur dann erfolgt die Reduktion *lege artis*.

Konformauslegung als Normenkontrolle

Die verfassungskonforme Auslegung ist keine Auslegungsmethode. Sie ist eine Vorzugsregel zwischen verschiedenen mit den üblichen Methoden erarbeiteten Ergebnissen. Daraus folgt, dass sie selbst methodenkonform verwendet werden muss. Sie kommt erst dann zum Einsatz, wenn die normalen Methoden zu mehreren gleichrangigen Ergebnissen führen. Damit verbindet die verfassungskonforme Auslegung Normauslegung und Normenkontrolle.

Zugleich ergeben sich daraus ihre Grenzen. Die verfassungskonforme Auslegung darf keinesfalls zum Vehikel dafür werden, dass Richter und Gesetzgeber heimlich ihre Plätze tauschen. Ihre Grenzen ergeben sich aus dem geltenden Rechten, an erster Stelle aus der Funktionsverteilung zwischen Gericht und Gesetzgeber. Das heißt konkret, dass die als Ergebnis einer verfassungskonformen Auslegung erarbeitete Verständnis keinesfalls auf eine Korrektur des vom Gesetzgeber geschaffenen Normtextes hinauslaufen darf.

In einem Normtext mit mindestens zwei Lesarten. Eine verstößt gegen die Verfassung, die andere nicht. Der Grundsatz verfassungskonformer Auslegung fordert nun die Lesart auszuwählen, die mit der Verfassung in Einklang steht. Allerdings nur, wenn der umfassend konkretisierte Wortlaut diese Lesart noch zulässt. Sonst würde man gegen die funktionelle Gewaltenteilung verstoßen und dem Gesetzgeber einen Normtext unterschieben, den er gar nicht gemacht hat.¹⁵⁰

¹⁵⁰Dieser Zusammenhang gilt natürlich auch für die gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung, vgl. dazu MARC AMSTUTZ, Zwischenwelten zur Emergenz einer interlegalen Rechtsmethodik im europäischen Privatrecht, in: GUNTHER TEUBNER / CHRISTIAN JOERGES (Hrsg.), *Rechtsverfassungsrecht*. Baden-Baden 2003, 213 ff.

III. Normbereich oder die strukturelle Kopplung des Rechts mit der Wissenschaft

Ein weiterer Kontext für die Entscheidung ist die Wirklichkeit. Aber weil keiner einen privilegierten Zugang zur Realität hat, formuliert man besser: die Nachbarwissenschaften wie Soziologie, Psychologie, Ökonomie usw. Der Name für diesen Kontextlieferanten wechselt. Früher sprach man von der Natur der Sache oder von natürlichen Ordnungen. Das Bundesverfassungsgericht spricht neuerdings von Normbereichselementen.

1. Sprache und Wirklichkeit

Die Sprache gibt in einem realistisch genommenen Sinne keine „Repräsentation“, kein Abbild der Wirklichkeit her und schon gar nicht ein eindeutiges. Wirklichkeit wird vielmehr in Sprache und als solche von Sprache präsentiert um entsprechend be- und verhandelt zu werden.

Das macht auch jenes Beispiel deutlich, das Wittgenstein inspirierte, die Skizze eines Autounfalls. Diese gibt zwar in gewisser Weise ein Bild des Geschehens. Es ist in einem strengen Sinne jedoch keine bloße Reproduktion der Welt. Die Skizze trägt nicht unmittelbar Eigenschaften des Geschehens. Sie hat in diesem Sinne auch nicht die Welt zum Gegenstand. Vielmehr handelt es sich hier um ein Bild, das man sich von der Welt macht, um sich anhand dessen auf das fragliche Geschehen als einem ihrer Fälle zu beziehen. Und die „Eigenschaften“ sind solche, die man selbst dem fraglichen Geschehen zuschreibt, um deutlich machen zu können, wovon dabei die Rede ist. All dies bestimmt sich von dem Zweck her, das Verhalten der Beteiligten zu beurteilen. Von daher interessieren nur dafür relevante Umstände. Dies bestimmt die Art von Bild, das man zeichnet. Wirklichkeit und „Sprache“ kommen so in der Strukturierung eines Falls von Welt überein, die vom Zweck einer Entscheidung über Tatsachen her zugeschrieben wird. Sie kommen aber nicht darin überein, dass das eine ein Abbild des anderen als Ding wäre, dieses unmittelbar „repräsentieren“ würde.

2. Referieren als Handlung

Es ist also nicht die Sprache, die sich auf die Wirklichkeit bezieht. Es sind die Sprecher. Sie legen sich jeweils im Akt der Bezugnahme auf eine Referenz fest. Verständlich machen können sie sich damit, indem dies in einer in der Sprechergemeinschaft akzeptierten Weise tun. Das heißt, dass sie sich an die durch die Gebrauchsgeschichte des betreffenden Ausdrucks fixierte Referenz halten. Referieren ist ein durch und durch „sozialer Vorgang (..)“ d.h. die jeweilige Bezugnahme eines sprachlichen Ausdrucks kann nicht im Sinne einer abstrakten Extension des Bedeutungsbegriffs gewonnen werden, sondern diese erfolgt sprecherabhängig.¹⁵¹ Zwingend ist die jeweilige Bezugnahme mit einem

¹⁵¹BERND JEAND'HEUR, Sprachliches Referenzverhalten bei der juristischen Entscheidungstätigkeit. Berlin 1989, 140.

bestimmten Ausdruck dann nur insofern, als die jeweilige Sprechergemeinschaft darauf mit den normativen Praktiken der Zurechtweisung und Korrektur reagiert.

Sachverhalte, ob sie bestehen oder nicht, "sind immer Sachverhalte eines Spiels."¹⁵² Zu diesen Spielen, zu unserer Lebensform, gehört aber die Bestellung von Autoritäten in Sachen Welt, den „Experten“. Ihnen obliegt die Generierung und Pflege eines maßgeblichen Wissens darum, wie es sich tatsächlich verhält. „Jede Sprachgemeinschaft weist (eine) Art von sprachlicher Arbeitsteilung auf, dass heißt, sie verwendet wenigstens einige Ausdrücke auf, für die gilt: Die mit diesen Ausdrücken verknüpften Kriterien kennt jeweils nur eine Teilmenge aller Sprecher, die diesen Ausdruck beherrschen, und ihre Verwendung durch andere Sprecher beruht auf einer spezifischen Kooperation zwischen diesen und den Sprechern aus den jeweiligen Teilmengen.“ Letztere sind von daher auch die relevante Berufungsinstanz für jene Zweifels- und Konfliktfälle, mit denen es Juristen zu tun haben. In solchen Fällen werden „sich die anderen Sprecher auf das Urteil dieser sachkundigen Sprecher verlassen. Die Identifizierungsmethode, über die diese sachkundigen Sprecher verfügen, steht also auch dem gesamten Sprachkollektiv zu Gebote, selbst wenn nicht jedes einzelne Glied dieses Kollektivs über sie verfügt; auf diese Weise kann noch die ausgefallenste Wahrheit (...) Teil der sozialen Bedeutung werden und gleichzeitig fast allen Sprechern, die (ein) Wort beherrschen, unbekannt sein.“¹⁵³

Juristen sind von Berufs wegen Experten in Sachen autoritativ sanktionsbewehrter Ordnungen und für Entscheidungen über deren Einhaltung. Experten in Sachen Wirklichkeit sind sie indes nicht. Da sie dennoch über die tatsächlichen Verhältnisse zu entscheiden haben, sind sie dafür auf die entsprechenden Experten angewiesen. Das Referenzproblem wird damit zur Schnittstelle zu den thematisch angesprochenen Wissenschaften, mit denen sich der Jurist für seine Festlegung des Bezugs zu verlinken hat. Zwar hat er die so zu gewinnenden Erkenntnisse dem Zweck seiner Arbeit zu unterwerfen und sie für sich zu gewichten. Ihm kommt aber dabei gerade nicht die Rolle eines Richters über die Wahrheiten der Welt zu. Vielmehr „erfordert Normbereichsanalyse (...) eine Zusammenarbeit, welche die nichtjuristischen Beteiligten nicht an ihnen fremde normative Fragestellungen ketten, sondern vielmehr die methodische und politische Verantwortung für das Ganze der rechtlichen Entscheidungsvorgänge bei den normkonkretisierenden Juristen belassen soll.“¹⁵⁴ In der Verarbeitung der Leistung anderer Systeme für das Recht entsprechend seiner Eigenlogik steckt das, was Luhmann strukturelle Kopplung nennt.¹⁵⁵

¹⁵²BRUNO STRECKER, *Beweisen. Eine praktisch semantische Untersuchung*. Tübingen 1976, 93.

¹⁵³HILARY PUTNAM, *Die Bedeutung von „Bedeutung“*. Frankfurt am Main 1990, 38.

¹⁵⁴FRIEDRICH MÜLLER / RALPH CHRISTENSEN, *Juristische Methodik*. 9. Auflage, Berlin 2004, Rn. 482.

¹⁵⁵Vgl. zu diesem Begriff NIKLAS LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main 1993, 266 f., 286 f. Vgl. als Beispiele für strukturelle Kopplung NIKLAS LUHMANN, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*. Frankfurt am Main 1998, 779. Vgl. auch FRANK BECKER / ELKE REINHARDT-BECKER, *Systemtheorie. Eine Einführung für die Geschichts- und Kulturwissenschaften*. Frankfurt am Main 2001, 65-67.

Zusammengenommen ergibt sich für das Verhältnis des Rechts zur Welt ein komplexes Wechselspiel. Weder besagt der Normtext allein schon alles, was in dem zu entscheidenden Sachverhalt juristisch von Belang ist. Noch hat es der Jurist mit den schlichten Gegebenheiten des Falls zu tun. Vielmehr sind Welt und Recht durch ein komplexes Band miteinander verbunden, das der Jurist im Einzelfall immer wieder erst zu knüpfen hat. Für die juristische Entscheidungstätigkeit sind „Recht“ „ und Wirklichkeit“ keine selbständig gegebenen Größen, die in einem lediglich äußeren Verhältnis zueinander stehen und erst nachträglich zueinander in Beziehung zu setzen wären. „Vielmehr bilden die Anordnung, das Normprogramm, und das dadurch Geordnete wirksame Momente der Normkonkretisierung von nur relativer Selbständigkeit.“¹⁵⁶ „Sache“ und „Norm“ der Entscheidung sind in Hinblick auf das Ergebnis der Arbeit daran gleichermaßen als Konstituens rechtlicher Normativität zu betrachten. Auf den Punkt gebracht lässt sich Recht daher als ein „sachbestimmtes Ordnungsmodell“ charakterisieren, „als verbindlicher Entwurf einer Teilordnung für die Rechtsgemeinschaft“.¹⁵⁷

3. Übergriffs- und Unterwerfungsfehler

Recht hat genuin mit Wirklichkeit zu tun und ist auf sie verwiesen. Der Charakter beispielsweise der europarechtlichen Leitbegriffe als Verweisungsbegriffe auf die soziale Wirklichkeit zeigt sich besonders deutlich bei den Grundfreiheiten, im Bereich der Kompetenzen und des Grundrechtskatalogs. Für die Rundfunkfreiheit sagt das Bundesverfassungsgericht: „Inhalt und Tragweite verfassungsrechtlicher Bestimmungen hängen (auch) von Ihrem Normbereich ab; ihre Bedeutung kann sich bei Veränderungen in diesem Bereich wandeln“.¹⁵⁸ Die technische Veränderung von drahtlosem Rundfunk mit begrenzten Frequenzen zum Breitbandkabel verändert den Inhalt der Rundfunkfreiheit: Man kann von der Innenpluralität öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten langsam zu einem Modell der Außenpluralität übergehen. Inhaltliche Vielfalt soll dann durch die Vielzahl der Anbieter hergestellt werden und nicht mehr durch öffentlich-rechtliche Rundfunkräte.

Das Recht ist als Sollensaussage auf die Formung der Realität bezogen. Man braucht, um die Tragweite einer Regelung einschätzen zu können, Informationen über die Wirklichkeit. Es geht hier um die Verknüpfung des rechtlichen Sprachspiels mit anderen Sprachspielen und mit Wissenschaften wie Ökonomie, Soziologie usw. Diese Verknüpfung muss man zunächst einmal erkennen. Sonst ist die juristische Argumentation unvollständig. Aber selbst wenn man sie erkennt, gibt es noch spezifische Fehlerrisiken. In jeder typischen Geisteswissenschaft sind die anderen Disziplinen mit Stellvertretern präsent. Es gibt eine Rechtsphilosophie, Rechtssoziologie, Rechtslinguistik usw. Ein Problem entsteht dann, wenn diese interne Repräsentation den Anschluss an den Stand der Kunst

¹⁵⁶ OLIVER PASSAVANT, Norm/Normativismus, in: NORBERT ACHTERNBERG (Hrsg.), *Ergänzbare Lexikon des Rechts*. Darmstadt / Neuwied 1986.

¹⁵⁷ OLIVER PASSAVANT, Norm/Normativismus, in: NORBERT ACHTERNBERG (Hrsg.), *Ergänzbare Lexikon des Rechts*. Darmstadt / Neuwied 1986.

¹⁵⁸ Vgl. dazu BVerfGE 74, 297 ff., 350. Dazu auch schon BVerfGE 73, 117 ff.

verliert und unter Niveau argumentiert. Ein Klassiker sind hier die Entscheidungen des BGH zum Wesen der Ehe. Ein Übergriffsfehler liegt also vor, wenn eine nötige Rückkopplung an die Fachwissenschaften unterbleibt und der Richter sich zum Soziologen, Linguisten usw. aufschwingt. Die Peinlichkeiten, die sich daraus ergeben, kann man beim verfassungsrechtlichen Kunstbegriff beobachten. Mit dem Übergriffsfehler wird die Festlegung auf einen Bezug des Normtextes zu blinder Deziision. Und der abstraktive Normativismus hält durch die Hintertür Einzug in die Entscheidung. Die Logik des Rechts bleibt erhalten, aber die Leistung anderer Systeme wird nicht integriert.¹⁵⁹

Sein Gegenstück hat der Übergriffsfehler im Unterwerfungsfehler. Zwar haben sich Juristen bei den Experten über die Kriterien einer nach Stand des gesellschaftlichen Wissens angemessene, haltbare und somit als begründet ausweisbare Referenzfixierung für den Normtext kundig zu machen. Juristen sind aber sind keine Forscher. Das dem Juristen obliegende Interesse an der Sache ist nicht das der Neugier, sondern das einer normativ wirksamen Entscheidung. Das heißt, „das Hervorheben einzelner Tatsachen und Strukturen aus dem Sachbereich als 'grundlegend' - im Sinn von normativ mitbegründend - erfolgt nicht nach empirischen Gesichtspunkten durch den Sozialwissenschaftler, sondern nach juristischen durch den Rechtsarbeiter, der für die Entscheidung des fraglichen Falles verantwortlich ist.“¹⁶⁰ Entzieht sich der Jurist dieser Verantwortung, so hält durch die Hintertür ein prinzipienlos opportunistischer Soziologismus Einzug in die Entscheidung. Rechtsarbeit verkommt so zu einer bloßen Politik des Falls. Hier verdrängt also die Leistung des Wissenschaftssystems die Logik des Rechts. Der Unterwerfungsfehler resultiert in der normativen Wendung einer faktischen Entwicklung. Tatsächliche Entwicklungen aber sind an das Normprogramm, als dem Ausdruck eines genuin rechtlichen Interesses an der Realität, rückzukoppeln und daran zu messen. Wenn das Normprogramm solche Entwicklungen gerade verbieten will, dann können sie natürlich nicht zur Bestimmung des Inhalts des fraglichen Normtextes herangezogen werden. Methodisch gewendet bedeutet dies, dass Normbereichsargumente beim Konflikt mit textbezogenen Konkretisierungselementen zurücktreten müssen. Sonst würde man das Recht jeder Tatsächlichkeit ausliefern und damit verraten.

Die strukturelle Kopplung des Rechts mit Leistungen des Wissenschaftssystems kann also nach zwei Seiten hin scheitern. Beim Übergriffsfehler wird die vom Wissenschaftssystem angebotene Leistung von eigenen Vorurteilen des Richters ersetzt. Beim Unterwerfungsfehler wird dagegen mit der juristischen Verant-

¹⁵⁹Vgl. zu diesen Diensten, die die Teilsysteme anderen Systemen zur Verfügung stellen: "Das politische System nutzt die Vorgaben der Wissenschaft, um mit ihrer Hilfe Entscheidungen zu treffen, das Wirtschaftssystem greift sie auf, wenn sie profitabel erscheinen – das Rechtssystem schließlich lässt sich durch Gutachten in Prozessen unterstützen (...). Für alle Systeme gilt, dass sie sich durch die Bereitstellung und Entgegennahme von Leistungen mit den jeweils anderen Systemen in einem ständigen Austauschprozess befinden." FRANK BECKER / ELKE REINHARDT-BECKER, *Systemtheorie. Eine Einführung für die Geschichts- und Kulturwissenschaften*. Frankfurt am Main 2001, 64.

¹⁶⁰FRIEDRICH MÜLLER / RALPH CHRISTENSEN, *Juristische Methodik*. 9. Auflage, Berlin 2004, Rn. 238.

wortlichkeit die Logik des Rechts geopfert.

IV. Dogmatische und rechtspolitische Argumente

Die Dogmatik ist ein Korb von Sätzen und bedarf der Qualifikation durch die juristische Methodik. Erst danach kann ihr Stellenwert fixiert werden. Rechtspolitische Argumente sind dagegen eine Residualkategorie für normgelöste politische Argumente.

Dogmatik bietet keine Sicherheit für richtiges Entscheiden. Sie ist keine den übrigen Mitteln der Rechtsverwirklichung überlegene Instanz, sondern eine Menge von Argumenten. Dogmatische Argumente bedürfen der Qualifikation durch die juristische Methodik: Handelt es sich um ein Argument aus dem Wortlaut, der Systematik usw., eine zusammengesetzte Schlussform, oder nur um normgelöste Theorieelemente bzw. rechtspolitische Auffassungen. Erst nachdem man die Meinung von der Person abgelöst hat, lässt sich ihr Stellenwert in der Argumentation bestimmen. Der so genannte Meinungsstreit wird dadurch nicht nur versachlicht, sondern auch rechtsstaatlichen Anforderungen unterworfen. Realistisch, und das heißt: linguistisch ausgedrückt, ist Dogmatik das Reservoir der sich zur Zeit durchsetzenden juristischen Bedeutungsfestsetzungen und Referenzfixierungen; also der Positionen zur Bedeutung und zur Art des Wirklichkeitsbezugs des „geltenden Rechts“ (der Gesamtmenge der in Kraft befindlichen Normtexte). Allgemeingültig verifizierbar sind auch die Argumente der Dogmatik nicht, wegen der Bedingungen von Sprachlichkeit und ihrer Eingebundenheit in Situation und menschliches Handeln nicht einmal die Normtexte. Eine derart überzogene Erwartung muß nicht nur von der strukturierenden, sondern von jeder Dogmatik enttäuscht werden. Vor allem bedeutet „strukturieren“ nicht. Konkretisierungselemente wie die dogmatischen oder andere bis in die Einzelheiten vorweg fixieren zu wollen; wegen der dargelegten, dem Vorgang der Konkretisierung wesentlichen Eigenschaft von Rechtsarbeit, fallgebunden zu sein, wäre das ein abwegiges Ziel. Es heißt dagegen: Gesichtspunkte zu entwerfen, von denen aus die Architektur einer Falllösung rational entwickelt werden kann, wodurch dann die sachlichen Einzelheiten Maßstab und Richtung erhalten. Vor allem heißt „strukturieren“, diese Operationen mit Mitteln durchzuführen, die verallgemeinerungsfähig sind. Dadurch werden die Vorgänge gleichheitlicher, als es sonst möglich wäre; und ferner im Dienst von Rechtsstaat und Demokratie besser nachprüfbar, weil in engere und genauere Einzelschritte zerlegt.

