



This text is a preprint of:

Ralph Christensen, Sind präventive Maßnahmen gegen Texthooligans möglich?, in: Ingo Augsberg/Sofie-Charlotte Lenski (Hrsg.), Die Innenwelt der Außenwelt der Innenwelt des Rechts. Annäherungen zwischen Rechts- und Literaturwissenschaft, Wilhelm Fink, München 2012, S. 79 – S. 97.

All rights reserved.

This pdf document provided by SOULL can be cited as:

Christensen, Ralph (2012): "Sind präventive Maßnahmen gegen Texthooligans möglich?" In: SOULL – Sources of Language and Law, <https://legal-linguistics.net> (originally published in: Ingo Augsberg/Sofie-Charlotte Lenski (Hrsg.), Die Innenwelt der Außenwelt der Innenwelt des Rechts. Annäherungen zwischen Rechts- und Literaturwissenschaft, Wilhelm Fink, München (2012): S. 79 – S. 97.)

Sind präventive Maßnahmen gegen Texthooligans möglich?

Die Aufstellung des 1. FC Nürnberg

vom 27.1.1968¹

Wabra

Leupold Popp

Ludwig Müller Wenauer Blankenburg

Starek Strehl Brungs Heinz Müller Volkert

Spielbeginn:

15 Uhr

Die Zeitstruktur dieses Textes zwingt uns zur Stellungnahme.² Das eingespielte Verhältnis von Innen und Außen bedarf der Justierung. Wenn diese fest wird, ist man eingepackt wie eine Auster in ihre Schale. Es handelt sich dann um ein Gewaltverhältnis. Deswegen kommt Handke nach der Aufstellung des 1. FC Nürnberg zu dem Text „Die drei Lesungen des Gesetzes“. Wie steht es also um die Innenwelt der Außenwelt der Innenwelt des Rechts?

¹Peter Handke, Die Innenwelt der Außenwelt der Innenwelt, Frankfurt 1969, Text Nr. 10.

²Für wichtige Anregungen danke ich Katja Leyhausen, Fabian Steinhauer, Thomas Seibert und Florian Steinhaus.

Juristen sind gewalttätig. Das sagt jedenfalls Art. 92 GG, der dem Richter die Ausübung der rechtsprechenden Gewalt anvertraut. Das deutsche Wort „Gewalt“ changiert allerdings zwischen legitimer Autorität und willkürlichem Zwang. Die Einordnung hängt davon ab, wie die Richter mit der ihnen übertragenen Gewalt umgehen. Wenn man Richter von ihren Gewalttaten erzählen hört, ergeben sich drei ziemlich gegensätzlich Muster. Einmal die „Ölgötzensitzung“, bevorzugt von Verwaltungsrichtern und Finanzrichtern. Es gibt vor den Verfahren eine behördliche Entscheidung in Form von Widerspruchs- oder Einspruchsbescheid. Darin ist Sachverhalt und Rechtsfrage schon vorstrukturiert. Wenn es zur mündlichen Verhandlung kommt, hat der Richter sein Urteil schon als Datei formuliert. Die Beteiligten stellen ihre Anträge aus den Schriftsätzen und dann wird der Text des Urteils abgesetzt. Es gibt aber auch die so genannte Sprungprozeessionserzählung, die eher von Zivilrichtern bevorzugt wird. Danach bringen die Parteien lediglich ein dunkles Wollen mit, welches kaum aufzuklären ist. Erst durch die verlegenheitshalber vorgenommenen Verfahrenshandlungen ergibt sich dann so etwas wie ein Streitgegenstand, der dann aber nur selten entschieden, sondern eher verschoben oder verglichen wird. In seltenen Fällen vollzieht sich eine so genannte Schattensprungsentscheidung, wo die Prozesspositionen produktiv verändert werden. In der Ölgötzensitzung wird eine vom Richter einseitig festgesetzte Sprache lediglich angewendet. Die Außenwelt wird von der Innenwelt überwältigt. In der Schattensprungsituation wird versucht, im Verfahren eine neue Sprache zu finden. Innenwelt und Außenwelt verändern. Jedes wirkliche Verfahren liegt zwischen diesen Extremen. Trotzdem kann man an diesen Extrempositionen das Verhältnis von Recht und Gewalt gut erkennen. Wenn ich in einer Sprache beurteilt werde, die unabhängig von mir schon vorher festgelegt ist, bin ich der Gewalt unterworfen. Wenn ich an der Schaffung einer Sprache mit subjektiven Rechten beteiligt bin, dann ist dieses Gewaltmoment mindestens erschwert. Die erste Variante nimmt das Spiel der Sprache zum bloßen Anlass von Gewalt. Justizia arbeitet mit dem Schwert und setzt auch die Waage nur als Schlaginstrument ein. Man könnte das Hooliganismus nennen. Da aber jede staatliche Gewalt nach dem Verfassungsrecht kontrolliert werden soll, stellt sich die Frage, wie man Hooliganismus im Recht verringern kann. Das Ordnungsrecht kennt im fast parallelen Fall der Fußballhooligans Maßnahmen vor, während und nach dem Spiel.³ Unterschiede ergeben sich daraus, ob man sich mehr auf die Polizeikräfte oder die Fanbeauftragten verlässt. Auch im Bereich des Rechts unterscheiden sich die Vorschläge danach, ob es mehr auf die als Sprachpolizei verstandene Methodik oder den Richter als Fanbeauftragten ankommt.