V. Gibt es eine Rangfolge juristischer Argumente?

Die herkömmliche methodische Lehre¹⁶¹ kann nicht zu einer Rangfolge juristischer Argumente kommen, weil es aus ihrer Sicht bei der Interpretation um die

¹⁶¹Vgl. dazu ARTUR KAUFMANN, *Gesetz und Recht*, in: DERS., *Rechtsphilosophie im Wandel*. Frankfurt am Main 1972, 131 ff., m. w. N.; GERHARD HASSOLD, *Strukturen der Gesetzesauslegung*, in: CLAUD-WILHELM CANARIS / UWE DIEDERICHSEN (Hrsg.), *Festschrift für Karl Larenz*. München 1983, 211 ff., 211 f.; KARL ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*. Stuttgart 1977, 235 f., Fn. 80;

einheitliche *Erkenntnis* einer im Text vorgegebenen Bedeutung geht. Die Mittel dieser Erkenntnis sind dann gleichrangig, denn Erkenntnisinstrumente ordnet man nicht nach Gewicht, sondern allenfalls nach Erfolg oder Mißerfolg. Bei einem Widerspruch zwischen den Ergebnissen verschiedener Konkretisierungselemente stellt sich dann nicht die Frage nach dem besseren Argument; sondern der Widerspruch wird in die Bedeutung hinein verlängert, die dann etwa als mehrdeutig oder inkonsistent gilt. Etwas anderes ergibt sich aber für die neue Sichtweise, die sich von der Fiktion des Ermitteln einer im Normtext vorgegebenen Bedeutung löst. Wenn die Bedeutung des Normtextes realiter in einem Argumentationsprozeß erst hergestellt wird, dann stellen sich die Fragen nach dem besseren Argument und nach der Rangfolge mit systematischer Notwendigkeit¹⁶².

1. Sind Vorrangregeln prinzipiell unmöglich?

Aus dem Scheitern einer überzeugenden Begründung von Vorrangregeln im Rahmen der Rechtserkenntnislehre wird teilweise gefolgert, Vorrangregeln seien prinzipiell unmöglich.¹⁶³ Es handle sich bei den Konzepten juristischer Methodik bloß um Handwerksregeln, denen schon im Hinblick auf ihre fehlende Einheitlichkeit eine Steuerungskraft nicht zukommen könne.

Das Charakterisieren juristischer Methodik als Handwerksregel¹⁶⁴ ist gewiß zutreffend. Aber daraus lässt sich kein Argument gegen Vorrangmodelle ableiten. Auch die wirklichen Handwerker sind es gewöhnt, jedenfalls unter dem Druck eines Architekten, Regeln und Präferenzen zu respektieren. Juristen müssen häufig das Einhalten von Regeln der Kunst in anderen Lebensbereichen über-

¹⁶²Vgl. als Nachweis der bisherigen Versuche zur Erarbeitung von Rangfolgekatalogen JOACHIM RAHLF, Die Rangfolge der klassischen juristischen Interpretationsmittel in der strafrechtswissenschaftlichen Auslegungslehre, in: EIKE V. SAVIGNY, u. a. *Juristische Dogmatik und Wissenschaftstheorie*. München 1976, 14 ff., 17 ff. (Bejahung), 22 f. (Leugnung), 23 f. (unklare Stellungnahmen). Auch auf der Ebene der Argumentationstheorie wurde die Forderung, Argumente zu gewichten, wiederaufgenommen: EIKE V. SAVIGNY, Die heterogene Basis als wissenschaftstheoretisch bedeutsames Merkmal der strafrechtsdogmatischen Argumentation, in: DERS. u. a., ebd., 161 ff., 162; CHRISTIAN CLEMENS, *Strukturen juristischer Argumentation*. Berlin 1977, 20; OTA WEINBERGER, Topik und Plausibilitätsargumentation, in: *ARSP* (1973), 17 ff., 24. Vgl. im übrigen FRIEDRICH MÜLLER / RALPH CHRISTENSEN, *Juristische Methodik*. 9. Auflage, Berlin 2004, Band I, Rn. 429 ff.

¹⁶³Vgl. zur Skepsis gegenüber einer Steuerung der Rechtspraxis durch Methodik: GÖRG HAVERKATE, *Gewißheitsverluste im juristischen Denken. Zur politischen Funktion der juristischen Methode*. Berlin 1977; ULRICH SCHEUNER, Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung, in: *VVDStRL* 34 (1975), 95 ff. Präzise Fragen bei GERD ROELLECKE, Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung, in: ebd., 7 ff., 42 mit einer als Paradoxon formulierten Schlußthese Nr. 22 sowie differenzierter Einschätzung der Bedeutung juristischer Methodik auf S. 38. Starke Relativierung der Bedeutung juristischer Methodik bei ROLF WANK, *Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung*. Berlin 1978, 77 und ff.

¹⁶⁴Vgl. NEVILLE BROWN / FRANCIS G. JACOBS, *The court of Justice of the European Communities*. 3. Aufl., London 1989, 276, 291, wo "science" der "judicial art" in der Arbeit des EuGH gegenübergestellt wird. Zur Methodenlehre als Handwerkslehre vgl. WOLFGANG FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*. Bd. I: Frühe und religiöse Rechte/Römischer Rechtskreis, Tübingen 1975, Vorwort IX; ROLF WANK, *Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung*. Berlin 1978, 78 ff.

prüfen. Bei denen ihrer eigenen Kunst¹⁶⁵ sind sie zwar, wie das Praktizieren des Rechtsbeugungsparagraphen und des gerichtlichen Willkürverbots zeigt, sehr vorsichtig. Beim Beurteilen anderer Berufsgruppen, wie etwa Medziner oder Architekten, können sie gelegentlich strenger werden. All das belegt jedenfalls, dass Kunstregeln durchaus bindend sind und auch Präferenzen kennen. Nur deswegen konnte Robert Brandom in seiner Semantik die normativen Maßstäbe gerade der alltäglichen Sprachspiele entfalten.¹⁶⁶

Das alte Einheitlichkeitsargument bestreitet die Möglichkeit einer Bindung der Rechtspraxis mittels juristischer Methodik unter Hinweis auf die Varianz von Theorien und Lehrmeinungen, die hier vertreten werden¹⁶⁷. Der Pluralismus methodischer Ansätze mache es der Justiz unmöglich, sich an methodischen Grundsätzen zu orientieren. Tatsächlich gibt es in der juristischen Methodik zahlreiche wissenschaftliche Ansätze. Doch dieser Pluralismus kann nicht als Schaden angesehen werden¹⁶⁸. Wie die neuere wissenschaftstheoretische Diskussion betont, ist eine Vielzahl miteinander konkurrierender Erkenntnis-Programme eine der wichtigsten Bedingungen für Fortschritt in der Sache und für die wechselseitige Kritik¹⁶⁹. Und die Justiz ist von Verfassungs wegen nicht verpflichtet, ein geschlossenes Gesamtkonzept der juristischen Methodik zu entwickeln oder zu vertreten. Sie genügt rechtsstaatlichen Anforderungen schon dann, wenn ihre Argumentation nachvollziehbare und kontrollierbare Strukturen aufweist¹⁷⁰. Nur so kann die Praxis auch auf neue Einsichten der juristischen Methodendiskussion reagieren und ihre eigenen Standards weiterentwickeln. Die Rechtsprechung lehnt es aus guten Gründen ab, sich zu einem einheitlichen methodischen Konzept im Sinn einer bestimmten Rechts- oder Wissenschaftstheorie zu bekennen. Auch ohne eine unterstellte einheitliche Konzeption ist in der Art und Weise, wie Kontexte praktisch herangezogen werden, eine gewisse Rangfolge der Argumente zu erkennen¹⁷¹. Diese Ansätze zu verallgemeinern und am Verfassungsrecht zu

¹⁶⁵Vgl. zu Jurisprudenz und Regeln der Kunst sowie dem Bezug zur Medizin: ROLF GRÖSCHNER, *Hippokratische techne und richterliche Kunst*, in: MICHAEL KILLIAN (Hrsg.), *Jurisprudenz zwischen techne und Kunst*. Tübingen 1987, 11 ff., insbes. 25 ff.

¹⁶⁶ROBERT BRANDOM, *Expressive Vernunft*. Frankfurt am Main 2000.

¹⁶⁷So kann etwa aus der Sicht von KLAUS ROTH-STIELOW, *Die Auflehnung des Richters gegen das Gesetz*. Villingen 1963, 49, die Auslegung nur auf eine einzige und endgültig festgelegte Weise erfolgen.

¹⁶⁸Der Pluralismus ist in der juristischen Diskussion noch immer verdächtig. Notfalls wird er zum Ausdruck unaufgelöster gesellschaftlicher Widersprüche erklärt. Vgl. dazu INGEBORG MAUS, *Zur Problematik des Rationalitäts- und Rechtsstaatspostulats in der gegenwärtigen juristischen Methodik am Beispiel Friedrich Müllers*, in: WOLFGANG ABENDROTH / BERNHARD BLANKE / ULRICH PREUSS u.a., *Ordnungsmacht?*. Frankfurt am Main 1981, 153 ff., 156.

¹⁶⁹Vgl. dazu nur HELMUT SPINNER, *Pluralismus als Erkenntnismodell*. Frankfurt am Main 1974, insbes. 74 ff.

¹⁷⁰Vgl. dazu FRIEDRICH MÜLLER / RALPH CHRISTENSEN, *Juristische Methodik*. Band I, 9. Aufl., Berlin 2004, Rn. 2.

¹⁷¹Vgl. dazu FRIEDRICH MÜLLER / RALPH CHRISTENSEN, *Juristische Methodik*. Band I, 9. Aufl., Berlin 2004, Rn. 26, 361d, 362, 429 ff., 494. Vgl. zu diesbezüglicher Skepsis: WERNER KRAWIETZ, *Juristische Entscheidung und wissenschaftliche Erkenntnis*. Wien / New York 1978, 72; einschränkend in der Weise, dass Präferenzregeln von der Rechtsprechung überwiegend einzelfallbezogen aufgestellt würden: ULRICH SCHROTH, *Theorie und Praxis subjektiver Auslegung im Strafrecht*. Berlin 1983, 71.

messen, ist eine der Aufgaben¹⁷² von Rechtstheorie und juristischer Methodik. Eine zweite liegt darin, neue Alternativen zu den praktischen Arbeitsweisen vorzuschlagen. Dafür ist gerade der Pluralismus eine wertvolle Voraussetzung. Gleichzeitig verhindert er in keiner Weise, dass die Methoden der Praxis das verfassungsrechtlich geforderte Maß an Rationalität erreichen können.

Weitergehend wird deshalb von einzelnen Autoren behauptet, die juristische Methodik werde von der Praxis nicht als Mittel des Begründens oder Überprüfens ihrer Interpretationen eingesetzt, sondern diene nur als rhetorische Fassade für anderweitig gefundene Ergebnisse¹⁷³. Die Analyse der Praxis läßt diesen Schluß aber nicht zu. Man kann im praktischen Vorgehen des EuGH durchaus den Ansatz zu rationaler Gewichtung erkennen. Seine Operationen sind der Verallgemeinerung zugänglich und widerlegen die Behauptung völliger methodischer Beliebigkeit der Rechtspraxis.

Eine angeblich fehlende Steuerungskraft juristischer Methodik wird auch noch mit deren gleichbleibender Rolle bei politischen Systemwechseln begründet.¹⁷⁴ Eine derartige Rolle lässt sich aber nicht nachweisen. Der immer als Beispiel herangezogene Systemwechsel von der Weimarer Republik zum Nazismus belegt das Gegenteil. Die damalige Diskussion läßt entgegen der üblichen Einschätzung sogar eine große Bedeutung der juristischen Methodik erkennen. Gerade der Einschnitt zwischen dem rechtsstaatlichen System von Weimar und dem totalitären des Nationalsozialismus macht deutlich, welches entscheidende Gewicht den Standards juristischer Argumentation für die Prägung einer Rechtsordnung zukommt. Nachdem die Nationalsozialisten die aus der Weimarer Zeit stammenden Ansätze zu einer rechtsstaatlichen Argumentationskultur völlig beseitigt hatten, konnten Vorschriften, deren Normtext unverändert geblieben war, nun zu gänzlich anderen Ergebnissen führen. Carl Schmitt hat 1935 die so genannte Analogiennovelle im Strafrecht folgendermaßen kommentiert: „Gesetze, die sich zwar äußerlich als bloße ‚Änderungen‘ geben, in der Sache aber das geänderte Gesetz im Ganzen umwandeln, indem sie tragende Bestimmungen des alten Gesetzes durch neue ersetzen (...). Sie schaffen kein neues Strafgesetzbuch, wohl aber ein neues Strafrecht, indem sie das Analogieverbot aufheben, durch ein Analogiegebot ersetzen und eine rechtsschöpferische Mitarbeit des Richters erwarten. Sie heben dadurch das bisherige Strafgesetzbuch aus den Angeln. Das ist eine fundamentale Wandlung, nicht eine bloße ‚Änderung‘. Ein Strafgesetzbuch

¹⁷²Vgl. dazu FRIEDRICH MÜLLER / RALPH CHRISTENSEN, *Juristische Methodik*. Band I, 9. Aufl., Berlin 2004, Rn. 429 ff. Zu den Aufgaben juristischer Methodik vgl. auch noch GERHARD HASSOLD, Strukturen der Gesetzesauslegung, in: CLAUD-WILHELM CANARIS / UWE DIEDERICHSEN (Hrsg.), *Festschrift für Karl Larenz*. München 1983, 211 ff., 212 ff.

¹⁷³Vgl. zur „Vorspiegelung“: GÖRG HAVERKATE, *Gewißheitsverluste im juristischen Denken. Zur politischen Funktion der juristischen Methode*. Berlin 1977, 168; SPIROS SIMITIS, Die Bedeutung von System und Dogmatik — dargestellt an rechtsgeschäftlichen Problemen des Massenverkehrs, in: *AcP* 172 (1972), 131 ff., 172; FRIEDEL ECKOLD-SCHMID, *Legitimation durch Begründung*, Berlin 1974, 19. Fraglich ist allerdings, ob sich „wirkliche“ von anderen Gründen abschichten lassen. Vgl. dazu STEPHEN TOULMIN, *Der Gebrauch von Argumenten*. Weinheim 1996, 41; vgl. zu Positivismus als rhetorischer Fassade auch EBERHARD FRANSSSEN, Positivismus als juristische Strategie, in: *JZ* (1969), 766 ff.

¹⁷⁴ROLF WANK, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung. Berlin 1978, 77 ff.

mit Analogieverbot und ein solches mit Analogiegebot sind nicht mehr identisch dasselbe Strafgesetzbuch. Hier liegt ganz offensichtlich mehr als eine äußerliche ‚Gleich-‘ oder ‚Umschaltung‘ vor. Auch die mit unverändertem Wortlaut weitergeführten Regelungen stehen jetzt auf einer anderen Grundlage und in einem anderen juristischen Gesamtrahmen und erhalten dadurch einen neuen Inhalt.¹⁷⁵ Diese Aussage belegt, welche Bedeutung gesetzliche Auslegungsregeln und damit auch praktisch geltende argumentative Standards für eine Rechtsordnung haben.¹⁷⁶ Eine Betrachtung dieses rechtsgeschichtlichen Einschnitts bestätigt die Skepsis in Bezug auf die Bedeutung der Methodik nicht, sondern widerlegt sie.

2. Vorrangregeln und einzelfallbezogene Gewichtung

Gegen die Möglichkeit einer rechtsstaatlich kontrollierbaren Rangfolge juristischer Argumente wird ferner vorgebracht, dass eine solche nicht abstrakt und generell vorherbestimmt werden könne¹⁷⁷, sondern sich nur aus dem Gewicht der Argumente im Einzelfall ableiten lasse¹⁷⁸. Die Begründung dieser Sicht arbeitet mit dem Argument, hinter den Konkretisierungselementen stünden Interessen, die im konkreten Fall in unterschiedlicher Intensität betroffen seien¹⁷⁹. Die Zuordnung von Konkretisierungselementen und Interessen wird dabei folgendermaßen durchgeführt: „Wird beispielsweise von einer Auslegungshypothese behauptet, sie verstoße gegen den Wortlaut einer Vorschrift zuungunsten eines Täters, so wird damit ein Vertrauensinteresse der Rechtsunterworfenen zur Geltung gebracht. Wird von einer Auslegungshypothese gesagt, sie führe im allgemeinen zu ungerechten Ergebnissen, so wird hiermit ein Interesse an Entscheidungen artikuliert, die allgemein akzeptiert werden. Wird der Wille des historischen Gesetzgebers an Auslegungshypothesen herangetragen, so wird das Interesse, Auslegungshypothesen an die gesetzgeberische Entscheidung zurückzubinden, zur Geltung gebracht. Auslegungshypothesen werden dann unter dem Gesichtspunkt der ‚Authenzität‘ analysiert“¹⁸⁰. Diese Sicht führt trotz ihrer Übersichtlichkeit aber zu neuen Schwierigkeiten. Schon der Ansatz einer Zuordnung von Konkretisierungselementen und Interessen erscheint als Repräsentationsmodell fragwürdig. Aber selbst davon einmal abgesehen, sind die Einzelheiten dieses Vorschlags recht problematisch. Dass die grammatische Auslegung das Vertrauen des Rechtsverkehrs schütze, ist ein altherwürdiges Argument der objektiven Auslegungslehre. Wie in der neueren Literatur mehrfach gezeigt wurde, ist es

¹⁷⁵CARL SCHMITT, Kodifikation oder Novelle?, in: *DJZ* (1935), Sp. 919 ff., 923.

¹⁷⁶Dies wird auch durch eine intensive Untersuchung des nationalsozialistischen Strafrechts bestätigt, die gerade im Hinblick auf solche argumentativen Standards bloße Normtextkontinuität von Rechtskontinuität unterscheidet. Vgl. dazu GERHARD WERLE, *Justizstrafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich*. Berlin New York 1989, 30 ff., 36 ff.

¹⁷⁷Vgl. dazu THOMAS HONSELL, *Historische Argumente im Zivilrecht*, 1982, S. 17 ff.

¹⁷⁸Vgl. dazu etwa ULRICH SCHROTH, *Theorie und Praxis subjektiver Auslegung im Strafrecht*. Berlin 1983, 71.

¹⁷⁹Ulrich Schroth, ebd., 70.

¹⁸⁰Vgl. zur „Authenzität“ ULRICH SCHROTH, ebd., 35 und öfter.

jedoch nach dem Stand heutiger Sprachwissenschaft nicht mehr zu halten¹⁸¹. Man müßte dafür eine homogene Alltagssprache voraussetzen können, in die sich der juristische Diskurs zudem noch bruchlos einfügen hätte. Ebenso wenig läßt sich die Gerechtigkeit mit der allgemeinen Akzeptanz kurzschließen. Denn über die Frage, was als gerecht zu akzeptieren ist, herrschen in einer pluralistischen Gesellschaft sehr unterschiedliche Vorstellungen. Auch die Kopplung von historischem Gesetzgeber und „Authenzität“ verkürzt die wirklichen Zusammenhänge. Zwar wird zugegeben, dass die Legislative kein Kollektivorgan ist und ihr auch kein einheitlicher Wille unterstellt werden kann. Aber in dem Bild einer einheitlichen gesetzgeberischen Handlung als Bezugspunkt¹⁸² von „Authenzität“ wirkt immer noch die Fiktion eines homogenen Gesetzgebers nach. Die vielschichtigen Beziehungen zwischen Gesetzgebungsprozeß und fertigem Normtext sind nur durch eine Semantik kompetitiven Handelns zu erfassen und lassen sich keineswegs auf ein „Authenzitätsinteresse“ nach dem Muster von Autor und Werk zurückführen¹⁸³. Die Konkretisierungselemente sind nicht Ausdruck isolierter Interessen; sondern Fragerichtungen, die dazu dienen, Kontexte in den Entscheidungsprozeß einzubeziehen¹⁸⁴.