³Vgl. dazu *Marius Breucker*, Präventivmaßnahmen gegen reisende Hooligans, in: NJW 2004, S. 1631 ff.; *ders.*, Sicherheitsmaßnahmen für die Fußballweltmeisterschaft 2006. Prävention durch Polizei und Deutschen Fußballbund, in: NJW 2006, S. 1233 ff.; *Einiko Franz/Thomas Günther*, Fußball-Weltmeisterschaft 2006: Die Welt zu Gast bei Irren? – Nein, bei Freunden!, Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter 2006, S. 201 ff.

I. Außenwelt Darstellung: Die Polizei hat alles unter Kontrolle

Nach außen hin wird der Rechtsbetrieb so dargestellt, als habe man mit Hilfe von Gesetz und Methodik alle Urteile im Griff. Nach dem klassischen Positivismus liefert der Gesetzgeber dem Richter vermittels der Sprache des Gesetzes den Inhalt seines Urteils. Man will im Sinne der Gewaltenteilung sicherstellen, dass Gesetze und nicht Menschen herrschen. Garant ist die Methode, verstanden als Ordnung des Diskurses.

1. Vor dem Spiel: Die Macht der Regel

Vor dem Spiel gilt der Grundsatz, dass im Gesetz bereits alles geregelt ist. Abgesehen von der richtigen Interpretation und eventuell der Verwendung von Wörterbüchern sind Vorfeldmaßnahmen überflüssig. Das, was im Rechtssystem tagtäglich vorgeht, die gerichtlichen Verfahren, die dort vorgetragene Argumente und die Begründungsarbeit der Richter kommen darin nicht vor. Man trifft sich mit Laien nur zur Ermittlung der Fakten. Die Rechtslage kann man allein aus dem Gesetz ablesen. Das Verfahren ist ein gegenüber dem Inhalt der Rechtsidee neutrales Mittel der Rechtsfindung. Es kostet Zeit und Geld und wird häufig kritisiert, weil es sich gegenüber dem Zweck der Rechtserkenntnis verselbständigt. Höchstens eine didaktische Rolle billigt man ihm zu. Es fördert die Akzeptanz.⁴ Der Prozess dient also nur der Vermittlung eines Ergebnisses, das schon unabhängig von seinem Verlauf und den vorgebrachten Argumenten allein durch Rechtserkenntnis festliegt.