Erst wenn man die vergebliche Suche nach einem hinter den Mitteln der Interpretation stehenden Wesen aufgibt, kann man dann die Frage stellen, was es heißt, dass deren Ergebnisse für die Entscheidung „im Einzelfall“ verschiedene Aussagekraft haben. Der Einzelfall ist nicht dadurch gekennzeichnet, dass in generelle Interessen verschieden intensiv eingegriffen wird; sondern dadurch, dass zwischen den Parteien Streit¹⁸⁵ um die Fallerzählung und die Lesart des Normtextes besteht. Es stehen sich damit mindestens zwei konkurrierende Interpretationen gegenüber, die sich auf die von den Konkretisierungselementen erfragten Kontexte in unterschiedlicher Weise beziehen können. Zentral ist aber, ob die von einer der Interpretationen vorgeschlagene Verknüpfungsweise durch das Ergebnis eines bestimmten Elements *eindeutig*¹⁸⁶ ausgeschlossen wird.

¹⁸¹Vgl. dazu RAINER HEGENBARTH, *Juristische Hermeneutik und linguistische Pragmatik*. Königstein/Taunus 1982, 191 ff.; EBERHARD BADEN, Zum Regelungsgehalt von Gesetzgebungsmaterialien, in: JÜRGEN RÖDIG (Hrsg.), *Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung*. Berlin / Heidelberg / New York 1976, 369 ff., 387, jeweils m. w. N.

¹⁸²Vgl. dazu ULRICH SCHROTH, *Theorie und Praxis subjektiver Auslegung im Strafrecht*. Berlin 1983, 87 und öfter.

¹⁸³GÉRARD GENETTE, Impliziter Autor, impliziter Leser?, in: FOTIS JANNIDIS / GERHARD LAUER / MATIAS MARTINEZ / SIMONE WINKO (Hrsg.), *Texte zur Theorie der Autorschaft*. Stuttgart 2000, 185 ff.; MICHEL FOUCAULT, Was ist ein Autor, in: ebd., 198 ff.; MARTHA WOODMANSEE, Der Autor-Effekt. Zur Wiederherstellung von Kollektivität, in: ebd., 295 ff.; MARTHA WOODMANSEE / PETER JASZI, Die globale Dimension des Begriffs der 'Autorschaft', in: FOTIS JANNIDIS / GERHARD LAUER / MATIAS MARTINEZ / SIMONE WINKO (Hrsg.), *Rückkehr des Autors*. Tübingen 1999, 391 ff.; PIER GIUSEPPE MONATERI, "All This and So Much More": Original Intent, Antagonism and Non-Interpretivism, in: *Ars Interpretandi*, Münster 1998, 99 ff.

¹⁸⁴Vgl. dazu FRIEDRICH MÜLLER / RALPH CHRISTENSEN, *Juristische Methodik*. Band I, 9. Aufl., Berlin 2004, Rn. 375; ähnlich die Argumentation bei GERD ROELLECKE, Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung, in: *VVDStRL* 34 (1975), 7 ff., 38.

¹⁸⁵Vgl. zu diesem Gesichtspunkt als „Regelkonflikt“: HUBERT ROTTLEUTHNER, *Richterliches Handeln. Zur Kritik der juristischen Dogmatik*. Frankfurt am Main 1973, 22 ff.

¹⁸⁶Vgl. dazu FRIEDRICH MÜLLER, *'Richterrecht'*, Berlin 1986, 81.

Die fragliche Interpretation läßt sich dann nur noch dadurch „retten“, dass ein höherrangiges Element dieses Zwischenergebnis seinerseits eindeutig aus dem Feld schlagen kann. Es stehen sich also nicht generelle, sondern konkret erfragte Kontexte gegenüber¹⁸⁷. Diese werden auch nicht abstrakt abgewogen oder verglichen, sondern nur unter der Voraussetzung, dass ein Konfliktfall¹⁸⁸ vorliegt, d. h. dass sie das Schicksal der sich im Streit befindenden Interpretationen in gegensätzlicher Weise beeinflussen. Wenn man also den oft beschworenen „Einzelfall“ näher betrachtet, wird deutlich, dass generelle Vorrangregeln nicht nur nötig, sondern auch möglich sind.

3. Vorrangregeln im Rahmen einer Rechtserzeugungsreflexion

Eine Interpretation ist besser, wenn sie die von der Zeichenkette und dem mitgebrachten Bedeutungskonflikt bereitgestellten Anschlussmöglichkeiten für die Argumentation effektiver nutzt. Argumentativ effektiver heißt, dass sie die Einwände, bzw. Widerlegungen des Gegners entweder in die eigene Argumentation integrieren oder ausräumen kann. Wie macht man das?

Was als Widerlegung gilt und wie man eine solche ausräumt, bzw. integriert, darüber gibt es im juristischen Bereich sehr viel implizites Wissen. Formuliert wird dieses von der Disziplin der juristischen Methodik. Danach gibt es für die Entscheidung des Konflikts von Argumenten in der Praxis der Gerichte Ansätze, die zwar noch einer Strukturierung bedürfen, aber im Prinzip in die richtige Richtung wiesen. Zu denken ist hier an die vom Bundesverfassungsgericht unter dem missverständlichen Titel „objektive Auslegungslehre“ eingeführte Regel für die Vorzugswürdigkeit von Argumenten. Danach soll im Konfliktfall die historische und genetische Auslegung hinter der grammatischen, bzw. systematischen Auslegung zurücktreten. Denn letztere stünden näher am Normtext und erlaubten auch den Normunterworfenen eine bessere Orientierung.

Wenn man an diese schon praktizierten Kriterien anknüpft, ergibt sich im Falle von Konflikt, bzw. Widerlegung die Notwendigkeit einer doppelten Bewertung. Erstens sind die Argumente normstrukturell oder abstrakt zu bewerten. Zweitens müssen die Argumente konkret nach ihrer Intensität oder Schwere eingeordnet werden. Normstrukturell ist das Gewicht eines Arguments umso größer, je näher es am Normtext steht. Das heißt, textbezogene Argumente schlagen Normbereichsargumente aus dem Feld, und diese wiederum bloß rechtspolitische Bewertungen usw. Neben diese Einordnung des Arguments in die Normstruktur als direkt textbezogen, indirekt textbezogen und normgelöst¹⁸⁹, muss eine

¹⁸⁷Insoweit kann man THOMAS HONSELL, *Historische Argumente im Zivilrecht*. Ebelsbach 1982, 17 zustimmen bei der Aussage: „Es gibt aber kein gängiges Argument, das generell durch ein anderes ausgeschlossen oder widerlegt würde“. Ein genereller Ausschluß wäre ein Argumentationsverbot. Hier geht es aber um den Konflikt zweier Argumente. Dieser läßt sich nur konkret feststellen. Aber die Regel für seine Entscheidung muß generalisierbar sein.

¹⁸⁸Vgl. zum Begriff Konflikt: FRIEDRICH MÜLLER / RALPH CHRISTENSEN, *Juristische Methodik*. Band I, 9. Aufl., Berlin 2004, Rn. 434 ff., 516, 551.

¹⁸⁹Zu dieser Unterscheidung FRIEDRICH MÜLLER / RALPH CHRISTENSEN, *Juristische Methodik*. Band I, 9. Aufl., Berlin 2004, Rn. 431, 437 ff.

konkrete Bewertung treten. Diese lässt sich aber nur schwer vom jeweiligen Fall abheben. Als Unterscheidungen bieten sich an Möglichkeit, Plausibilität und Evidenz.¹⁹⁰ Möglich ist dabei ein Argument, wenn es nicht von vornherein ausgeschlossen ist. Plausibel heißt, dass das Argument überzeugend ist, aber Alternativen denkbar sind. Evident ist ein Argument, wenn im Moment gar keine Alternativen denkbar sind.

C. Vom Gesetzestext über die Argumentation zur Begründung

Wenn man von der Unterscheidung von Medium und Form¹⁹¹ ausgeht, ist das Recht ein Medium für die Austragung gesellschaftlicher Konflikte. Indem es diesen Konflikten im Verfahren eine Form gibt, kann es selber zur Entscheidung geformt werden. Wenn man ergänzend den engeren Medienbegriff der empirischen Medienwissenschaft heranzieht,¹⁹² wird außerdem noch deutlich, dass das Recht eine Medienkonstellation ist. Es besteht aus dem Buch der Gesetze, der Sprache des Verfahrens und der geschriebenen Begründung. Inhalt eines Mediums ist jeweils ein anderes Medium:¹⁹³ Im Gesetzbuch findet sich die gesprochene Sprache des Verfahrens und der dort ausgetragene Streit mündet in den vom Richter geschriebenen Text der Urteilsbegründung. Ob der Richter und seine Entscheidungstätigkeit an die politischen Vorgaben der Verfassung gebunden werden kann, entscheidet sich in den Prozessen der Umschreibung von einem Medium zum anderen. Wenn diese Transkriptionen¹⁹⁴ vom Gesetz über die Argumentation zur Begründung gelingen, findet ein Legitimationstransfer vom Gesetzestext auf den Entscheidungstenor statt.

Zurecht wird in neueren Ansätzen festgestellt, dass die richterlichen Bindungen nie in der Weise funktioniert haben, "wie es seinem Entwurf gemäß hätte funktionieren sollen, nämlich über einen Richter als 'Subsumtionsautomaten', sondern stets über (notstandsbedingte) Winkelzüge und Hinterlisten vollzogen wurde,

¹⁹⁰NIKLAS LUHMANN, Theoriesubstitution in der Erziehungswissenschaft. Von der Philanthropie zum Neuhumanismus, in: DERS., *Gesellschaftsstruktur und Semantik*. Band 2, Frankfurt am Main 1993, 105 ff., 119.

¹⁹¹Vgl. NIKLAS LUHMANN, *Die Wissenschaft der Gesellschaft*. Frankfurt am Main 1990, 181 ff.; DERS., *Die Kunst der Gesellschaft*. Frankfurt am Main 1995, 165 ff.; DERS., *Die Gesellschaft der Gesellschaft*. Frankfurt am Main 1991, 190 ff. Zu weiteren Nachweisen vgl. THOMAS KHURANA, Niklas Luhmann – Die Form des Mediums, in: ALICE LAGAAY / DAVIN LAUER (Hrsg.), *Medientheorie*. Frankfurt / New York 2004, 97 ff., 99 ff.

¹⁹²Das wären z. B. Buch, Zeitung, Computer usw. Vgl. dazu ALICE LAGAAY / DAVIN LAUER, Einleitung – Medientheorien aus philosophischer Sicht, in: DIES., *Medientheorie*. Frankfurt / New York 2004, 7 ff., 21 ff. m. w. N.

¹⁹³Vgl. dazu NIELS WERBER, Medien in Medien der Weltgesellschaft. Programmatische Tendenzen im Medien- und Kommunikationsbegriff der Systemtheorie, in: CLAUDIA LIEBRAND / IRMELA SCHNEIDER (Hrsg.), *Medien in Medien*. Köln 2004, 106 ff. m. w. N.

¹⁹⁴Vgl. zu diesem grundlegenden Begriff der Medientheorie: LUDWIG JÄGER, Transkriptivität. Zur medialen Logik der kulturellen Semantik, in: DERS. / GEORG STANITZEK (Hrsg.), *Transkribieren. Medien/Lektüre*. München 2002, 19 ff.

die methodologisch bis heute nicht registriert und aufgearbeitet sind."¹⁹⁵ Wenn man diese notstandsbedingten Winkelzüge methodisch erfassen will, muss man untersuchen, inwieweit ergangene Urteile den verfassungsrechtlichen Vorgaben aus Demokratie, Rechtsstaat und Gewaltenteilung genügen. Zu untersuchen ist dies anhand der Begründung, die zwischen Urteil, Gesetz und Verfahren vermitteln soll. Als Instrumente der Untersuchung können dabei die juristische Methodik, die Argumentationstheorie und in Bezug auf die hier ausgeschlossene Sachverhaltserzählung die Sozial- und Textwissenschaften dienen. Eine besonders wichtige Analyseebene ist dabei die Sprache als Medium, in dem der Bezug zwischen Gesetz und Urteil hergestellt wird. Herkömmlich werden die Aporien der juristischen Entscheidung hinter unrealistischen Annahmen über die Leistungsfähigkeit der Sprache versteckt. Erst im Freilegen dieser Aporien wird die Rechtllichkeit von Recht sichtbar.

I. Der Gesetzestext als Medium für Gründe

Eine Besonderheit juristischer Argumentation ist die Bindung an das Gesetz. Um seine Auslegung wird gestritten. Das Gesetz ist also Feld der Argumentation. Eine weitere Besonderheit, welche für die normale Argumentation nicht gilt, liegt noch darin, dass das Gesetz außerdem Grenze der Argumentation sein soll. Ist eine solche Grenze in der Argumentation überhaupt denkbar? "Ältere Interpretationslehren waren davon ausgegangen, dass der Text beim Interpretieren identisch bleibt. Und noch heute liest man: 'Interpretation versteht sich als Verdeutlichung desselben in anderen Zeichen'. Allerdings ist die Identität der Textgrundlage selbst bereits eine Sache der Interpretation (sofern man sich nicht mit der reinen Materialisation begnügt). Deshalb wird heute Interpretation eher verstanden als Produktion neuer Texte anhand alter Texte, als Erweiterung der Textgrundlage, wobei der Ausgangstext dann nur noch als Referenz dient. In jedem Fall ist Interpretation das Herstellen von mehr Text."¹⁹⁶ Wenn Interpretation nicht einfach offen legt, was als Bedeutung im Text schon vorhanden war, sondern diese Texte zu neuen Texten transkribiert, dann stellt sich das Problem einer Interpretationsgrenze in neuer Weise.

1. Die Gewalt der Interpretation

Der Streit um Interpretation und Gebrauch von Texten ist alles andere als ein müßiges Spiel. Die zugrunde liegenden moralischen, politischen und philosophischen Fragen sind zwar in der Literaturwissenschaft und der Sprachphilosophie nicht immer leicht zu entdecken. In der Jurisprudenz dagegen geht es um Gewalt; um richterliche und um sonstige Entscheidungsgewalt, verbunden mit Texten. Die Brisanz von Kontroversen liegt hier klar zutage. Für die Bürger, die sich mit ihren

¹⁹⁵MARC AMSTUTZ, Zwischenwelten zur Emergenz einer interlegalen Rechtsmethodik im europäischen Privatrecht, in: GUNTHER TEUBNER / CHRISTIAN JOERGES (Hrsg.), *Rechtsverfassungsrecht*. Baden-Baden 2003, 227 f., unter Bezug auf die grundlegende Arbeit von REGINA OGOREK, *Richter, König oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*. Frankfurt am Main 1986.

¹⁹⁶NIKLAS LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main 1993, 340.

Konflikten in die Hand des Gerichts geben, wird Interpretation und Gebrauch von Rechtstexten zum höchst praktischen Problem. Es stellt sich von Anfang an: professionelles Umformulieren der „lebensweltlichen“ Fallerszählung in den juristischen Sachverhalt durch Versicherungsfunktionäre, Rechtsberater, Anwälte (Standesgewalt), durch Polizei, ggf. Staatsanwaltschaft, Gericht (Staatsgewalt). Deren subtile Form besteht hier in Sprachbemächtigung: den Beteiligten wird *ihre* Sprache durch autoritative Fachsprache enteignet. In der Folge werden sie sich anpassen bzw. sich die Dienste einer Fachperson mit deren Fachsprache kaufen müssen; in *ihrer* Sprache werden sich das Verfahren oder der Prozeß jedenfalls nicht mehr abspielen.

Wenn Methodik den juristischen Umgang mit Texten reflektieren will, hat sie keine Wahl: sie ist eine politische Disziplin. Ihr Thema ist auch das Verhältnis von bürgerlicher Freiheit und staatlicher Gewalt.

Der Richter übt, wie Artikel 92 der Verfassung unzweideutig erklärt, Gewalt aus. Dabei ist in der deutschen Sprache ‚Gewalt‘ nicht notwendig negativ codiert. Sie kann auch positiv verstanden werden als „Walten“ der guten Obrigkeit.¹⁹⁷ Will man die positive und negative Bedeutungskomponente auseinanderhalten, braucht man Beiworte wie *legitime* / *illegitime* Gewalt. Im Englischen dagegen kann man schon im Hauptwort nuancieren und *power*, *authority*, *force* und *violence* unterscheiden. Ob der Richter nun *authority* oder *violence*, *legitime* oder *illegitime* Gewalt ausübt, soll im Sinn der Tradition davon abhängen, ob er sich mit seiner Entscheidung innerhalb der Grenzen des Rechts hält oder nicht. Die Grenzen des Rechts sind durch Interpretation zu ermitteln. Solange der Richter auslegt, ist demnach die von ihm ausgeübte Gewalt demokratisch legitimiert, denn er kann seine Entscheidung auf ein für alle beschlossenes Gesetz zurückführen. Hört er auf zu interpretieren und verwendet er Texte nur noch zu Machtzwecken, übt er eine illegitime Gewalt aus, die demokratisch nicht mehr gerechtfertigt werden kann. Die Unterscheidung von bloßer Auslegung und machtfunktionalem Gebrauch trägt damit eine schwere politische Bürde: nicht weniger als die praktische Einlösung des demokratischen Modells hängt davon ab. Die methodische Absichtbarkeit der Interpretation von machtfunktionaler Benutzung des Gesetzes ist folglich das Nadelöhr, durch das die Unterscheidung von gerechtfertigter und nicht mehr zu rechtfertigender staatlicher Gewalt hindurch muß.

Damit steht im Mittelpunkt juristischer Methodik die Frage, ob und wie in der praktischen Rechtsarbeit eine Grenze zwischen legitimer richterlicher Gewalt und illegitimer Machtanmaßung gezogen werden kann. Die Frage einer Grenzziehung innerhalb der Interpretation stellt sich jedoch *in jeder* auf die Arbeit mit Texten bezogenen Wissenschaft. Ein kurzer Blick über die engeren Grenzen des Fachs hinaus kann zum besseren Verständnis der juristischen Schwierigkeit beitra-

¹⁹⁷NIKLAS LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main 1993, 340. Vgl. als ein andersartiges Beispiel die positive Variante in der Verwendung des Wortes „Gewalt“ als „revolutionäre Gewalt“: WALTER BENJAMIN, Zur Kritik der Gewalt, in: DERS., *Gesammelte Schriften*. Band II 1, Frankfurt am 1980, 179 ff. S. 202.

gen. Die Grenzproblematik ist in letzter Zeit innerhalb von Sprachphilosophie, Semiotik und Literaturwissenschaft deutlich in den Vordergrund getreten.¹⁹⁸

2. Ist eine Grenze der Auslegung möglich?

Der schon klassische Streit in den textbezogenen Wissenschaften ging darum, ob Bezugspunkt und Grenze der Auslegung entweder in der Absicht des Autors oder in einer von dieser Absicht unabhängigen Aussage des Textes selbst gefunden werden müssen. Als Konvergenzpunkt so verschiedener Strömungen wie philosophischer Hermeneutik, literarischem New Criticism und linguistischem Strukturalismus hatte sich zu Beginn der 60er Jahre überwiegend die objektive Variante durchgesetzt.¹⁹⁹ Erst auf der Basis dieser objektiven, von der Autorintention unabhängigen Verständnisweise des Textes als Sinneinheit, Sprachikone oder Struktur konnte dann die Frage nach dem *aktiven Anteil* der Interpretation gestellt werden.²⁰⁰ Sie bedrohte die hermeneutische Sinneinheit des Textes mit der Arbeit der Dekonstruktion²⁰¹, entzog der Sprachikone des New Criticism ihre Autonomie zugunsten der Erwartungssysteme des Lesers²⁰² und stürzte als *pragmatische Wende* die statische Sprachstruktur des Strukturalismus in den Strom der Rede.²⁰³ Kurz: die Situation hat sich grundlegend geändert. Während Anfang der 60er Jahre für diejenigen eine schwere Begründungslast angenommen wurde, die eine aktive Rolle des Textrezipienten aufweisen wollten, hat heute der einen schwierigen Stand, wer eine Grenze der Auslegung geltend machen will.²⁰⁴

Umberto Eco hat auf diese Veränderung der Situation reagiert. Anfang der 60er Jahre betonte er in seinem Buch „Das offene Kunstwerk“ als einer der ersten die aktive Rolle des Rezipienten und wurde dafür von strukturalistischer Seite scharf kritisiert.²⁰⁵ Heute nun wendet er sich gegen den einseitigen Pendelausschlag zugunsten des Lesers und will die „Grenzen der Interpretation“ aufweisen: auch wenn man den Text als ein Picknick verstehen könne, zu dem der Autor die Wörter und der Leser den Sinn beisteuere, seien diese Wörter doch gegenüber einer beliebigen Sinnzuweisung sperrig.²⁰⁶ Daran scheitere ein Verständnis des Textes als offenes Universum, worin der Interpret unendlich viele Sinnzusammenhänge

¹⁹⁸ Angeregt wurde diese Debatte vor allem durch Umberto Eco und seine Schriften: vgl. UMBERTO ECO, *Die Grenzen der Interpretation*. München / Wien 1992.

¹⁹⁹ STEFAN COLLINI, Die begrenzbar und die unbegrenzbar Interpretation, in: UMBERTO ECO, *Zwischen Autor und Text*. München / Wien 1994, 7 ff., 13 f.

²⁰⁰ UMBERTO ECO, *Die Grenzen der Interpretation*. München / Wien 1992, 71; knapper Überblick über die Kritik an der autorenbezogenen Bedeutungskonzeption bei TERRY EAGLETON, *Einführung in die Literaturtheorie*. Stuttgart 1988, 32 ff.

²⁰¹ Als einführenden Überblick TERRY EAGLETON, ebd., 132 ff.

²⁰² Vgl. zur Rolle des Lesers in der neueren Literaturtheorie TERRY EAGLETON, ebd., 46 - 51, 132; JONATHAN CULLER, *Dekonstruktion*. Reinbek bei Hamburg 1988, 36 ff., 81-86.

²⁰³ Dazu UMBERTO ECO, *Die Grenzen der Interpretation*. München / Wien 1992, 350 ff.

²⁰⁴ Ebd., 22.

²⁰⁵ Vgl. UMBERTO ECO, Überzogene Textinterpretation, in: DERS., *Zwischen Autor und Text*. München / Wien 1994, 52 ff., S. 60.

²⁰⁶ UMBERTO ECO, Das Irrationale gestern und heute, in DERS., *Über Spiegel und andere Phänomene*. München 1990, 9 ff., 30.

finden könne.²⁰⁷ Selbst der von seiner Lage und seinem Urheber abgelöste Text schwebe nicht in einem Vakuum. Gemessen am kulturellen Schatz von Autor und Leser, der aus Grammatik, Enzyklopädie und Kulturkonventionen bestehe, sowie dank gewisser Kriterien der Sparsamkeit von Interpretation könne er zwar vieles, aber eben nicht alles bedeuten. Die Sperrigkeit der Wörter in Verbindung mit dem schon erwähnten kulturellen Vorrat vermöge gewisse Deutungen als abwegig auszuschließen.²⁰⁸

Diese Sperrigkeit ergibt sich für Eco daraus, daß der Text auf einen exemplarischen Leser hin angelegt sei, welcher seinerseits einen exemplarischen Autor unterstelle. Daher folge die Aussage des Textes weder nur aus der Textkohärenz und einem vorgegebenen Bedeutungssystem, noch allein aus dem Erwartungssystem des Lesers. Bedeutung konstituiere sich vielmehr aus einer komplexen Wechselbeziehung zwischen dem sozialen Kulturbestand des Autors und dem des Lesers.²⁰⁹ Das Ergebnis dieses Prozesses unterscheidet Eco als *intentio operis*²¹⁰ sowohl von den Absichten des Autors als auch von denen des Rezipienten. Die Textintention liege genauso offen zutage wie der gestohlene Brief.²¹¹ Man müsse sie nur sehen wollen. Sie existiert demzufolge als Mutmaßung des Lesers über einen Text, der ersonnen wurde, um einen exemplarischen Leser zu erzeugen, der über den Text mutmaßt. In dieser luftigen Konstruktion wird der Text als Grenze durch die Interpretation fortwährend konstituiert. Die Interpretation orientiert sich dabei an der mit der semiotischen Strategie²¹² gleichgesetzten *intentio operis* und überprüft ihre diesbezügliche Mutmaßung an der Textkohärenz: „Zwischen der mysteriösen Entstehungsgeschichte eines Textes und dem unkontrollierbaren Driften künftiger Lesarten hat die bloße Präsenz des Textes etwas tröstlich Verlässliches als ein Anhaltspunkt, auf den wir stets zurückgreifen können.“²¹³

Diese Präsenz des Textes als verlässliche Grenze der Interpretation will die pragmatische Texttheorie erschüttern.²¹⁴ Beschreibungen sind aus ihrer Sicht immer nur Mittel für bestimmte Zwecke und nie Entsprechungen zu etwas Objektivem. Deswegen dürfe sich auch ein bestimmtes Verständnis des Textes nicht einbilden, dessen wahre Bedeutungssubstanz freizulegen oder zu seinem

²⁰⁷Vgl. als Warnung vor der unendlichen Interpretation auch UMBERTO ECO, ebd., 15 ff.; sowie UMBERTO ECO, *Die Grenzen der Interpretation*. München / Wien 1992, 430 ff.; vgl. dazu auch HELGE SCHALK, *Umberto Eco und das Problem der Interpretation*. Würzburg 2000, 176 ff.

²⁰⁸Zum soeben erwähnten Kriterium der Falsifizierbarkeit: UMBERTO ECO, *Die Grenzen der Interpretation*. München / Wien 1992, 51 ff.; vgl. dazu auch HELGE SCHALK, *Umberto Eco und das Problem der Interpretation*. Würzburg 2000, 189 ff.

²⁰⁹Zur Rolle des Lesers in Ecos Semiotik vgl.: UMBERTO ECO, Überzogene Textinterpretation, in: DERS., *Zwischen Autor und Text*. München / Wien 1994, 52 ff., 61 ff.; vgl. dazu HELGE SCHALK, ebd., 151 ff.

²¹⁰UMBERTO ECO, Das Irrationale gestern und heute, in DERS., *Über Spiegel und andere Phänomene*, München 1990, 9 ff., 31

²¹¹Ebd., 72, in Anspielung auf die Erzählung gleichen Namens von *Edgar Allan Poe*.

²¹²Zur Verwendung des Strategiebegriffs UMBERTO ECO, Überzogene Textinterpretation, in: DERS., *Zwischen Autor und Text*. München / Wien 1994, 52 ff., 74 ff., 250 ff.

²¹³UMBERTO ECO, *Die Grenzen der Interpretation*. München / Wien 1992, 75 ff., 97.

²¹⁴Vgl. dazu und zum Folgenden RICHARD RORTY, *Der Spiegel der Natur*. Frankfurt am Main 1984.

wirklichen Wesen vorzudringen. Wenn Eco dagegen eine *intentio operis* behauptete, nehme er eine nicht-relationale Wesenseigenschaft eines Textes an, die der äußeren Interpretation als Grenze entgegen gehalten werden solle.

Gegen solche intrinsischen (d. h. von innen kommenden) Eigenschaften des Textes spreche schon der Umstand, daß sich eine Grenze zwischen Texten niemals klar angeben lasse. Auch dürfe das berechnete Anliegen, den gewalttätigen oder oberflächlichen Leserimpuls zu disziplinieren, nicht dazu führen, eine bestimmte Phase sorgfältiger und den Regeln der Kunst entsprechender Textarbeit zur „Objektivität“ des Textes zu überhöhen. Die von Eco als Überprüfungsinstanz der Interpretation herangezogene Kohärenz sei keine interne Eigenschaft des Textes, sondern werde als Ergebnis der Interpretation vom Leser erst erstellt.

Auch in der Sicht der dekonstruktivistischen Texttheorie²¹⁵ hat sich Eco durch den Wunsch nach einer Grenze verführen lassen. Die Bedeutung eines Textes sei kontextbezogen, und deswegen (entgegen Rorty) nicht beliebig. Aber der Kontext sei unbegrenzt und deswegen die (von Eco gesuchte) Grenze nicht anzugeben. Weil die Beschreibung semiotischer Mechanismen *rekursiv* wirke, werde jede Beschreibung einer Grenze schon als solche wieder ins Gespräch gezogen und damit überschritten.

Die damit angedeutete Debatte macht Probleme sichtbar, die sich erst im Bereich des Rechts in voller Schärfe stellen. Die herkömmliche Auffassung einer Interpretationsgrenze der Rechtsarbeit wurde aus intrinsischen Eigenschaften des Textes abgeleitet. Damit verblieb man in der Vorstellung vom Text als einem Behälter, worin die Entscheidung des Rechtsfalls schon enthalten sei und nur noch ausgelegt werden müsse. Als Behälter fungierte dabei die Bedeutung des Textes, die in der Lage sei, der Rechtserkenntnis einen Gegenstand in Form einer Rechtsnorm vorzugeben. Ein solcher Gegenstand ist aber nicht auffindbar; daher wurde die Fiktion des Behälters immer mehr ausgedehnt. An die Stelle des einzelnen Normtextes traten die Rechtsordnung oder ihre Sinneinheit als Ganzes oder sogar die Gerechtigkeitsidee. Im Gegensatz zu diesem Rückzug (wissenschaftshistorisch: degenerative Problemverschiebung) kann eine Rechtserzeugungsreflexion die grundlegende Perspektive verändern: der „Gegenstand“ ist eine bloße Projektion des Lesers und genau um diesen Leser (Zeichenbenutzer, Richter, Rechtsarbeiter) als Achse ist die Analyse zu drehen. Die Gesetzesbindung ist dann nicht länger auf einen angeblich vorgegebenen Inhalt des Gesetzes bezogen, sondern wird im Prozeß der *Herstellung* der Rechtsnorm verwirklicht. Die Projektion vorgeblich innerer Eigenschaften des Textes wird damit durch das Verständnis der Auslegungsgrenze als relationale Größe ersetzt. Gebunden ist der Richter zunächst an den vom Gesetzgeber geschaffenen Normtext als Zeichenkette im Sinn seiner „Geltung“. Dessen für den Fall entscheidende *Bedeutung* muß er als „Normativität“ der Rechtsnorm erst herstellen. Aber dabei ist er nicht frei, sondern an die von den rechtsstaatlichen Vorgaben der Verfassung sanktionierten Standards einer Argumentationskultur

²¹⁵Vgl. JONATHAN CULLER, Ein Plädoyer für die Überinterpretation, in: UMBERTO ECO, *Zwischen Text und Autor*. München / Wien 1994, 120 ff.

gebunden.

3. Die Zeichenkette als sozialer Fokus der Argumentation

An die Stelle von fiktiven Gegenstandsprojektionen treten damit real fundierte Beziehungen zwischen Zeichenkette (Normtext im Gesetzbuch), wissenschaftlichen Standards (juristische Methodik incl. Dogmatik) und politischen Entscheidungen in der Verfassung (demokratischer Rechtsstaat). Dabei ist aber zu bedenken, dass auch der Kontext von Normtexten ein bestimmter, aber nicht begrenzbarer ist. Die Rolle der klassischen Canones besteht gerade darin, mit Fachsprachgebrauch (grammatische), Parlamentsdebatten (genetische), Vorläufertexten (historische Auslegung) usw. diese bestimmten Kontexte zu erschließen. Aber die Canones sind nur zu einer Vermehrung und Vervielfältigung des Textsinnes in der Lage, ohne schon für sich allein eine Entscheidung zwischen konfligierenden Lesarten zu erlauben. An dieser Stelle greifen die politischen Entscheidungen der Verfassung ein. Sie ermöglichen zunächst, eine Hierarchie in die Kontexte zu bringen, wonach der spezifischere, engere Kontext bei einem Konflikt Vorrang haben soll. Aber allein damit wäre noch nicht viel gewonnen. Außerdem überträgt die Verfassung dem Richter die Gewalt, den methodologischen Konflikt verschiedener Interpretationsvarianten zu entscheiden. Dies jedoch nicht unbegrenzt, sondern erschwert durch die Vorgabe, in der Begründung darzulegen, daß und wie er seine Entscheidung am Normtext und den damit verbundenen methodisch operationalisierten Anschlußzwängen des juristischen Sprachspiels legitimieren kann.

Die Grenze der Interpretation hat in der Jurisprudenz damit jeden fiktiven oder spekulativen Charakter verloren und wird zum Ernstfall der politischen Abgrenzung von individueller Freiheit und sozialer Gemeinschaft. Der Richter führt keine theoretisch-kognitive Rechtserkenntnis durch, er übt vielmehr praktische Gewalt aus. Diese Gewalt wird geteilt, erschwert und kontrolliert durch den Bezug zum Normtext und zu argumentativen Standards, den er in seiner Begründung plausibel darlegen muß.

Die Aufgabe im Rechtsstreit ist nicht erst die Herstellung von Verständnis, sondern dessen Bewertung. Der Streit entsteht nicht aus einem Mangel, sondern sozusagen aus einem Überfluß an Verstehen. Beide Gegenparteien haben das Gesetz je auf ihre Weise durchaus verstanden. Es geht gerade um einen Konflikt einander ausschließender Lesarten desselben Gesetzes. Das führt zu einem Paradox: „Entscheidungen gibt es nur, wenn etwas prinzipiell Unentscheidbares (nicht nur: Unentschiedenes!) vorliegt. Denn andernfalls wäre die Entscheidung schon entschieden und müsste nur noch 'erkannt' werden.“²¹⁶ Beide Lesarten sind je in sich verständlich und gehören damit zur Sprache. Welche von beiden ist vorzuziehen? Der Richter erklärt nicht die Bedeutung, die der Text bereits vor dem Fall hatte, sondern er produziert für den Fall eine Lesart und stellt damit eine insoweit verbindliche Sprachnorm auf. Wie kann der Wortlaut des

²¹⁶NIKLAS LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main 1993, 308.

Gesetzes hier als Grenze wirken?

Die Verknüpfung zwischen Gesetzgeber und Richter darf weder zu stark noch zu schwach gefaßt werden. Zu stark wäre es, wenn man vom Gesetzgeber verlangte, alle künftigen Lesarten und damit die Bedeutung seiner Texte im voraus zu determinieren. Diese Forderung des Positivismus scheitert an den sprachlichen Realitäten. Zu schwach gefaßt wäre die Verknüpfung andererseits, wenn die Wahl des Ausgangspunkts für die Entscheidung ins freie Belieben des Richters gestellt wäre. Denn der Gesetzgeber kann durch die Vorgabe des Ausgangstextes den schöpferischen Prozeß der Rechtsnormsetzung – linguistisch gesehen – nachdrücklich „irritieren“. In diesem Sinn könnte man das Verhältnis zwischen Gesetzgeber und juristischem Entscheider als *strukturelle Kopplung* bezeichnen. Zu den Dienstpflichten etwa des Richters, den Normtext als Ausgangspunkt zu nehmen, kommen noch die methodenbezogenen Normen der Verfassung und ihre Präzisierung durch die Wissenschaft hinzu. So entsteht eine dreigliedrige Kette zwischen Gesetzgeber, Wissenschaft und Umsetzung, exemplarisch durch die Justiz. Die *Rechtsnorm* als die generelle Bedeutung des geltenden Rechts für „einen Fall wie diesen“ setzt der Richter. Hier ist der Gesetzgeber mit der Determination in aller Regel überfordert. Den Ausgangspunkt seiner Entscheidung muß sich der Richter aber von außen als *Normtext* vorgeben lassen. Andernfalls wäre die Beeinflussung durch den Gesetzgeber als rationaler Kern von Gewaltenteilung und richterlicher Bindung aufgehoben. "Die Schriftform des Textes garantiert nicht unbedingt Grenzen der Kühnheit des Interpretierens, wohl aber die Einheit des sozialen Zusammenhangs einer kommunikativen Episode. Sie konstituiert ein soziales Medium für das Gewinnen neuer Formen, nämlich guter Gründe für eine bestimmte Auslegung des Textes."²¹⁷ Inhalt des Mediums Gesetzbuch ist also ein anderes Medium: die Sprache des Verfahrens und die dort vorgebrachten Gründe.

II. Die streitige Argumentation im Verfahren

Weil die Entscheidung als Recht nicht einfach aus dem Gesetzestext herauspringt, findet das Verfahren statt. Als Inhalt des Mediums Gesetzbuch findet sich die gesprochene Sprache. Aber im Verfahren spricht man nicht nur; man streitet. Es geht darum, was überhaupt geschehen ist, und es geht darum, was das Gesetz sagt. Das heißt, es läuft ein semantischer Kampf. Bei der Frage, was geschehen ist, ist die semantische Seite vor allem ein Bezeichnungskonflikt, bei der Frage, wie das Gesetz zu lesen sei, handelt es sich vor allem um einen Bedeutungskonflikt.²¹⁸

²¹⁷NIKLAS LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main 1993, 364.

²¹⁸Vgl. dazu JOSEF KLEIN, "Wortschatz, Wortkampf, Wortfelder in der Politik", in: DERS. (Hrsg.), *Politische Semantik. Bedeutungsanalytische und sprachkritische Beiträge zur politischen Sprachverwendung*. Opladen 1989, 3 ff., 21; sowie FRITZ HERMANN, *Schlüssel-, Schlag- und Fahnenwörter. Zur Begrifflichkeit und Theorie der lexikalischen "politischen Semantik"*. Heidelberg / Mannheim 1994, 31 ff.

1. Das Verfahren als semantischer Kampf

Da die juristische Methodik bisher vor allem als Hermeneutik des Gesetzbuchs konzipiert war, hat sie das Verfahren kaum wahrgenommen. Es wurde ihm nur eine dienende Rolle zugewiesen, die vor allem in einer Pädagogik gegenüber dem Rechtsunterworfenen lag. Das Recht, welches schon vorher fertig im Buche stand, wurde den Beteiligten im Verfahren nur didaktisch vermittelt. Erst mit der pragmatischen Wende in der Sprachwissenschaft kommt das Verfahren als eigenständige Realität und Performanz des Rechts in den Blick.

„Semantische Kämpfe“ gelten²¹⁹ dem Vokabular öffentlicher Rede und Argumentation. Sie gelten den Worten in ihrer Bedeutung als Mittel solcher Rede. Allerdings sind semantische Kämpfe alles andere als lediglich der „Streit um Worte“, als der sie geführt werden müssen. Es geht den Kontrahenten um substantiell weitaus mehr als „nur um Worte (oder Wörter)“. Und ihr Kampf darum kann nur „dadurch verstanden und erklärt werden, dass man begreift, (...) dass dieses Mehr der eigentliche Inhalt der Auseinandersetzung ist, ohne dass es jedoch möglich wäre, diesen Inhalt von den Wortbedeutungen zu trennen.“²²⁰

Semantische Kämpfe entzünden sich „am Konflikt darüber, welche Bedeutung einem in Rede stehenden Ausdruck zu kommen soll.“ Und zwar in jeder Hinsicht. Semantische Kämpfe entzünden sich ebenso an „Konflikten über die Angemessenheit der Bezeichnung für einen Problemverhalt“, wie sie ihren Zündstoff etwa immer wieder in „Konflikten über implizite Unterstellungen, über umstrittene Konnotationen“²²¹ finden. Und in diesen Bedeutungs- und Bezeichnungskonflikten erschöpfen sie sich nicht.