2. Während des Spiels: Die Monopolisierung der Sprache

Während des Spiels gilt der Grundsatz, dass man den Wildwuchs der Sprache methodisch in den Griff nehmen muss. Es genügen dazu die Regeln der Auslegung. In unserem Beispielfall geht es um die Entnahme von Zahngold aus der Asche von Verstorbenen durch Friedhofpersonal. Bisher hatten die Gerichte dies als Störung der Totenruhe bestraft. Das OLG Nürnberg will dies ändern und stattdessen den Verwahrungsbruch bestrafen. Goldzähne verbrennen nicht und sollen deswegen nicht zur Asche gehören. Dazu bezeichnet es zunächst den möglichen Wortsinn als äußerste Grenze richterlicher Interpretation: "Bei der Bestimmung des maßgeblichen Wortsinns ist auf die Bedeutung eines Ausdrucks oder Wortverbindung im allgemeinen Sprachgebrauch abzustellen."⁵ Der allgemeine Sprachgebrauch ist eine juristische Wunschvorstellung. In der sprachlichen Praxis findet man immer eine Vielzahl von in sich widersprüchlichen Verwendungsweisen, welche nur vorsichtige und sehr begrenzte systematische Verknüpfungen zulassen. Es gibt in der Sprache nur Idiolekte. Ihre Systematisierung zu Soziolekten ist eine voraussetzungsvolle Konstruktion. Diese ist für

⁴ *Klaus Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 2. Aufl., Köln u.a. 2001, S. 506 f.

⁵ OLG Nürnberg, NJW 2010, S. 271 ff. (im Erscheinen, Rn. 28, Urteil 6, S. 12).

Überblickszwecke nützlich, aber taugt natürlich nicht als Grenze für wirkliches Sprechen. Nur in der Jurisprudenz glaubt man heute noch, es müsse erst eine Sprache geben und danach kämen Menschen, um sie zu benutzen. Jeder Sprachwissenschaftler weiß, dass eine solche Vorordnung nicht haltbar ist. Dieses Problem jeder Lexikografie verschwindet aber völlig aus der Sicht des Gerichts, wenn es einen allgemeinen und homogenen Sprachgebrauch der Gegenwart unterstellt. Nun hat die Gegenwart noch niemand sprechen hören, so dass man auf die Methode zur Ermittlung dieses Sprachgebrauchs gespannt ist. Das Gericht verwendet drei Wörterbücher und drei Enzyklopädien, um dann eine gemeinsame Schnittmenge zu bilden. Die Vorstellung ist also offenbar, dass eine gelingende Verständigung eine gemeinsame Sprache voraussetzt. Diese wäre dann so etwas wie die gemeinsame Schnittmenge aller Sprecher.

Die Sprache erscheint hier als eine dem Sprechen und Verstehen vorgegebene objektive Größe und nicht als Resultante sprachlicher Interaktion. Sie ist eher ein Berg als ein Markt. Die Überhöhung der Sprache zum Naturgegenstand soll hier das Gewicht der Begründung steigern. Wenn der Sprachgebrauch in der gemeinsamen Schnittmenge einiger Lexika liegt, kann man abweichende Verwendungen aus der Sprache ausschließen und eine Grenze feststellen, ohne dafür argumentieren zu müssen: “Die von der Kammer in Anknüpfung an ein Urteil des OLG Bamberg vom 29.01.2008 (NJW 2008, 1543, 1544; ebenso Fischer, StGB 56. Aufl., § 168 Rn. 7; Dippel, in: LK 11. Aufl., § 168 Rn. 28; Rudolphi/Rogall, in: SK-StGB, § 168 Rn. 5) vertretene Gegenansicht ist mit dem allgemeinen Sprachgebrauch nicht vereinbar. Sie überschreitet die Wortsinnngrenze und führt damit zu einer gegen Art. 103 Abs. 2 GG verstoßenden strafbegründenden Analogie.”⁶

Aber sind Wörterbücher dafür gemacht, anderen die Sprache abzuschneiden? Wenn man schon an Wörterbücher glauben will, sollte man auch an die Definition des Wörterbuchs im Wörterbuch glauben. Die Erklärung im Duden lautet: „Nachschlagewerk, in dem die Wörter einer Sprache nach bestimmten Gesichtspunkten ausgewählt, angeordnet und erklärt sind.“⁷ Ein Wörterbuch ist also nach bestimmten Gesichtspunkten gestaltet. Es ist keine Schublade, worin schon vorher feststehende Informationen einfach eingeräumt werden. Ein Wörterbuch erhebt nicht den Anspruch, die normativ richtige Regel des Sprechens wiederzugeben, sondern sammelt nur Gebrauchsbeispiele, die es entsprechend seiner Funktion systematisiert. Auch mit dem Wörterbuch kann man die dem Sprechen vorgeordnete Sprache nicht finden. Weder die Sprache noch das Wörterbuch können dem Recht die Notwendigkeit einer Entscheidung abnehmen.