„Semantisch“ sind solche Auseinandersetzungen darin, dass sie auf die den öffentlichen Sprachgebrauch leitende und tragende „Terminologie“²²² ausgehen. Die Öffentlichkeit kann dabei sehr präzise definiert sein. Sie mag sich etwa auf den von den Wänden eines Gerichtssaals umschlossenen, eminent „sozialen Raum“²²³ beschränken. Immer zielt die Auseinandersetzung auf die Terminologie, die der Rede ihre Bahnen vorzeichnet. Semantisch zielt die Auseinandersetzung auf jene Terminologie in dem gleichfalls denkbar weitesten Sinne eines Fundus an Nominationen, Klassifikationen und Kategorisierungen²²⁴, auf die sich die

²¹⁹Dazu JOSEF, KLEIN, "Wortschatz, Wortkampf, Wortfelder in der Politik", in: JOSEF, KLEIN (Hrsg.), *Politische Semantik. Bedeutungsanalytische und sprachkritische Beiträge zur politischen Sprachverwendung*. Opladen 1989, 3 ff.

²²⁰Rainer Wimmer, *Gebrauchsweisen sprachlicher Ausdrücke*, in: HANS JÜRGEN HERINGER / GÜNTHER ÖHLSCHLÄGER / BRUNO STRECKER / RAINER WIMMER, *Einführung in die praktische Semantik*. Heidelberg 1977, 24.

²²¹GEORG STÖTZEL, *Semantische Kämpfe im öffentlichen Sprachgebrauch*, in: GERHARD STICKEL (Hrsg.), *Deutsche Gegenwartssprache. Tendenzen und Perspektiven*. Jahrbuch 1989 des Instituts für Deutsche Sprache. Berlin 1990, 45 ff., 45 Fn. 1.

²²²Für den engeren Bereich der Politik hier durchaus WOLFGANG BERGSDORF, *Herrschaft und Sprache. Eine Studie zur politischen Terminologie in der Bundesrepublik Deutschland*. Pfullingen 1983.

²²³Zum Begriff PIERRE BOURDIEU, *Sozialer Raum und „Klassen“*, in PIERRE BOURDIEU, *Sozialer Raum und „Klassen“*. *Leçon sur leçon*. Zwei Vorlesungen. Frankfurt/M. 1985, 7 ff.

²²⁴PIERRE BOURDIEU, *Sozialer Raum und „Klassen“*, in PIERRE BOURDIEU, *Sozialer Raum*

Debatte jeweils verlegt um zu sagen, was in ihr „Sache ist“, was dafür „von Bedeutung ist“ und „Sinn macht“, und was damit für alle Beteiligten, oft auch für viele über deren engeren Kreis hinaus, und manchmal sogar für alle, „auf dem Spiel steht“.²²⁵ Und das sind von daher zugleich all die sprachlichen Arrangements und symbolischen Ordnungen, auf die ein jeder festgelegt ist, der in der Debatte ernst genommen werden will. Sie „terminieren“ so in der Tat den Sprachgebrauch, indem sie der Debatte die Grenzen ihres Sinn ziehen dort, wo ihm ohne dies keine gezogen sind²²⁶. Über diese Grenzen zu verfügen ist denn auch der Einsatz, der in den „Auseinandersetzungen um die Bedeutung eines Ausdrucks im weitesten Sinne“ als deren Anlass, Preis und Wert wiederum selbst auf dem Spiel steht. Und der Debatte die Grenzen ihres Sinns durch den eigenen Sprachgebrauch zu verfügen ist der Gewinn, den sie verspricht.

Förmlich zum „Kampf“ wird die Auseinandersetzung dann, wenn dieser Gewinn durch den Sieg über die Konkurrenz errungen werden soll. „Kämpfe um Wörter und Bedeutungen werden als Konkurrenzkämpfe ausgetragen.“²²⁷ In ihnen gilt es jeden Anspruch aus dem Feld zu schlagen, der sich dem des eigenen Sprachgebrauchs entgegenstellt. Es geht nach der Logik des Triumphs über den anderen darum²²⁸ den eigenen Sprachgebrauch allein in den Stand der Terminologie zu setzen. In den Stand jener Terminologie, die in der Debatte über Sinn und Unsinn entscheidet. In der Terminologie liegt die „Gewalt von Bedeutung“²²⁹ als Maßstab, an dem sich bemisst, wer in der Auseinandersetzung um die Sache etwas zu sagen hat, und wer nicht. Wessen Behauptungen Anerkennung verdienen, und wer nichts weiter von sich gibt als nur leere Worte, soziales Geräusch allenfalls, mit dem geringsten aller denkbaren Werte an Beachtung, dem des störenden, abzustellenden Rauschens. „Der Witz (...) eines solchen semantischen Kampfes besteht darin, die Verwendung eines Ausdrucks im öffentlichen Sprachgebrauch durchzusetzen, an den eine bestimmte Haltung (...) semantisch gebunden ist.“²³⁰

Und zu ergänzen ist gleich, dass das natürlich vor allem dann gilt, wenn unterschiedlich Verwendungsweisen ein und desselben Ausdrucks dafür in Frage kommen. Semantische Kämpfe werden in aller Schärfe darum geführt, von

und „Klassen“. *Leçon sur leçon*. Zwei Vorlesungen. Frankfurt/M. 1985, 35. Ähnlich auch ANSELM STRAUSS, *Spiegel und Masken. Die Suche nach Identität*. Frankfurt/M. 1974, 13 ff.

²²⁵Entsprechend unterscheidet JOSEF, KLEIN, "Wortschatz, Wortkampf, Wortfelder in der Politik", in: JOSEF, KLEIN (Hrsg.), *Politische Semantik. Bedeutungsanalytische und sprachkritische Beiträge zur politischen Sprachverwendung*. Opladen 1989, 3 ff., 17 als „Typen des Kampfs um Wörter“ die „Bezeichnungskonkurrenz, deskriptive Bedeutungskonkurrenz“ und die „deontische Bedeutungskonkurrenz“.

²²⁶Siehe allgemein LUDWIG WITTGENSTEIN, *Philosophische Untersuchungen*. Werkausgabe Band 1. Frankfurt/M. 1984, §§ 68 f.

²²⁷Vgl. JOSEF, KLEIN, "Wortschatz, Wortkampf, Wortfelder in der Politik", in: JOSEF, KLEIN (Hrsg.), *Politische Semantik. Bedeutungsanalytische und sprachkritische Beiträge zur politischen Sprachverwendung*. Opladen 1989, 3 ff., 17.

²²⁸Siehe grundsätzlich MICHEL SERRES, *Der Parasit*. Frankfurt/M. 1981, 339: „Die Logik des Kampfes ist die der Entscheidung: Man schlägt zu, man schneidet, man säbelt nieder.“

²²⁹Dazu FRIEDRICH MÜLLER, *Essais zur Theorie von Recht und Verfassung*. Berlin 1990, 198 f.

²³⁰RUDI KELLER, Kollokutionäre Akte, in: *Germanistische Linguistik*. 1/2 (1977), 28.

welcher Bedeutung ein Ausdruck für jeden zu sein hat, der sich in der Debatte zu Wort zu melden gedenkt. Sie werden nicht um die Richtigkeit des Sprachgebrauchs geführt sondern um ihr.

Entsprechend geht es den Kontrahenten im semantischen Kampf darum, ihre eigenen Erklärungen²³¹ zur Bedeutung eines Ausdrucks als einzige „Erklärung der Bedeutung“ durchzusetzen. „Lasst uns nicht vergessen“, so WITTGENSTEIN, „dass ein Wort keine Bedeutung hat, die ihm gleichsam von einer von uns unabhängigen Macht gegeben wurde, so dass man eine Art wissenschaftlicher Untersuchung anstellen könnte, um herauszufinden, was das Wort *wirklich* bedeutet. Ein Wort hat die Bedeutung, die ihm jemand gegeben hat.“²³²

Im semantischen Kampf setzen die Kontrahenten alles daran, dann selbst nicht einfach nur irgend jemand, sondern allein derjenige zu sein, der den Worten ihre Bedeutung gibt. Sie setzen alles daran, durch den eigenen Sprachgebrauch allein zu bestimmen, von welcher Bedeutung ein Ausdruck für die Auseinandersetzung wirklich ist. Und sie wollen so, dass es allein in ihrer Macht steht, welche Bedeutung ein Wort hat. Damit aber scheint der semantische Kampf als Praxis nichts ferner zu sein als jenen Verfahren, in denen aus dem Gesetz zur Entscheidung sozialer Konflikte Recht gewonnen werden soll. Kommt es auf den Rechtsstreit, so hat aller Kampf der Kontrahenten um Sprache in ihrer Bedeutung für ihren Konflikt in der Sache zu ruhen, um dem Gesetzeswort das ihm geschuldete Gehör zu schenken. Und es zählt allein das Gesetz.

Man muss nicht Positivist sein, um die Gesetzesbindung als Garantie auch nur eines „Minimums“ an Rechtstaatlichkeit juristischer Konfliktlösungen anzuerkennen²³³. Gerade diese Bindung unterscheidet Recht von Willkür. Wenn dies Positivismus ist, so hat, wie man meinen sollte alle guten Juristen Positivisten sein. Und sie sind es in der Regel auch in dem besonderen Sinn, dass sie davon ausgehen, sich als praktische Entscheidungsträger bei der Produktion von Entscheidungs- oder Begründungstexten zur Erzeugung von Recht an die Zeichenketten halten zu müssen, die ihnen der demokratisch legitimierte Gesetzgeber geliefert hat.²³⁴ Recht ist an das Gesetz gebunden, an den Normtext. Und man braucht sich dafür nicht einmal auf die kontinentaleuropäische Tradition kodifizierten Rechts zu beziehen. Auch Präzedenzen vermögen nur in verbindlicher Vertextung ihre Rolle zu spielen und ihrer Aufgabe gerecht zu werden. Und sie werfen, was ihre Bedeutung angeht, damit im die gleichen Probleme auf wie die Kodifizierungen im engeren Sinne. Der Text des Rechts,

²³¹Siehe dann auch für die konstativ/deklarative Doppelbödigkeit von solcherlei „Erklärungen“ LUDWIG WITTGENSTEIN, *Philosophische Bemerkungen*. Werkausgabe Band 2, Frankfurt/M. 1984, § 14 zum inneren Zusammenhang von Beschreibung und Vorschrift.

²³²LUDWIG WITTGENSTEIN, *Das Blaue Buch*. Werkausgabe Band 5, Frankfurt/M. 1984, 52.

²³³Eingehend zum Problem eines scheinbar unumgänglichen Minimalgehalt an Positivismus in der Rechtstheorie JAN M. BROEKMAN, The Minimum Content of Positivism, in: *Rechtstheorie* 16 (1985), 349 ff.

²³⁴Zu solchem Rechtsgeltungspositivismus wie überhaupt zu Einzelheiten der folgenden Ausführungen FRIEDRICH MÜLLER / RALPH CHRISTENSEN / MICHAEL SOKOLOWSKI, *Rechtstext und Textarbeit*. Berlin 1997.

das „Gesetzeswort“, jedenfalls setzt den Rahmen, in dem ein jeder Anspruch auf Recht überhaupt erst als ein solcher auftreten können. Es steckt das Feld ab, auf dem die Bürger ihren Anspruch darauf dann auch als ihr ureigenes Recht behaupten können. Und mit den Verfahren zur Entscheidung solcher Ansprüche sind auch die Bahnen vorgezeichnet, auf denen um Recht zu kämpfen ist

Damit kann auch der Einsatz präzisiert werden, um den es bei der Rechtserzeugung geht. Die Bedeutung des Gesetzes als Recht liegt in nichts anderem als in all den Erklärungen die zu seiner Bedeutung beigebracht werden. Auch die Bedeutung des Normtextes, des „Gesetzeswortes“ ist, was die Erklärungen zur Bedeutung des Normtextes erklären. Und zwar all die Erklärungen, die die Parteien in eigener Sache mit dem Anspruch auf eine rechtliche Entscheidung zu ihren Gunsten abgeben. Aber auch all die Erklärungen der Bedeutung des Normtextes als Recht, die durch die amtliche Entscheidung darüber abgegeben wird.

Das „Gesetz“ ist von daher immer erst akut zu produzieren. Es muss erst zum Text einer Norm fortgeschrieben werden. Und es muss überhaupt erst aktuell in diesem „Moment von Bedeutung“ vor den Fall gesetzt werden eben als leitenden Satz, als „Schiene“, auf die der Fall zu bringen und in den Urteilspruch überzuleiten ist. Damit wird nicht etwa nur das Gesetzeswort in seiner ihm schon substantiell eigenen Aussage aktualisiert. Gesetze werden in keinerlei Sinn „nur angewendet“. Sie sind immer erst in die entscheidende Norm für den Fall umzuwenden. Zu meinen es werde dabei lediglich interpretativ eine Bedeutung festgestellt, die der Gesetzestext schon irgendwie bei sich „hat“, oder gar zu meinen, es werde lediglich erkannt, was „hinter“ den Worten des Gesetzes steckt und zwischen seinen Zeilen „verborgen“ ist, heißt die Semantik der Rechtserzeugung auf den Kopf zu stellen.

2. „Kampf ums Recht im Raum der Sprache“²³⁵

Seine „Bedeutung“ gewinnt das Gesetz als „Angriffspunkt“ der Entscheidung über die Semantisierungen, in denen die Parteien das Gesetz für sich einzunehmen suchen. Vor Gericht sind die Interpretationen des Gesetzestextes Strategie. Sie sind strategisches Handeln, abgestellt auf die Durchsetzung der jeweiligen Rechtsversion. In den sprachlichen Schlägen, die sie zur Konfigurierung des Falls gegen den Gegner austeilt, in den Schnitten, die sie zum Ausschluss von Widerworten setzt und in den wechselseitig begrifflichen Enteignungen von Text, die sie für dessen Positionierung als Ausdruck von Recht vornimmt, ist die juristische Strategie²³⁶ der Logik des Kampfes unterworfen. Das gleiche gilt für ihr Ziel, den

²³⁵Vgl. dann so umgekehrt zur Definition von Politik JÜRGEN FRESE, Politisches Sprechen, Thesen über einige Rahmenbedingungen, in: ANNAMARIA RUCKTÄSCHEL (Hrsg.), *Sprache und Gesellschaft*. München 1972, 105.

²³⁶„Strategie“ hier im Sinn der diskursiven Strategien nach Foucault. Die „beziehen sich auf die Diskursobjekte, Äußerungsformen, Begriffsmanipulation: im ersten Fall stellen sie die verschiedenen Weisen dar, die Objekte abzuhandeln; im zweiten Fall stellen sie die verschiedenen Weisen dar, über Äußerungsformen zu verfügen; im dritten Fall stellen sie die verschiedenen Weisen dar, die Begriffe zu manipulieren; in jedem Fall handelt es sich um

Gewinn an Recht aus der Entscheidung über die Bedeutung des Gesetzestextes zu ziehen, der Logik des Kampfes unterworfen. Im rechtsstaatlichen Verfahren ist solche Entscheidung allerdings nicht mehr dem bloßen Spiel der Kräfte in verbaler Attacke und Gegenattacke überlassen. Vielmehr ist der semantische Kampf im Verfahren eingehegt.

Für die Parteien geht es in der gerichtlichen Auseinandersetzung nicht darum, ihr Recht zu finden. Das „haben“ sie längst. Sie haben es sich vor ihrem Erscheinen vor den Schranken des Gerichts schon herausgenommen. „Ihr Recht“ steht für sie gar nicht mehr zur Debatte, sondern es soll ihnen in aller Form verbrieft werden. Ihrer Sache soll dort zum Durchbruch verholfen werden, wo ihnen die Staatsgewalt einen umstandsloseren Weg verwehrt, oder wo es ihnen erfolgsversprechender erscheint, sich mit der Amtlichkeit ihres Rechts einen Revers auf den Einsatz staatlicher Gewalt ausstellen zu lassen.

Damit ist „Recht“ für die Parteien kein Selbstzweck. Es ist ihnen nicht einmal ein eigener Zweck über den „eentlichen“ ihres Kampfes um die strittige Sache hinaus. Das Recht, in dessen Formalitäten sich der Kampf vor Gericht fasst und in dessen Termen er sich ausbuchstabiert, ist ihnen überhaupt nicht Zweck der Übung. „Recht“ als Prämie ihrer Manöver im Gerichtssaal ist den Kontrahenten vor allem das Mittel dafür, den Kampf in eigener Sache siegreich zu bestehen. „Recht“ ist für die Parteien der Weg, durch die gegenseitige Demontage ihrer Äußerungen, durch die gegenseitige Delegitimierung ihres Handelns und durch die gegenseitige Diskreditierung als Akteure einander in eine Lage zu manövrieren, in der ihr Wort in der Sache schlicht nichts mehr gilt, in der sie so buchstäblich der Worte „beraubt“ und „sprachlos“ sind. „Recht“ als Rhetorik wird von den Kontrahenten vor Gericht zum Mittel dafür gemacht, einander in eine Lage zu bringen, in der sie als Sprecher in eigener Sache nichts mehr zu gewinnen haben, um damit einander „außer Gefecht“ zu setzen. Und so ist schließlich „Recht“ als Prämie ihrer Anstrengung im Verfahren das Instrument dafür, die Staatsgewalt für sich einzunehmen, indem vom anderen nichts bleibt als das geschlagene Opfer.

3. Der Streit als Material für die Begründung

Um gegen die Ansprüche der Parteien auf das Gesetzeswort den ihm gebührenden Platz als Herr des Verfahrens einnehmen zu können, muss sich der Richter erst den dafür nötigen Raum schaffen. Er muss den Normtext von den konkurrierenden Ansprüchen der Parteien im Weg einer negativen Semantik frei räumen. Zu Beginn des Rechtsstreits sieht sich der Richter mit einer semantisch gesetzgeberischen Gewalt der Parteien konfrontiert, die sich der Bedeutung des Gesetzeswortes bereits bemächtigt hat. Dagegen hat der Richter sich Zug um Zug in der ihm von Amts wegen übertragenen Gewalt über den Normtext selbst erst einmal durchzusetzen und auch zu behaupten. Denn sie sind Subjekte des

regulierte Weisen, Diskursmöglichkeiten anzuwenden.“ ANGELE KREMER-MARIETTI, Michel Foucault - Der Archäologe des Wissens. Frankfurt/M. / Berlin / Wien 1976, 155.

Verfahrens und ihre Argumente müssen im Hinblick auf die Begründung ernst genommen werden.

Der Richter kann die Entscheidung auch nicht verweigern²³⁷. Die Polarität²³⁸ des Anspruchs der Parteien auf das ungeteilt und unangefochten Ganze der Berechtigung macht eine Entscheidung unausweichlich. Damit der Richter sie indes zu seiner Entscheidung über das Recht machen kann, muss er die Bedeutungserklärungen der Parteien vom Normtext trennen. Die Semantik des Normtextes wird vom Ausgangspunkt zum Ziel und die semantischen Erklärungen der Parteien werden zum bloßen Argument. Sie werden eingestellt in die theoretische Basis eines auf die Bedeutung des Normtextes bezogenen Argumentationsvorgangs.

Schritt für Schritt unterwirft der Richter die Parteien seiner Amtsgewalt. „Neutral“ ist er dabei allein darin, dass er ihnen in gleicher Weise die Waffe einer sich jeweils ausschließenden Semantik des Normtextes entwindet und diese Waffe der Semantik unterschiedslos gegen alle Kontrahenten richtet. Im übrigen ist er alles andere als neutral. Auch er ist Kombattant im Kampf um das Recht mit den Mitteln der Sprache. Er steht nicht über der mit dem Konflikt verhandelten Sache. Er macht sie sich von Amts wegen zu eigen. „Führend“ ist der Richter in der Verhandlung des Konflikts allerdings, indem er sich mit der Macht seiner Worte zu der ausschlaggebenden Kraft einer Erzeugung von Recht profiliert; und „führend“ vor allem auch dadurch, dass so zunehmend nur noch er zur Sache spricht, während allen anderen tendenziell zunehmend Schweigen geboten wird. So „gibt“ denn der Richter im wahrsten Sinne des Wortes „das Gesetz“. Er gibt es den Parteien. Er gibt ihnen das Gesetz der Handhabung des Konfliktstoffs und derjenigen ihres Streits darum. Er gibt es ihnen dadurch, dass er sie seinem „Willen zum Gesetz“ unterwirft.²³⁹

Das „Dispositiv des Rechts“ ist das des semantischen Kampfes. In ihm hat das Recht seine Praxis. Juristische Textarbeit bringt das Gesetz als Normtext zu seiner Bedeutung als Rechtsnorm und macht es damit als das Recht geltend, den zur Lösung anstehenden Konflikt zu regeln. In seiner Arbeit am Text wandelt er den rohen Stoff des amtlich gesetzten Wortlauts in das Produkt einer den Fall entscheidenden Rechtsnorm; ein Produkt im übrigen, das er sogleich wieder in Arbeit nimmt. Zur Seite des Konflikts hin nimmt der Richter seinen Text als Stoff für die Schlussfolgerung hin zur Entscheidungsnorm. Zur Seite des „Rechts als Text“²⁴⁰ hin liefert ihm sein Erzeugnis einer Rechtsnorm sogleich wieder das Material für das Abfassen der Urteilsbegründung; er verbraucht es sozusagen für die Erzeugung von Legitimität.

²³⁷Zum Rechtsverweigerungsverbot z. B. FRIEDRICH MÜLLER, *Juristische Methodik*. 6. Auflage, Berlin 1995, 137 f.

²³⁸Zum „Prinzip der Polarität“ CARL VON CLAUSEWITZ, *Vom Kriege*. Frankfurt/M. / Berlin 1991, 28 f.

²³⁹Praxeologisch zum Begriff des „sich das Gesetz geben“ im Sinn der wechselseitigen „Entwaffnung“ und des gegenseitigen „Niederwerfens“ CARL VON CLAUSEWITZ, *Vom Kriege*. Frankfurt/M. / Berlin 1991, 20.

²⁴⁰Ausführlich dazu DIETRICH BUSSE, *Recht als Text. Linguistische Untersuchungen zur Arbeit mit Sprache in einer gesellschaftlichen Institution*. Tübingen 1992.

III. Die Begründung bezieht die Argumentation auf den Gesetzestext

Die Notwendigkeit einer Begründung von Gerichtsurteilen ergibt sich in der deutschen Verfassung aus dem Rechtsstaatsprinzip und im Gemeinschaftsrecht, bzw. internationalen Recht schon aus dem Grundsatz einer geordneten Rechtspflege.²⁴¹ Was von einer Begründung verlangt werden muss, wird definiert durch die praktische Entwicklung der jeweiligen Rechtskultur. Allerdings steckt darin auch ein prinzipielles Problem. Was kann man von einer Begründung verlangen?

1. Kriterien für eine gute Begründung

In Betracht käme Akzeptanz. Man könnte solange begründen, bis noch der letzte einverstanden wäre. Das mag im Freundeskreis vorkommen, im Rechtssystem nicht. Seine Funktion ist eine Entscheidung zu treffen, dort wo gemeinsame Akzeptanz aller Beteiligten gerade nicht mehr möglich ist. Wenn Annahme durch die Betroffene als wirkliche oder psychologische Größe damit gerade nicht in Betracht kommt, was kann man dann eine gute Begründung nennen?

Man könnte daran denken, die Akzeptanz zu idealisieren. Eine Begründung ist gut, wenn man sie in einer idealen Sprechsituation anerkennen müsste. Aber dieser Weg ist nicht gangbar. Denn entweder man lässt die ideale Sprechsituation undefiniert. Dann weiß niemand, wann eine Begründung gut ist. Oder man definiert die Regeln für die Konstitution dieser idealer Situation. Dann hat man aber zwei Folgeprobleme: Erstens erkennt man sofort, dass die Situation des Rechts gerade nicht die des herrschaftsfreien idealen Sprechens ist. Man muss dann zu allen möglichen Hilfsregeln greifen, die das Problem nur verschieben. Wichtiger ist aber die zweite Klippe. Sobald man die Regeln des herrschaftsfreien Sprechens definiert, ist der, der sie nicht erfüllt nicht mehr in der Vernunft. Statt Herrschaftsfreiheit zu erzeugen, hat man die Menschen eingeteilt in rationale Subjekte und therapiebedürftige Objekte.

An die Stelle der Akzeptanz muss man deswegen die Geltung einer Argumentation setzen. Eine Begründung ist gut, wenn sie gilt. Was heißt nun Geltung einer Argumentation.

Argumentation ist eine Sequenz von Sprechakten, die man einteilen kann in Behauptung, Begründung und Widerlegung. Ein Vorgang also, den man aus jedem juristischen Prozess kennt. Die Begründung eines Urteils soll das Ergebnis dieses Prozesses darstellen. Es gibt innerhalb der Jurisprudenz vor allem im Bereich der Rechtsmittelverfahren eine große Menge impliziten Wissens darüber, wann eine juristische Begründung gültig ist. Um dieses implizite Wissen theoretisch erfassen zu können, bedarf es wiederum eines Blickes von außen. Nützlich ist hier die Hilfe der philosophischen Argumentationstheorie.

²⁴¹Vgl. dazu: Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, in: *NJW* (1999), 2429.

2. Die philosophische Argumentationstheorie

Die Argumentationstheorie entwickelt sich in der Philosophie von einem Spezialgebiet zu einer zentralen Bedingung für zukünftiges philosophisches Weiterdenken. Die philosophische und wissenschaftstheoretische Entwicklung führt von ganz verschiedenen Voraussetzungen aus zu dem Ergebnis, dass die Rationalität einer Argumentation nicht von außen begründet werden kann. Denn für eine Letztbegründung fehlt uns ein der Argumentation entzogener Archimedischer Punkt. Die Praxis des Argumentierens ist damit die einzige Instanz möglicher Verbindlichkeit. Das heißt aber nicht, dass die Philosophie vor der faktischen Argumentation kapitulieren müsste. Vielmehr muss sie ihr Vorgehen ändern. Statt in einer Missionarsstellung Rationalität von oben überzustülpen, muss sie von innen her im prinzipiell un abgeschlossenen Prozess der Argumentation mitarbeiten. Die Philosophie wird damit als Argumentationstheorie zur reflexiven Aufstufung der Praxis.

Die Bandbreite philosophischer Argumentationstheorie reicht von rein empirischen Analysen über rhetorischen Untersuchungen der argumentativen Wirkmechanismen bis zu normativ ausgerichteten Versuchen einen Regelkanon des Argumentierens zu erarbeiten. Das Problem dieser Entwicklung liegt darin, dass die von der Argumentationstheorie vorgeschlagenen Unterscheidungen nicht anders als argumentativ entwickelt werden können. Objekt- und Metaebene sind von Anfang an kontaminiert. Deswegen kann auch der Anfang der Argumentationstheorie nicht oberhalb praktischen Streitens liegen, sondern nur inmitten der Argumentation. Und diesen Entwicklung vollzieht sich nicht einfach in der Philosophie, sondern in jeder Argumentation, die sich selbst zum Thema macht. Argumentationstheorie im Recht ist deswegen nicht denkbar von außen, vom Feldherrnhügel der Philosophie aus. Sondern nur von innen, als mitarbeitende Reflexion.

3. Die Geltung als Kriterium

Wenn die philosophische Argumentationstheorie diese mitarbeitende Reflexion am Beispiel der Begründung von Rechtsentscheidungen vollzieht, ergibt sich folgendes: Der Prozess wird ausgelöst durch die Rechtsmeinung der Parteien, die sich natürlich gegenseitig ausschließen. Durch das gerichtliche Verfahren werden die Parteien zu einer Distanzierung von diesen Meinungen gezwungen, indem sie ihre Anträge begründen müssen. Mit der Formulierung der Schriftsätze, mit der Einschaltung eines professionellen Juristen wird die Rechtsmeinung bis zu einem gewissen Grad schon der Probe unterzogen, ob sie auch für sich betrachtet, unabhängig von der Person des Klägers oder des Beklagten, Bestand haben kann. Schon damit ist der erste Schritt vom Meinungskampf zum semantischen Kampf um Gesetzestexte vollzogen und es beginnt damit der Prozess der Argumentation. Diese Argumentation im Prozess hat, wenn man juristischer Erfahrung und philosophischer Analyse folgt, eine retroreflexive Struktur. Das heißt, der Begründungszusammenhang einer Rechtsmeinung wirkt auf die Voraussetzungen, die in diese Begründung eingehen, zurück. Es handelt sich

hier um eine Rückkopplungsschleife, die sich aus der Dynamik der Argumentation ergibt. Weil der Prozess widerstreitende Rechtsmeinungen klärt und zur Entscheidung bringt, steht nicht von vornherein fest, welche Annahmen als sicher in Anspruch genommen werden können. Erst im semantischen Kampf oder Argumentationsprozess selbst, wenn die Geltung der zur Anspruchs begründung herangezogenen Rechtsmeinungen untersucht wird, kann die Bedeutung einzelner Elemente der Argumentation sichtbar werden. Diese entfaltet sich erst in der Beziehung des einzelnen Elements zu den anderen Elementen und wird vom streitigen Fortgang des Gesamtprozesses. Der nächste Schritt kann dabei die vorherigen Schritte beeinflussen und zu ihrer Revision führen. Es wird also im Rechtsstreit die ursprüngliche Rechtsmeinung aufgrund der vorgebrachten Einwände und Widerlegungen beständig reformuliert, was wiederum zu einer Veränderung der Gegenargumente führen kann.

Dieser retroreflexive Prozess der Argumentation kann idealerweise solange weitergehen, bis eine gültige Version der streitigen Rechtsmeinung erreicht ist. Dann müssen die Prozessbeteiligten eine entsprechende theoretische Basis verfügbar machen und alle Einwände ihres Prozessgegners ausräumen, bzw. so reformulieren, dass sie in die Begründung der eigenen Rechtsmeinung integriert werden können. Mit diesem Status der Einwandfreiheit ist im Ergebnis eine gültige These erreicht²⁴², bzw. der Streit der Rechtsmeinungen richtig entschieden.

Dieses Ergebnis muss in der Begründung des Urteils dargestellt werden. Die Begründung ist damit nicht an der Akzeptanz der Beteiligten orientiert, dem bloßen Meinungsstand. Sie ist vielmehr orientiert am Stand der Argumente, das heißt, der Geltung. Geltung ist Einwandfreiheit. Wenn und solange eine Rechtsentscheidung alle gegen sie vorgebrachten Argumente integriert oder ausräumt, ist sie gültig.

IV. Transkription als Legitimitätstransfer

Kann man den Übergang vom Gesetz über die Argumentation zur Begründung so gestalten, dass die demokratische Legitimität des Normtextes auf die Urteilsformel übertragen werden kann? Um diese Frage zu beantworten, muss man die Transkriptionsprozesse in der Medienkonstellation des Rechts untersuchen. Recht ist notwendig an Sprache gebunden. In einem System geschriebenen Rechts treten seine Vorschriften als Normtexte auf, d. h. als amtlich autorisierte Textformulierungen geltenden Rechts. Die Rechtsordnung bildet ein Kontinuum von Texten, die für anders nicht lösbare Konfliktfälle sanktioniert sind durch ‚als solche‘ sprachlose Gewalt, die wiederum ihrerseits durch die zugehörigen Verfahren sprachlich vermittelt wird. *Rechtsstaatliches Recht* arbeitet möglichst wenig mit bloßer und möglichst weitgehend mit sprachlich geformter, vermittelter

²⁴²Vgl. zu diesem Kriterium des Geltung von Argumentation Harald Wohlrapp, Die diskursive Tendenz, in: Ders. (Hrsg.), *Wege der Argumentationsforschung*. Stuttgart-Bad Cannstatt 1995, 395 ff., 400; sowie Geerd Lueke-Lueken, Konsens, Widerstreit und Entscheidung, in: ebd., 358 ff., 378.

und kontrollierbarer konstitutioneller Gewalt²⁴³. Diese Form von Sprachlichkeit der Rechtsordnung entspricht dem Streben des bürgerlichen Verfassungsstaats der Neuzeit nach *Rationalität*. Diese ist funktionell zweideutig. Sie ist doppelt wirksam, indem sie einmal Herrschaftsprozesse erleichtern hilft, zum ändern die Voraussetzung für Konsens schafft. Das drückt sich in einer doppelten Form von Sprachlichkeit der Rechtstexte aus: *anordnende* und *rechtfertigende Texte*. Diese durchgehende Textstruktur setzt historisch die Organisationsleistungen des Verfassungsstaats der Moderne (wie: innere Souveränität und Monopol legitimer Gewaltausübung, Normenhierarchie und systematischen Rechtsschutz) voraus.

1. Anordnende und rechtfertigende Texte

Recht ist (auch) Instrument von Herrschaft. Als rechtsstaatlich geformtes ist es zugleich Instrument der Begrenzung von Herrschaft. Insoweit Macht inhaltlich und prozedural *als Recht* in spezifischer Formalisierung auftritt, ist sie auch spezifischen Bedingungen, Brechungen, Kontrollen unterworfen²⁴⁴. Die Formalisierung unseres Typus von Rechtsordnung erfolgt durch Sprache. Diese unterwirft die Herrschaftsvorgänge der Kommunikation, der Möglichkeit sprachlicher Kritik, der Notwendigkeit sprachlicher Rechtfertigung. Im *demokratischen* Rechtsstaat nach dem Modell des Grundgesetzes sollen rechtsstaatliche Form und demokratische Politik im Sinn eines „materiellen Rechtsstaats“ zusammenkommen. Nicht dem formalistisch-autoritären Rechtsstaat mit Zügen des Obrigkeitsstaates, wohl aber dem freiheitlich-demokratischen Rechtsstaat entsprechen zusätzliche verfassungsrechtliche Sicherungen der *Konsensfunktion* seiner Rechtstexte: auf der Seite der *anordnenden Texte* Forderungen wie Tatbestandsbestimmtheit, Rückwirkungsverbote, rechtliches Gehör, usw.; auf der Seite der *rechtfertigenden Texte* das Gebot der Methodenehrlichkeit (d. h. des Übereinstimmens von Finden und Begründen der Entscheidung), die verschiedenen Begründungspflichten, Einzelinstitute wie das der Abweichenden Meinung bei Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, usw.

Über solche Beispiele hinaus läßt sich die *Textstruktur* dieser Rechtsordnung insgesamt nach folgenden Ebenen gliedern: a) nach *abstrakt anordnenden* Texten (Gesetzeswortlauten und - soweit sie über den Fall hinaus verbindlich sein können - Texten von Rechtsnormen) und diese Normtexte *rechtfertigenden* Texten (amtlichen Begründungen von Gesetzen, „Motiven“ der gesetzgebenden Gremien, Debatten und Verhandlungen, Ausschlußberichten und, im Fall der Rechtsnormen, Entscheidungsgründen); sowie b) nach *konkret anordnenden* Texten (Entscheidungsnormen, welche die Rechtsprechung entwirft oder die die Exekutive erläßt) und diese *rechtfertigenden* Texten (Entscheidungsgründen in Exekutive und Rechtsprechung).

Der demokratische Rechtsstaat „hat“ nicht, er „ist“ eine Textstruktur. Diese

²⁴³Vgl. hierzu Friedrich Müller, *Recht, Sprache, Gewalt*. Berlin 1975, 18 ff., 29 f.

²⁴⁴Das Bundesverfassungsgericht leitet aus dem Rechtsstaatsprinzip in ständiger Rechtsprechung die Forderung nach Vorausssehbarkeit und Berechenbarkeit ab; vgl. zuletzt BVerfGE 99, 216, 242.

unterscheidet ihn von den anderen Typen der Staatsorganisation; denn der Rest ist allen Typen gemeinsam: „sächliche“ und „persönliche Mittel“ im Sinn des Verwaltungsrechts. Den Gebäuden, deren Möblierung, den Papierstapeln, den Amtspersonen ist es nicht anzusehen, ob sie einen Rechts- oder einen Nicht-Rechtsstaat am Funktionieren halten. Nur die Semantik und die Strukturierungsart der staatsproduzierten Textmasse distinguieren ein rechtsstaatliches System.

Die Rechtsordnung ist ein Sprachspiel unter anderen, aber eben das einzige mit angehäufter allgemeiner Gewalt versehene, das Sprachspiel des Staates. Alles, was an dessen Institutionen nicht verdinglichte oder direkte Gewalt ist, ist Sprache, mündlicher oder schriftlicher Text; und nicht zuletzt seine als „Recht“ bezeichneten Handlungsformen. Anders gesagt: die einzige Möglichkeit, die im Staat angehäufter Gewalt zu disziplinieren, einzugrenzen, zu teilen und zu kultivieren, besteht in Sprache. Sie liegt in der Textualität des gewaltgestützten Rechts und in den in dieser anfallenden Komplikationen, Brechungen, Faltungen und sprachvermittelten Selbstbindungen. *Gewaltenteilung* ist vor allem eine Text-Teilung (für die Institutionen nebeneinander und die Instanzen übereinander), eine Text-Verteilung (für die Auffächerung der Kompetenzen) und eine Text-Kontrolle (das System der checks and balances). Die Gewaltenteilung als Textteilung, auf symbolischer Ebene verankert, ist eine Aufteilung der Gewaltbefugnis, unter den und den Voraussetzungen Texte der und der Art mit den und den Wirkungen bzw. Relationen zu anderen Texten zu produzieren. Gewaltenteilung als Teilung, Verteilung und Kontrolle der Textkompetenzen ist eine der wesentlichsten Eigenschaften rechtsstaatlicher Textstruktur.

2. Begründung und Recht auf Sprache

Der Richter hat im Rechtsstaat keine Kompetenzkompetenz, sondern eine umgrenzte Ermächtigung. Der Begriff „Kompetenzkompetenz“ kommt aus der obrigkeitstaatlichen 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 rechtssprechende 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.²⁴⁵ 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

²⁴⁵Vgl. Friedrich Müller / Ralph Christensen / Michael Sokolowski, *Rechtstext und Textarbeit*. Berlin 1997, 138 ff.

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 Vertrags 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, 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“.²⁴⁶

3. Legitimationstransfer

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 Gewaltausübung. Darin liegt die wichtige Rolle des Rechts auf Gehör.

Die Textstruktur des Rechtsstaats²⁴⁷ bewirkt eine Einschränkung der Verknüpfungsmöglichkeiten in Hypertext und eine Hierarchisierung von Texten, ausgehend von den Postulaten der Voraussehbarkeit, Berechenbarkeit und Einzelfallgerechtigkeit. Ziel dabei ist ein Transfer der demokratischen Legitimation des Gesetzgebers auf die Einzelfallentscheidung. Um diesen zu erfassen, muss man zunächst anordnende und rechtfertigende Texte unterscheiden.

Sowohl der Normtext als auch der gerichtliche Tenor sind *anordnende Texte*.²⁴⁸ Sie unterscheiden sich dadurch, auf unterschiedlichen Konkretisierungsstufen im Prozess der Entscheidungsfindung zu stehen. Während sich aber die Legitimität der Anordnung im Normtext aus der demokratischen Legitimation des Gesetzgebers ergibt, muss die des Gerichts jeweils erst noch begründet werden.

Diesem Legitimitätstransfer dient die Entscheidungsbegründung als *rechtfertig-*

²⁴⁶BVerfGE 98, 218, 263, unter Bezug auf BVerfGE 83, 24, 35; 86, 133, 144 f.

²⁴⁷Friedrich Müller, *Juristische Methodik und Politisches System*. Berlin 1976, 80 ff., 95 ff.

²⁴⁸Vgl. Friedrich Müller / Ralph Christensen / Michael Sokolowski, *Rechtstext und Textarbeit*. Berlin 1997, 117.

*tigender Text.*²⁴⁹ In ihr tauchen die Auslegungsinstrumente im Rahmen von Argumentformen auf.