⁶OLG Nürnberg, NJW 2010, S. 271 ff. (im Erscheinen, Rn. 28, Urteil 6, S. 12).

⁷Duden, Das große Wörterbuch der deutschen Sprache in 10 Bänden, 3., völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, hrsg. vom Wissenschaftlichen Rat der Dudenredaktion, Stichwort Wörterbuch, Mannheim u.a. 1999.

3. Nach dem Spiel: Die Schwierigkeiten in der Anwendung

Es gilt der Grundsatz, dass sich die Ordnungskräfte nach dem Spiel rasch entfernen sollten, bevor diese massiven Probleme sichtbar werden. Deswegen hat das OLG Nürnberg auch keine Divergenzvorlage gemacht. Der Streit wäre dann vom Wortlaut in die Systematik gewandert. Aber auch im Rahmen dieser Auslegungsregel gibt es die Möglichkeit, den Streit zu unterdrücken. Wenn die Systematik nicht zu einem eindeutigen Ergebnis führt, postuliert man einen höchsten Zweck des Rechts, der dazu in der Lage sein soll. Aber der höchste Zweck ist machtlos, sobald er inhaltlich bestimmt wird, verliert er die Kontrolle.

Die juristische Interpretationstheorie beruht damit auf einer Wunschkonstellation⁸, dem Wunsch nach Instrukktivität.⁹ Danach kann der Richter immer, wenn das Gesetz keine eindeutige Auskunft liefert, über die Prinzipien zur Sinnlichkeit des Rechts vorstoßen. Das ist ein holistischer Ansatz, der vertikal von der Sinnlichkeit des Systems her jede Einzelheit beherrschen will. Deswegen heißt die entsprechende Methode auch „vertikale Auslegung“¹⁰. Sie soll den Richter vom bloßen Text ins Innere des Rechts führen. Aber die Abfahrt nach innen funktioniert in der Praxis nicht. Das Recht versammelt sich nicht zu einem inneren Wesen. Man findet statt dessen nur eine Vielzahl weiterer Normtexte auf derselben Regelungsebene. Keine dieser Normen stellt die zentrale Steuerungseinheit oder den Gesamtsinn dar, sondern nur eine weitere mögliche Verknüpfung. Auf der Fahrt nach innen geht es den Juristen wie dem Neurowissenschaftler, der statt des gesuchten Zentral-Ichs nur eine Vielzahl von homunculi findet.¹¹ Auch die Einheit des Rechts löst sich in eine Vielzahl von Beobachtungsperspektiven auf, so dass man ohne letzten Halt wieder im Äußeren landet. Die Gerichte argumentieren deswegen nicht mit der Rechtsidee, sondern mit anderen Entscheidungen. Gesetz spricht keinen Soziolekt, der das Sprechen der Richter disziplinieren könnte. Die Theorie des Gesetzespositivismus verschwindet in der Praxis eines Richterpositivismus.

II. Innenansicht: Es kommt allein auf den Fanbeauftragten an

Verlassen wir die methodischen Sonntagsreden und betrachten die gerichtliche Praxis. Der Richter führt keinen Monolog sicher angeleitet durch die Regel,

⁸Vgl. dazu *Hartmut Winkler*, Docuverse, Regensburg 1997, S. 11.

⁹Vgl. dazu *Martin Morlok*, Neue Erkenntnisse und Entwicklungen aus sprach- und rechtswissenschaftlicher Sicht, in: *Bernhard Ehrenzeller, Peter Gomez, Markus Kotzur, Daniel Thürer, Klaus A. Vallender* (Hrsg.), Präjudiz und Sprache, Zürich/St. Gallen 2008, S. 31.