Die Aufgabe der Urteilsbegründung ist damit der Legitimationstransfer. Um diese Aufgabe zu erfüllen, hat sie bestimmten Anforderungen zu genügen. Sie muss den Stand der Geltung erreichen, indem sie den besseren Argumenten den Vorrang gibt und das Gesetz als Grenze der Argumentation respektiert.

D. Die Gesetzesbindung als Paradoxienmanagement

Der Transfer der gesetzlichen Legitimität auf das Urteil kann nur gelingen, wenn die vom Gericht gewählte Auslegungsvariante des Normtextes haltbar ist. Die Auslegungsvariante gibt dem Normtext seine Bedeutung und kann deswegen auch Rechtsnormhypothese genannt werden. Diese Rechtsnormhypothese wird überprüft an den Argumenten, die im Verfahren vorgebracht werden. Das Verfahren organisiert einen Konflikt, um der Begründung richterlicher Entscheidung einen Relevanzhorizont zu verschaffen, der gegebenenfalls im Rahmen der Amtsermittlung zu ergänzen ist, so dass er dem Niveau der wissenschaftlichen Diskussion genügt. Die Rechtsnormhypothese muss den Stand der Geltung erreichen. Das heißt, sie muss alle Gegenargumente entweder integrieren oder widerlegen. Dann ist dem Gesetz als Grenze Genüge getan. Der Rechtsstaat kann eine Grenze im Normtext nicht objektiv vorgeben. Aber er fordert von den Gerichten eine Praxis der Grenzziehung.

Die triviale Alltagspraxis der Jurisprudenz weist also bei genauer Betrachtung Untiefen auf. Es zeigt sich nämlich, das Paradox, dass Juristen an das gebunden sind, was sie selbst produzieren. Aber das ist kein Grund für panischen Schrecken. Denn mit den geschilderten methodischen Instrumenten verfügen die Gerichte über ein äußerst erfolgreiches und praktisch bewährtes Instrumentarium zum Paradoxienmanagement. Auch zeigt sich in der Interpretationsleistung von Gerichten ein Moment von Gewalt, welches darin liegt, dass sie die gleitende Bedeutung von Texten fixieren. Aber auch darauf muss man nicht mit einem Rückzug ins Reich der Ideale reagieren. Denn diese Gewalt ist zwischen Gesetzgeber und Richter geteilt, durch das Verfahren mediatisiert und vielfältigen Kontrollen unterworfen. In einem rechtsstaatlichen Verfahren ist der dann verbleibende Rest hinreichend eingehegt und kultiviert.

Das verfassungsrechtliche Rechtsstaatsprinzip ist eine Entscheidung für die Praxis einer Grenze: es verlangt vom Rechtsanwender, dem engeren, spezifischeren Kontext bei der Bedeutungsbestimmung den Vorrang einzuräumen. Unter den Vorgaben des durch den Normtext gesetzten Textformulars (des „Gesetzes“)

²⁴⁹Vgl. Friedrich Müller / Ralph Christensen / Michael Sokolowski, *Rechtstext und Textarbeit*. Berlin 1997, 117, 121 ff. sowie Stefan Brink, *Über die richterliche Entscheidungsbegründung*. Frankfurt am Main / Berlin / Bonn 1999, der bei der Rechtfertigungsfunktion weiter differenziert zwischen erklärender und kontrollierender Funktion der Begründung.

und der an die methodenbezogenen Normen der Verfassung rückgebundenen Standards methodischer Zurechnung sind die Möglichkeiten zum Durchsetzen einer bestimmten Interpretationsweise im Recht deutlich stärker eingeschränkt und damit kontrollierbarer als in einem nur auf das politische Sprachspiel bezogenen semantischen Konflikt. Eine Grenze juristischer Textarbeit ergibt sich so als Relation zwischen drei Faktoren: Der vom Gesetzgeber verabschiedete Normtext als Zeichenkette muß Ausgangs- und Zurechnungsgröße der Entscheidung sein. Die von der Wissenschaft entwickelten methodischen Instrumentarien eröffnen Kontexte für die Bedeutungsbestimmung. Ausgehend von den methodenbezogenen Normen der Verfassung können diese Kontexte in eine Rangfolge gebracht werden, gleichzeitig sorgt der prozeßrechtliche Rahmen des Gerichtsverfahrens für ihre Verendlichung. Außerdem gibt es zur weiteren Kontrolle den Instanzenzug, unterstützt von der begleitenden Kritik der Wissenschaft am Tun der Gerichte. All diese Faktoren, zusammengenommen, ergeben die Gesetzesbindung. Der Rechtsstaat ist nicht monologisch-richterbezogen, sondern diskursiv-verfahrensbezogen. Er verläßt sich nicht auf einsame Erkenntnis, sondern fordert eine öffentliche Diskussion, in der sich die besseren Argumente für die Lesart des Gesetzes durchsetzen sollen.

Allerdings vermag keine Methodik die interpretatorische Gewalt und die Paradoxien in ihrer Einhegung aufzuheben. Das wäre Illusion und Fassade für unkontrollierte Machtausübung. Methodik muss vielmehr die inneren Aporien einer Entscheidung protokollieren. Denn diese zeigen sich in jedem noch so unbedeutenden Verfahren. Nur eine Entscheidung, die durch das Paradox der Bindung von Gewalt hindurchgegangen ist, ist eine Rechtsentscheidung. Die Gesetzesbindung nimmt dem Richter²⁵⁰ nicht die Verantwortung ab. Sie ist die Grundlage für seine Verantwortung.²⁵¹ Denn er muss die Verknüpfung zum Gesetz herstellen, die möglich ist, ohne dort seine Entscheidung vorzufinden.

Recht ist aus dem Streit der Parteien erst zu schaffen. Schaffen heißt aber nicht, etwas zu machen, das gerade fehlt, etwas, das abwesend ist, anwesend zu machen. Das wäre nur eine weitere Verlängerung der Präsenzmetaphysik. Recht ist weder in Gesetzestext anwesend, noch im Sprechen der Parteien, noch in der richterlichen Begründung. Recht existiert als Aufschub. Weil wir es im Text nicht finden können, deswegen sprechen wir. Und weil wir uns im Sprechen nicht einigen können, deswegen muss entschieden werden. Aber weil anders entschieden werden könnte, braucht man eine Begründung. Aber weil auch diese zur Überzeugung nicht ausreicht, braucht man Rechtsmittel. Auch in der Rechtskraft endet der Aufschub des Rechts nicht. Zwischen den Parteien und in der Literatur kann immer noch weiter gestritten werden. Trotzdem: Auch wenn das Recht nie endgültig gefunden wird, ist mit seinem Aufschub im

²⁵⁰Grundlegend für die Geschichte und die verschiedenen Varianten des Richterbildes Dieter Simon, *Die Unabhängigkeit des Richters*. Darmstadt 1975.

²⁵¹Vgl. hierzu den Vortrag auf dem Rechtshistorikertag 2002 in Würzburg: Regina Ogorek, *"Rassenschande" und juristische Methodik*. Im Erscheinen 2004. Die dort analysierte argumentative Grammatik des Reichsgerichts bei der Anwendung des Blutschutzgesetzes von 1935 sollte als erstes Kapitel in jedem Methodenlehrbuch stehen.

Verfahren etwas erreicht. Das Gefühl des Unrechts ist ein Stück weit artikuliert. Der semantische Kampf um die Lesart des Gesetzes ist ein Stück weit zur Argumentation kultiviert. Und das Ergebnis liefert weiteren Streitfällen bessere Gründe.

Der Entzug des Rechts aus dem Gesetz in das Verfahren, von dort in die Entscheidung, ihre Begründung und die daran anschließende Kritik kann negativ begriffen werden als sein Verschwinden. Aber man kann es auch positiv begreifen als von Regeln der Kunst geordneter Versuch, die Verdinglichung der Gerechtigkeit zu verhindern. Der Eigenwert des Rechts liegt gerade in diesem Entzug. Ob ein Verfahren sich als Performanz der Macht oder des Rechts entwickelt, kann nicht von vornherein sichergestellt werden. Es kann nur wahrscheinlich gemacht werden durch rechtsstaatliche Vorgaben, Entwicklung einer daran orientierten Argumentationskultur, Ausbildung der Richter, wissenschaftliche Kritik und weitere soziale Komponenten der Gesetzesbindung. Am Ende aber liegt es in der Verantwortung des Richters.

Literaturliste

Alexy, Robert, Begriff und Geltung des Rechts. Freiburg/München 1994.

Alexy, Robert, Die logische Analyse juristischer Entscheidungen, in: Ders. / Hans-Joachim Koch / Lothar Kuhlen / Helmut Rießmann, (Hrsg.) Elemente einer juristischen Begründungslehre. Baden-Baden 2003, 9 ff.

Alexy, Robert, Rechtsregeln und Rechtsprinzipien, in: Ders. / Hans-Joachim Koch / Lothar Kuhlen / Helmut Rießmann, (Hrsg.) Elemente einer juristischen Begründungslehre. Baden-Baden 2003.

Amstutz, Marc, Zwischenwelten zur Emergenz einer interlegalen Rechtsmethodik im europäischen Privatrecht, in: Gunther Teubner / Christian Joerges (Hrsg.), Rechtsverfassungsrecht. Baden-Baden 2003.

Anweiler, Jochen, Die Auslegungsmethoden der Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, Frankfurt am Main 1997.

Arnell, Anthony, Interpretation and Precedent in English and Community Law: Evidence of Crossfertilization?, in: Mads Andenas (Hrsg.), English Public Law of Europe. London 1998.

Bachelard, Gaston, Le matérialisme rationell. Paris 1972.

Baden, Eberhard, Gesetzgebung und Gesetzesanwendung im Kommunikationsprozeß. Baden-Baden 1977.

Baden, Eberhard, Zum Regelungsgehalt von Gesetzgebungsmaterialien, in: Jürgen Rüdiger (Hrsg.), Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung. Berlin / Heidelberg / New York 1976.

Baecker, Dirk, Zeit und Zweideutigkeit im Kalkül der Form, in: Nummer 3, 4/5 (1996), 11 ff.

- Barcelò, John J., Precedent in European Community Law, in: Neil MacCormik / Robert S. Summers (Hrsg.), *Interpreting Precedents: A Comparative Study*. Dartmouth 1997.
- Battis, Ulrich / Grigoleit Kai, Neue Herausforderungen für das Versammlungsrecht?, in: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* (2001).
- Becker, Frank / Reinhardt-Becker, Elke, *Systemtheorie. Eine Einführung für die Geschichts- und Kulturwissenschaften*. Frankfurt am Main 2001.
- Benjamin, Walter, Zur Kritik der Gewalt, in: Ders., *Gesammelte Schriften*. Band II 1, Frankfurt am 1980, 179 ff.
- Bergsdorf, Wolfgang, *Herrschaft und Sprache. Eine Studie zur politischen Terminologie in der Bundesrepublik Deutschland*. Pfullingen 1983.
- Bernhardt, Rudolf, Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge, insbesondere in der neueren Rechtsprechung internationaler Gerichte, in: *BaöRV* 49 (1963), 1 ff., 17.
- Binding, Karl, *Handbuch des Strafrechts*. Bd. I, Leipzig 1885.
- Blank, Josef, *Europäische Fusionskontrolle im Rahmen der Art. 85, 86 des EWG-Vertrages*. Baden-Baden 1991.
- Bleckmann, Albert, Die systematische Auslegung im europäischen Gemeinschaftsrecht, in: Ders., *Studien zum Europäischen Gemeinschaftsrecht*. Köln 1986, 41 ff.
- Bleckmann, Albert, Rechtsquellen, in: Manfred Dausen (Hrsg.), *Handbuch des EG-Wirtschaftsrechts*. Band I, München 1997, Rn. 15, Fn. 23, 25, 26.
- Bloch, Ernst, Über Heterogenie der Zwecke, in: Ders., *Philosophische Aufsätze zur objektiven Phantasie*. GA Bd. 10, Frankfurt am Main 1977, 431 ff.
- Bourdieu, Pierre, Sozialer Raum und „Klassen“, in Pierre Bourdieu, *Sozialer Raum und „Klassen“*. Leçon sur leçon. Zwei Vorlesungen. Frankfurt/M. 1985, 7 ff.
- Brandom, Robert, *Expressive Vernunft*. Frankfurt am Main 2000.
- Brandom, Robert, *Making it explicit. Reasoning, Representing and Discursive Commitment*, Cambridge (Mass.) / London 1994.
- Brink, Stefan, *Über die richterliche Entscheidungsbegründung*. Frankfurt am Main / Berlin / Bonn 1999.
- Broekman, Jan M., The Minimum Content of Positivism, in: *Rechtstheorie* 16 (1985), 349 ff.
- Brown Neville / Jacobs, Francis G., *The court of Justice of the European Communities*. 3. Aufl., London 1989.
- Brugger, Winfried, Würde gegen Würde, in: *VBIBW* (1995), 446 ff.

- Buck, Carsten, Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft, Frankfurt am Main / Berlin / Bern u. a. 1998.
- Busse, Dietrich, Historische Semantik. Stuttgart 1987, 119 ff.
- Busse, Dietrich, Recht als Text. Linguistische Untersuchungen zur Arbeit mit Sprache in einer gesellschaftlichen Institution. Tübingen 1992.
- Busse, Dietrich, Was ist die Bedeutung von Gesetzestexten, in: Friedrich Müller (Hrsg.), Untersuchungen zur Rechtslinguistik. Berlin 1989, 93 ff.
- Bydlinski, Franz, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff. Wien / New York 1991.
- Christensen, Ralph / Kudlich, Hans, Theorie richterlichen Begründens. Berlin 2001.
- Christensen, Ralph / Sokolowski Michael, Recht als Einsatz im semantischen Kampf, erscheint in Sammelband zum semantischen Kampf, hrsg. von Ekkehard Felder, 2005.
- Christensen, Ralph, Die Wortlautgrenze oder was Juristen mit der analytischen Sprachphilosophie machen. Im Erscheinen 2005.
- Clausewitz, Carl von, Vom Kriege. Frankfurt/M. / Berlin 1991.
- Clauss, Karl, Zum Begriff der Unklarheit, in: JZ (1960), 306 ff.
- Clemens, Christian, Strukturen juristischer Argumentation. Berlin 1977.
- Coing, Helmut, Grundzüge der Rechtsphilosophie. Berlin / New York 1993.
- Collini, Stefan, Die begrenzbare und die unbegrenzbare Interpretation, in: Umberto Eco, Zwischen Autor und Text. München / Wien 1994, 7 ff.,
- Constantinesco, Léontin-Jean, Das Recht der Europäischen Gemeinschaften. Band I, Das institutionelle Recht, Baden-Baden 1977.
- Culler, Jonathan, Dekonstruktion, Reinbek bei Hamburg 1988.
- Culler, Jonathan, Ein Plädoyer für die Überinterpretation, in: Umberto Eco, Zwischen Text und Autor. München / Wien 1994, 120 ff.
- Davidson, Donald, Die zweite Person, in: Deutsche Zeitschrift für Philosophie (2000), 395 ff.
- Davidson, Donald, Eine hübsche Unordnung von Epitaphen, in: Eva Picardi / Joachim Schulte (Hrsg.), Die Wahrheit der Interpretation. Beiträge zur Philosophie Donald Davidsons. Frankfurt am Main 1990, 203 ff.
- Davidson, Donald, Kommunikation und Konvention, in: Ders., Wahrheit und Interpretation. Frankfurt am Main 1990.
- Dederichs, Mariele / Christensen, Ralph, Inhaltsanalyse als methodisches Instrument zur Untersuchung von Gerichtsentscheidungen, vorgeführt am Beispiel der

- Rechtsprechung des EuGH, in: Friedrich Müller (Hrsg.), Untersuchungen zur Rechtslinguistik III. Im Erscheinen, Berlin 2004.
- Dederichs, Mariele, Häufigkeit und Bedeutung methodischer Argumente in den Begründungen des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften. Im Erscheinen Baden-Baden 2004.
- Derrida, Jacques, Marx 'Gespenster'. Frankfurt am Main 1995.
- Derrida, Jacques, Als ob ich tot wäre, Wien 2000.
- Derrida, Jacques, Die Stimme und das Phänomen. Frankfurt am Main 1979.
- Derrida, Jacques, Die Struktur, das Zeichen und das Spiel im Diskurs der Wissenschaften vom Menschen, in: Ders., Die Schrift und die Differenz. Frankfurt am Main 1976, 422 ff.
- Derrida, Jacques, Eine gewisse unmögliche Möglichkeit, vom Ereignis zu sprechen. Berlin 2003.
- Derrida, Jacques, *OTOBIOGRAPHIEN* – Die Lehre Nietzsches und die Politik des Eigennamens, in: Ders. / Friedrich Kittler, Nietzsche – Politik des Eigennamens. Berlin 2000, 7 ff.
- Derrida, Jacques, Passionen. „Die indirekte Opfergabe“, in: Ders., Über den Namen, Wien 2000, 15 ff.
- Derrida, Jacques, Politik der Freundschaft. Frankfurt am Main 2000.
- Derrida, Jacques, Semiologie und Grammatologie. Gespräch mit Julia Kristeva, in: Ders., Positionen. Wien 1986, 52 ff.
- Derrida, Jacques, Signatur, Ereignis, Kontext, in: Ders., Randgänge der Philosophie. Frankfurt am Main 1976, 124 ff.
- Dreier, Horst, Kanonistik und Konfessionalisierung – Marksteine auf dem Weg zum Staat, in: JZ (2002), 1 ff.
- Eagleton, Terry, Einführung in die Literaturtheorie. Stuttgart 1988.
- Eckold-Schmid, Friedel, Legitimation durch Begründung, Berlin 1974.
- Eco, Umberto, Das Irrationale gestern und heute, in Ders., Über Spiegel und andere Phänomene. München 1990, 9 ff.
- Eco, Umberto, Die Grenzen der Interpretation. München / Wien 1992.
- Eco, Umberto, Überzogene Textinterpretation, in: Ders., Zwischen Autor und Text. München / Wien 1994, 52 ff.
- Ehrlicke, Ulrich, Die Bindungswirkung von Urteilen des EuGH im Vorabentscheidungsverfahren nach deutschem Zivilprozessrecht und nach Gemeinschaftsrecht, in: Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut der Universität des Saarlandes, Nr. 364. Saarbrücken 1997.

- Eichinger, Anita, Donald Davidsons Theorie sprachlichen Verstehens. Frankfurt am Main / Berlin / Bern u. a. 2002.
- Engisch, Karl, Einführung in das juristische Denken. Stuttgart 1977.
- Engisch, Karl, Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken. Stuttgart u. a. 1963.
- Esser, Josef, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtswissenschaft. Frankfurt am Main 1972, 177 ff., 179.
- Everling, Ulrich, Vertragsverhandlungen 1957 und Vertragspraxis 1987, in: Festschrift für Hans von der Groeben. Baden-Baden 1987, 111 ff.
- Fikentscher, Wolfgang, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung. Bd. I: Frühe und religiöse Rechte/Römischer Rechtskreis, Tübingen 1975.
- Foucault, Michel, Was ist ein Autor, in: Fotis Jannidis / Gerhard Lauer / Matias Martinez / Simone Winko (Hrsg.), Texte zur Theorie der Autorschaft, Stuttgart 2000, 198 ff.
- Frank, Manfred, Das individuelle Allgemeine. Frankfurt am Main 1985.
- Frank, Manfred, Was ist Neostukturalismus?. Frankfurt am Main 1983.
- Franssen, Eberhard, Positivismus als juristische Strategie, in: JZ (1969), 766 ff.
- Frese, Jürgen, Politisches Sprechen, Thesen über einige Rahmenbedingungen, in: Annamaria Rucktäschel (Hrsg.), Sprache und Gesellschaft. München 1972, 105.
- Frisch, Markus, Die richtlinienkonforme Auslegung nationalen Rechts. Münster 2000.
- Früh, Werner, Inhaltsanalyse. Theorie und Praxis, Konstanz 2001.
- Gadamer, Hans-Georg, Hermeneutik I. Wahrheit und Methode, in: Gesammelte Werke. Band 1. Tübingen 1990.
- Gadamer, Hans-Georg, Vom Zirkel des Verstehens, in: Gesammelte Werke. Band 2, Tübingen 1990, 57 ff.
- Gasché, Rudolph, The Tain of the mirror, Cambridge (Mass.) / London 1986.
- Genette, Gérard, Impliziter Autor, impliziter Leser?, in: Fotis Jannidis / Gerhard Lauer / Matias Martinez / Simone Winko (Hrsg.), Texte zur Theorie der Autorschaft, Stuttgart 2000, 185 ff.
- Glock, Joachim, Wie kam die Bedeutung zur Regel?, in: Deutsche Zeitschrift für Philosophie (2000), 429 ff.
- Gloy, Klaus, Sprachnormen als 'Institutionen im Reich der Gedanken' und die Rolle des Individuums in Sprachnormierungsprozessen, in: Klaus J. Mattheier (Hrsg.), Norm und Variation. Frankfurt am Main / Bern / New York / Paris / Wien 1997, 27 ff.