¹⁰*Albert Bleckmann*, Die systematische Auslegung im europäischen Gemeinschaftsrecht, in: *ders.*, Studien zum Europäischen Gemeinschaftsrecht, 1986, S. 41 ff., 44.

¹¹Vgl. zu dieser Bewegung der Ersetzung einer Zentralinstanz durch viele Einzelinstanzen *Daniel C. Dennett*, Wo bin ich? in: *Douglas R. Hofstadter/Daniel C. Dennett* (Hrsg.), Einsicht ins Ich. 5. Aufl., Stuttgart 2002, S. 209 ff. Siehe auch *David H. Sanford*, Wo war ich?, ebd., S. 224 ff.

sondern er reagiert auf Texte. Er setzt nicht die wirkliche Bedeutung an die Stelle des Gesetzestextes, sondern verknüpft den Text des Gesetzes mit vielen anderen Texten. Statt geräuschlos funktionierender Regeln findet man lärmende Kontexte. Die Einfalt des Sinns verschwindet in einer Flut von Schriftsätzen. Es geht nicht um die Relation Text und Sinn, sondern um die Relation Text und viele andere Texte.

1. Vor dem Spiel: Die Macht der Präjudizien

Aus der Innensicht des Vereins heraus kommt es auf den Fanbeauftragten an. Es stellt sich die Frage: Was macht der Richter? Die Rechtssoziologie beschreibt dies folgendermaßen: Ausgangspunkt ist zunächst die Akte. Von dieser geht der Blick ins Gesetz. Dann greift der Richter zum Kommentar und von dort aus zu Vorentscheidungen.¹² Präjudizien sind für den Richter „Verweise auf die semantische Gleichbehandlung und damit die ‚Richtigkeit‘ eines Rechtsbegriffs“¹³. Empirische Untersuchungen in Form von Inhaltsanalysen gerichtlicher Begründungen zeigen, dass Präjudizien für den Richter die wichtigste Entscheidungsgrundlage sind.¹⁴

2. Während des Spiels: Der Ausschluss aus der Sprache

Aber Präjudizien gibt es viele. Und genau dies ist ein Einfallstor für fehlerhafte Rechtsprechung. Berücksichtigt der Richter einschlägig scheinende Präjudizien nicht, muss er dies begründen. Anderenfalls verlässt er den Raum der Rechtsanwendung: Er schließt die Präjudizien aus der Sprache des Rechts aus, so etwa im Falle Görgülü, durch welchen das OLG Naumburg traurige Berühmtheit erlangt hat. In diesem Fall hat es ein Gericht geschafft, einem türkischen Vater sieben Jahre lang den Zugang zu seinem adoptierten Kind zu verweigern. Dabei wurden Entscheidungen des Europäischen Menschenrechtsgerichtshof nicht beachtet und Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts umgangen. Es bedurfte mehrerer Urteile des Bundesverfassungsgerichts, um das Oberlandesgericht zu korrigieren.¹⁵

3. Nach dem Spiel: Die Schwierigkeit der Heterogenität

Nach dem Spiel betrachten wir die verletzten Dienstpflichten. Das OLG Naumburg hätte sich mit den Entscheidungen des EGMR auseinandersetzen müssen.

¹² *Peter Stegmaier*, Wissen, was recht ist. Richterliche Rechtspraxis aus wissenssoziologischer-ethnographischer Sicht, Wiesbaden 2009, S. 204 f.

¹³ *Martin Morlok*, Neue Erkenntnisse und Entwicklungen aus sprach- und rechtswissenschaftlicher Sicht, in: *Bernhard Ehrenzeller, Peter Gomez, Markus Kotzur, Daniel Thüerer, Klaus A. Vallender* (Hrsg.), *Präjudiz und Sprache*, Zürich/St. Gallen 2008, S. 73.

¹⁴ *Hans Kudlich/Ralph Christensen*, Die Methodik des BGH in Strafsachen, Köln/München 2009, S. 37 ff.