- Gloy, Klaus, Sprachnormenforschung in der Sackgasse?, in: Beiträge zur Geschichte der deutschen Sprache und Literatur 115 (1993), 30 ff.
- Glüer, Kathrin, Bedeutung zwischen Norm und Naturgesetz, in: Deutsche Zeitschrift für Philosophie (2000), 449 ff.
- Glüer, Kathrin, Schwerpunkt: Sprache und Regeln. Ist Bedeutung normativ?, in: Deutsche Zeitschrift für Philosophie (2000), 393 f.
- Glüer, Kathrin, Sprache und Regeln. Zur Normativität von Bedeutung. Berlin 1999
- Gmelin, Johannes G., Quousque?. Hannover 1910, 70.
- Gropp, Michael, Die Rechtsfortbildung contra legem – Ein Beitrag zur rechtstheoretischen Erforschung der Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung im Privatrecht. Berlin 1974.
- Gröschner, Rolf, Hippokratische techne und richterliche Kunst, in: Michael Kilian (Hrsg.), Jurisprudenz zwischen techne und Kunst. Tübingen 1987, 11 ff.
- Habermas, Jürgen, Wie ist Legitimität durch Legalität möglich?, in: KJ (1987), 1 ff.
- Hassold, Gerhard, Strukturen der Gesetzesauslegung, in: Claus-Wilhelm Canaris / Uwe Diederichsen (Hrsg.), Festschrift für Karl Larenz. München 1983, 211 ff.
- Haverkate, Görg, Gewißheitsverluste im juristischen Denken. Zur politischen Funktion der juristischen Methode. Berlin 1977.
- Hegenbarth, Rainer, Juristische Hermeneutik und linguistische Pragmatik. Königstein/Taunus 1982.
- Hermanns, Fritz, Schlüssel-, Schlag- und Fahnenwörter. Zur Begrifflichkeit und Theorie der lexikalischen "politischen Semantik". Heidelberg / Mannheim 1994, 31 ff.
- Honsell, Thomas, Historische Argumente im Zivilrecht, 1982, S. 17 ff.
- Hörisch, Jochen, Die Wut des Verstehens, in: Der blaue Reiter 2 (1998), 60 ff.
- Humboldt, Wilhelm von, Über das Vergleichen des Sprachstudium in Beziehung auf die verschiedenen Epochen der Sprachentwicklung, in: Ders., Schriften zur Sprachphilosophie. Werke in fünf Bänden, Bd. III, Darmstadt 1963, 10.
- Jäger, Ludwig, Transkriptivität. Zur medialen Logik der kulturellen Semantik, in: Ders. / Georg Stanitzek (Hrsg.), Transkribieren. Medien/Lektüre. München 2002, 19 ff.
- Jeand'Heur, Bernd, Sprachliches Referenzverhalten bei der juristischen Entscheidungstätigkeit. Berlin 1989.
- Kaufmann, Artur, Gesetz und Recht, in: Ders., Rechtsphilosophie im Wandel. Frankfurt am Main 1972, 131 ff.

- Keller, Rudi, Kollokutionäre Akte, in: Germanistische Linguistik. 1/2 (1977), 28.
- Keller, Rudi, Sprachwandel. Tübingen / Basel 1994.
- Khurana, Thomas, Niklas Luhmann – Die Form des Mediums, in: Alice Lagaay / Davin Lauer (Hrsg.), Medientheorie. Frankfurt / New York 2004, 97 ff.
- Klatt, Matthias, Theorie der Wortlautgrenze. Baden-Baden 2004.
- Klein, Josef, "Wortschatz, Wortkampf, Wortfelder in der Politik", in: Ders. (Hrsg.), Politische Semantik. Bedeutungsanalytische und sprachkritische Beiträge zur politischen Spracheverwendung. Opladen 1989, 3 ff.
- Klein, Josef, "Wortschatz, Wortkampf, Wortfelder in der Politik", in: Josef Klein (Hrsg.), Politische Semantik. Bedeutungsanalytische und sprachkritische Beiträge zur politischen Sprachverwendung. Opladen 1989, 3 ff.
- Knell, Sebastian, Die normativistische Wende in der analytischen Philosophie. Zu Robert Brandoms Theorie begrifflichen Gehaltes und diskursiver Praxis, in: Allgemeine Zeitschrift für Philosophie (2000), 225 ff.
- Köbl, Ulrike, Allgemeine Rechtstheorie. Aspekte der Gesetzesbindung, in: Festschrift zum 25jährigen Bestehen des Bundessozialgerichts. Köln u. a. 1979, 1005 ff.
- Kohler, Josef, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. 1, Berlin 1906.
- Krawietz, Werner, Juristische Entscheidung und wissenschaftliche Erkenntnis. Wien / New York 1978.
- Kremer-Marietti, Angèle, Michel Foucault - Der Archäologe des Wissens. Frankfurt/M. / Berlin / Wien 1976, 155.
- Kripke, Saul, Wittgenstein über Regeln und Privatsprache. Eine elementare Darstellung. Frankfurt am Main 1987.
- Krüger, Uwe, Der Adressat des Rechtsgesetzes. Berlin 1969.
- Lagaay, Alice / Lauer, Davin, Einleitung – Medientheorien aus philosophischer Sicht, in: Dies., Medientheorie. Frankfurt / New York 2004, 7 ff.
- Lakatos, Imre, Falsifikation und die Methodologie wissenschaftlicher Forschungsprogramme, in: Ders. / Alan Musgrave (Hrsg.), Kritik und Erkenntnisfortschritt, Braunschweig 1974, 89 ff.
- Larenz, Karl, Methodenlehre der Rechtswissenschaft. Berlin / Heidelberg / New York 1983.
- Limbach, Jutta, Die sozialwissenschaftliche Inhaltsanalyse richterlicher Entscheidungen, in: JA (1976), 353 ff.
- Lucy, Niall, A Derrida Dictionary. Oxford 2004.

- Ludwig Wittgenstein, Das Blaue Buch. Werkausgabe Band 5, Frankfurt/M. 1984.
- Lueke-Lueken, Geerd, Konsens, Widerstreit und Entscheidung, in: Harald Wohlrapp (Hrsg.), Wege der Argumentationsforschung. Stuttgart-Bad Cannstatt 1995, 358 ff.
- Luhmann, Niklas, Das Recht der Gesellschaft. Frankfurt am Main 1993.
- Luhmann, Niklas, Die Gesellschaft der Gesellschaft. Frankfurt am Main 1998.
- Luhmann, Niklas, Die Kunst der Gesellschaft. Frankfurt am Main 1995, 165 ff.
- Luhmann, Niklas, Die Wissenschaft der Gesellschaft. Frankfurt am Main 1990, 181 ff.
- Luhmann, Niklas, Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft, in: Ders., Ausdifferenzierung des Rechts. Frankfurt am Main 1999, 374 ff.
- Luhmann, Niklas, Metamorphosen des Staates, in: Ders., Gesellschaftsstruktur und Semantik. Band 4, Frankfurt am Main 1999, 101 ff.
- Luhmann, Niklas, Theoriesubstitution in der Erziehungswissenschaft. Von der Philanthropie zum Neuhumanismus, in: Ders., Gesellschaftsstruktur und Semantik. Band 2, Frankfurt am Main 1993, 105 ff.
- Lutter, Marcus, Die Auslegung angeglichenen Rechts, in: JZ (1992), 593 ff.
- Lyotard, Jean-Francois, Der Widerstreit. München 1987.
- MacCallum, Gerald, Legislative Intent, in: Robert S. Summers (ed.), Essays in Legal Philosophy. Cambridge 1968, 237 ff.
- Mastornardi, Philippe, Gesetzgebungsstrategie bei Unsicherheit: Umgang mit unbestimmten Zielen und Wirkungen, in: Gesetzgebung heute (1998) 2/3, 69 ff.
- Maus, Ingeborg, Zur Problematik des Rationalitäts- und Rechtsstaatspostulats in der gegenwärtigen juristischen Methodik am Beispiel Friedrich Müllers, in: Wolfgang Abendroth / Bernhard Blanke / Ulrich Preuß u.a., Ordnungsmacht?. Frankfurt am Main 1981, 153 ff.
- Mayen, Thomas, Verwertbarkeit von geheimgehaltenen Verwaltungsvorgängen im gerichtlichen Verfahren?, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (2003), 537 ff.
- Mayer, Verena, Regeln, Normen, Gebräuche. Reflexionen über Ludwig Wittgensteins „Über Gewissheit“, in: Deutsche Zeitschrift für Philosophie (2000), 409 ff.
- Mayer, Verena, Semantischer Holismus. Berlin 1997.
- Mennicken, Alexander, Das Ziel der Gesetzesauslegung – Eine Untersuchung zur subjektiven und objektiven Auslegungslehre. Bad Homburg u. a. 1970.

- Merten, Klaus, Inhaltsanalyse. Einführung in Theorie, Methode und Praxis. Opladen 1995.
- Müller, Friedrich / Christensen, Ralph, Juristische Methodik. 9. Aufl., Berlin 2004.
- Müller, Friedrich (Hrsg.), Untersuchungen zur Rechtslinguistik, Berlin 1989.
- Müller, Friedrich / Christensen, Ralph / Sokolowski, Michael, Rechtstext und Textarbeit. Berlin 1997.
- Müller, Friedrich, 'Richterrecht', Berlin 1986.
- Müller, Friedrich, Die Einheit der Verfassung. Berlin 1979.
- Müller, Friedrich, Essais zur Theorie von Recht und Verfassung. Berlin 1990, 198 f.
- Müller, Friedrich, Juristische Methodik und Politisches System. Berlin 1976.
- Müller, Friedrich, Juristische Methodik. 6. Auflage, Berlin 1995, 137 f.
- Müller, Friedrich, Korporation und Assoziation. Berlin 1965.
- Müller, Friedrich, Recht, Sprache, Gewalt. Berlin 1975.
- Ogorek, Regina, "Rassenschande" und juristische Methodik. Im Erscheinen 2004.
- Ogorek, Regina, Richter, König oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert. Frankfurt am Main 1986.
- Passavant, Oliver, Norm/Normativismus, in: Norbert Achternberg (Hrsg.), Ergänzbares Lexikon des Rechts. Darmstadt / Neuwied 1986.
- Paulson, Stanley, Attributing Intentions to Collective Bodies, in: *Ars Interpretandi* (1998), 69 ff.
- Perelman, Chaim, Logik und Argumentation, Königstein/Taunus 1979, 79.
- Pier Giuseppe Monateri, "All This and So Much More": Original Intent, Antagonism and Non-Interpretivism, in: *Ars Interpretandi*, Münster 1998, 99 ff.
- Pietrek, André U., Verbindlichkeit von Vorabentscheidungen nach Art. 177 EWGV. Frankfurt am Main 1989.
- Potacs, Michael, Auslegung im öffentlichen Recht, Baden-Baden 1994.
- Putnam, Hilary, Die Bedeutung von „Bedeutung“. Frankfurt am Main 1990.
- Rafi, Anushih, Kriterien für ein gutes Urteil. Berlin 2004.
- Rahlf, Joachim, Die Rangfolge der klassischen juristischen Interpretationsmittel in der strafrechts-wissenschaftlichen Auslegungslehre, in: Eike v. Savigny, u. a. *Juristische Dogmatik und Wissenschaftstheorie*. München 1976.
- Reimer, Sebastian, Von Wahrheit zu Bedeutung? Paderborn 2002.

- Roellecke, Gerd, Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung, in: VVD-StRL 34 (1975), 7 ff.
- Rorty, Richard, Der Spiegel der Natur. Frankfurt am Main 1984.
- Roth-Stielow, Gerhard, Umwelt und Recht, in: NJW (1970), 2057 ff.
- Roth-Stielow, Klaus, Die Auflehnung des Richters gegen das Gesetz. Villingen 1963.
- Rottleuthner, Hubert, Richterliches Handeln. Zur Kritik der juristischen Dogmatik. Frankfurt am Main 1973.
- Rühl, Ulli, „Öffentliche Ordnung“ als sonderrechtlicher Verbotstatbestand gegen Neonazis im Versammlungsrecht?, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (2003), 531 ff.
- Savigny, Eike v., Die heterogene Basis als wissenschaftstheoretisch bedeutsames Merkmal der strafrechtsdogmatischen Argumentation, in: Ders. u. a., Juristische Dogmatik und Wissenschaftstheorie. München 1976, 161 ff.
- Savigny, Eike v., Die Philosophie der normalen Sprache. Frankfurt am Main 1980.
- Schaedler-Om, Matthias, Der soziale Charakter sprachlicher Bedeutung und propositionaler Einstellungen. Würzburg 1997.
- Schalk, Helge, Umberto Eco und das Problem der Interpretation. Würzburg 2000.
- Schalk, Helge, Zu den Zeichen selbst: Der Sinn der Bedeutung, in: Journal Phänomenologie 13 (2000), 2 f.
- Scheuner, Ulrich, Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung, in: VVDStRL 34 (1975), 95 ff.
- Schima, Bernhard, Zur Wirkung von Auslegungssentscheidungen des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften, in: Birgit Feldner, / Nikolaus Forgó (Hrsg.), Norm und Entscheidung, Wien 2000, 280 ff.
- Schmitt, Carl, Gesetz und Urteil. Berlin 1969, 25.
- Schmitt, Carl, Kodifikation oder Novelle?, in: DJZ (1935), Sp. 919 ff., 923.
- Schroth, Ulrich, Theorie und Praxis subjektiver Auslegung im Strafrecht. Berlin 1983.
- Sendler, Horst, Richterrecht — rechtstheoretisch und rechtspraktisch, in: NJW (1987), 3240 ff.
- Serres, Michel, Der Parasit. Frankfurt/M. 1981.
- Simitis, Spiros, Die Bedeutung von System und Dogmatik — dargestellt an rechtsgeschäftlichen Problemen des Massenverkehrs, in: AcP 172 (1972), 131 ff.

- Simon, Dieter, Die Unabhängigkeit des Richters. Darmstadt 1975.
- Somek, Alexander / Forgó Nikolaus, Nachpositivistisches Rechtsdenken. Inhalt und Form des positiven Rechts. Wien 1996.
- Somek, Alexander, Der Gegenstand der Rechtserkenntnis. Baden-Baden 1996.
- Somek, Alexander, Juristische Expertise, in: Dieter Simon (Hrsg.), Rechtshistorisches Journal. Band 20, Frankfurt am Main 2001, 698 ff.
- Spinner, Helmut, Pluralismus als Erkenntnismodell. Frankfurt am Main 1974.
- Stäheli, Urs, Semantik und/oder Diskurs: 'Updating' Luhmann mit Foucault?, in: kultuRRRevolution, Nr. 47 (2004), 14 ff.
- Stäheli, Urs, Sinnzusammenbrüche. Eine dekonstruktive Lektüre von Niklas Luhmanns Systemtheorie. Weilerswist 2000.
- Stötzel, Georg, Semantische Kämpfe im öffentlichen Sprachgebrauch, in: Gerhard Stickel (Hrsg.), Deutsche Gegenwartssprache. Tendenzen und Perspektiven. Jahrbuch 1989 des Instituts für Deutsche Sprache. Berlin 1989. 45 ff.
- Strauss, Anselm, Spiegel und Masken. Die Suche nach Identität. Frankfurt/M. 1974, 13 ff.
- Strecker, Bruno, Beweisen. Eine praktisch semantische Untersuchung. Tübingen 1976.
- Stüber, Karsten, Donald Davidsons Theorie sprachlichen Verstehens. Frankfurt am Main 1993.
- Toth, Akos G., The Authority of Judgements of the European Court of Justice: Binding Force and Legal Effects, in: Yearbook of European Law 4 (1984), 1 ff.
- Toulmin, Stephen, Der Gebrauch von Argumenten. Weinheim 1996.
- Wagner-Döbler, Roland / Philipps, Lothar, Präjudizien in der Rechtsprechung. Statistische Untersuchung anhand der Zitierpraxis deutscher Gerichte, in: Rechtstheorie (1992), 228 ff.
- Wank, Rolf, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung. Berlin 1978.
- Warmer, Gebhard / Gloy Klaus, Lyotard. Darstellung und Kritik seines Sprachbegriffs. Aachen 1995, 105 ff.
- Weinberger, Ota, Topik und Plausibilitätsargumentation, in: ARSP (1973), 17 ff.
- Wellmer, Albrecht, Zur Dialektik von Moderne und Postmoderne. Vernunftkritik nach Adorno, in: Ders., Zur Dialektik von Moderne und Postmoderne. Frankfurt am Main 1985, 48 ff.
- Werber, Niels, Medien in Medien der Weltgesellschaft. Programmatische Tendenzen im Medien- und Kommunikationsbegriff der Systemtheorie, in: Claudia Liebrand / Irmela Schneider (Hrsg.), Medien in Medien. Köln 2004, 106 ff.

- Werber, Nils, Vor dem Vertrag. Probleme des Performanzbegriffs aus systemtheoretischer Sicht, in: Uwe Wirth (Hrsg.), Performanz. Zwischen Sprachphilosophie und Kulturwissenschaften, Frankfurt am Main 2002, 366 ff.
- Werle, Gerhard, Justizstrafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich. Berlin New York 1989.
- Wimmer, Rainer, Gebrauchsweisen sprachlicher Ausdrücke, in: Hans Jürgen Heringer / Günther Öhlschläger / Bruno Strecker / Rainer Wimmer, Einführung in die praktische Semantik. Heidelberg 1977, 24.
- Wimmer, Rainer, Sprachkritik und reflektierter Sprachgebrauch, in: Sprache und Literatur (1983), 3 ff.
- Wittgenstein, Ludwig, Philosophische Bemerkungen. Werkausgabe Band 2, Frankfurt/M. 1984.
- Wittgenstein, Ludwig, Philosophische Untersuchungen. Frankfurt am Main 1984.
- Wittgenstein, Ludwig, Philosophische Untersuchungen. Werkausgabe Band 1. Frankfurt/M. 1984, §§ 68 f.
- Wohlrapp, Harald, Die diskursive Tendenz, in: Ders. (Hrsg.), Wege der Argumentationsforschung. Stuttgart-Bad Cannstatt 1995, 395 ff.
- Woodmansee, Martha / Jaszi, Peter, Die globale Dimension des Begriffs der 'Autorschaft', in: Fotis Jannidis / Gerhard Lauer / Matias Martinez / Simone Winko (Hrsg.), Rückkehr des Autors. Tübingen 1999, 391 ff.
- Woodmansee, Martha, Der Autor-Effekt. Zur Wiederherstellung von Kollektivität, in: Fotis Jannidis / Gerhard Lauer / Matias Martinez / Simone Winko (Hrsg.), Texte zur Theorie der Autorschaft, Stuttgart 2000, 295 ff.
- Wundt, Wilhelm, System der Philosophie. Leipzig 1919, 327.
- Zippelius, Reinhold, Das Wesen des Rechts. München 1978, 167 f.