¹⁵ *EGMR* in: NJW 2004, 3397 = *FamRZ* 2004, S. 1456; *OLG Naumburg* in: *FamRZ* 2004, S. 1510; *BVerfG* in: NJW 2004, S. 3407; *OLG Naumburg* in: *NJOZ* 2005, S. 2988; *BVerfG* in: NJW 2005, S. 1105; *BVerfG* in: NJW 2005, S. 1765 und *BVerfG* NJW 2005, S. 2685; *BVerfG* in: NJW 2005, S. 2865 (2867); *BverfG* in: NJW 2005, S. 2865 (2868).

Jeden Amtswalter und damit auch den Richter trifft die Dienstpflicht, höchstrichterliche Entscheidungen zwar nicht zu befolgen, aber zu beachten. Das heißt, er darf davon nur abweichen, wenn er neue Argumente vorweisen kann. Sonst handelt er willkürlich. Dies wird vom Verfassungsgericht im Rahmen der Urteilsverfassungsbeschwerde überprüft. Im Falle des OLG Naumburg kam es sogar zu einem Strafverfahren wegen des Vorwurfs der Rechtsbeugung.¹⁶

Liegt die Bindung des Richters also bei den Präjudizien? Werden Richter durch Richter diszipliniert? Auch Präjudizien können den juristischen Wunsch nach Instrukktivität nicht erfüllen. Die Vergangenheit des Rechts ist keine vorgegebene Größe, in der die Einzelentscheidung ihren fraglosen Platz findet, sonder eher eine Projektionsfläche. Ständig muss man passende und unpassende Präjudizien unterscheiden, häufig auch überzeugende und nicht überzeugende. Der Richter muss die Kette der Vorentscheidungen selbst knüpfen. Dabei kann jede Gegenwart ihre eigene Vergangenheit erfinden und wie das OLG Naumburg einfach weglassen, was ihr nicht passt. Schon bei schriftlicher und erst recht bei computerunterstützter Überlieferung macht allein die Vielzahl der erfassten Entscheidungen deutlich, dass Tradition nicht homogen ist, sondern heterogen, umstritten und widersprüchlich¹⁷.

Um sich an Entscheidungen zu orientieren, muss man also sehr viel entscheiden. Deswegen muss die Verantwortung des Richters verwaltet werden. Dies geschieht über ein Verfahren mit subjektiven Rechten der Beteiligten und eine Begründungspflicht, die ihn zwingt, sich damit auseinander zu setzen.

III. Der Krieg der Welten

Gesetzespositivismus und Richterpositivismus verfehlen beide die Komplexität des Rechts. Seine Verwirklichung ist keine bloße Lektüre, sondern ein praktisches Verfahren, dessen überraschende Wendungen sich der Prognose eines Lesers von Gesetzbuch oder Entscheidungssammlung regelmäßig entziehen. Das Verfahren als Performanz des Rechts ist weder eine Ausführung des Gesetzes, noch eine Befolgung von Präjudizien, sondern eine Inszenierung, in der sich immer wieder Neues ereignet.¹⁸

1. Vor dem Spiel: Die Verinnerlichung der Außenwelt

Was passiert vor dem Spiel? Der Sog des Verfahrens zieht die Außenwelt in die Innenwelt des Rechts. Aus einem praktischen Streit wird allmählich ein Rechtsproblem. Die Beteiligten werden zunächst gezwungen, ihre Positionen

¹⁶Vgl. OLG Naumburg, in: NJW 2008, S. 3585 sowie Besprechung von *Volker Erb*, in: NSTZ 2009, S. 189 ff.

¹⁷*Martin Morlok*, Der Text hinter dem Text, in: *Alexander Blankennagel, Ingolf Pernice, Helmut Schulze-Fielitz* (Hrsg.), *Verfassung im Diskurs der Welt*, Tübingen 2004, S. 133.

¹⁸Vgl. *Ralph Christensen/Kent D. Lerch*, Performanz. Die Kunst, Recht geschehen zu lassen, in: *Kent D. Lerch* (Hrsg.), *Recht vermitteln. Strukturen, Formen und Medien der Kommunikation im Recht*, Berlin / New York 2005, 55 ff., vor allem 71 ff., 122 ff.

sprachlich zu formulieren, und zwar in der Sprache des Rechts. Dazu gehört der Bezug auf einen oder mehrere Gesetzestexte, professionelle Hilfestellung, das Verfassen von Schriftsätzen usw.

Mit dem Vorschlag, einen Normtext für das Verfahren zugrunde zu legen und ihn in einer bestimmten Weise zu lesen, wird dieser Normtext im Verfahren als Verkörperung von Recht sichtbar. Jetzt kann er mit anderen Lesarten besetzt werden; über die konkurrierenden Weisen, diesen Text zu verstehen, kann dann im Verfahren gestritten werden.

Vor Gericht geht es nicht um Verständigungsprobleme, die man unter Berufung auf die gemeinsame Sprache beilegen könnte. Beide Parteien haben das Gesetz verstanden. Nur in gegensätzlicher Weise. Der Rechtsstreit ist die Krise von Kommunikation par excellence. Auf eine Formel gebracht sind die Parteien in den „Kampf um das Recht im Raum der Sprache“ verstrickt.¹⁹ Die Sprache gibt keine den Parteien gemeinsame Verständigungsbasis ab. Vielmehr steht sie als Einsatz selbst auf dem Spiel. Die Parteien wollen sie durch ihr jeweiliges Verständnis vereinnahmen und dieses so als Recht im anstehenden Fall durchsetzen. Die Bedeutung der betroffenen Normtexte und Begriffe löst sich in eine Vielzahl konträrer Bedeutsamkeiten auf.

Dass Sprache umstritten ist, heißt aber nicht, dass die Akteure im Rechtsstreit hoffnungslos aneinander vorbeireden müssten. Im Gegenteil. Kompetitives Handeln wie der semantische Kampf ist Inter-Aktion auf dem höchsten Niveau der wechselseitigen Angewiesenheit der einzelnen Züge der Sprecher aufeinander. Jedes Missdeuten wird sofort mit dem Misserfolg bestraft. Um also im Rechtsstreit bestehen zu können, sind die Parteien darauf angewiesen, genau auf den anderen zu hören. Ein Konflikt ist soziologisch gesehen ein hoch integriertes System von Kommunikation.²⁰ Von zentraler Wichtigkeit ist vor allem, dass jede der beiden Seiten gewinnen will. Dazu muss sie allerdings die Position des Gegners verstehen, denn nur dann findet man Wege, sie argumentativ anzugreifen. Durch diesen ganzen Vorgang löst sich der Streit von der konkreten Person ab und wird in die Welt des Rechts transportiert, der tatsächliche Streit wandelt sich zum Rechtsstreit.

2. Während des Spiels: Die Veräußerlichung der Innenwelt

Während des Spiels ist eine Videoüberwachung nicht möglich. Die dem Recht eigene Dunkelheit verhindert dies. Aber die Sprache wird überwacht, und zwar nicht in ihrer Schließung, sondern gerade in ihrer Öffnung für die Verfahrensbeteiligten. Rechtliches Gehör, Waffengleichheit usw. müssen gewährleistet sein, damit die Verknüpfung der konkreten Entscheidung mit den bisherigen Episoden von Recht keine ist, die den Prozessparteien einfach übergestülpt wird. Der

¹⁹Vgl. *Friedrich Müller/Ralph Christensen/Michael Sokolowski*, Rechtstext und Rechtsarbeit, Berlin 1997, S. 68 ff.

²⁰*Niklas Luhmann*, Konflikt und Recht, in: *ders.*, Ausdifferenzierung des Rechts, Frankfurt am Main 1999, S. 92 ff., 101.

Streit muss den vom Parlament geschaffenen Normtext zugrunde legen, das Verfahren soll die beste Lesart validieren und die Begründung dies darstellen. Man muss nicht die Härte des Gesetzes mit einer nachträglichen Anwendung der Gerechtigkeit weichspülen. Vielmehr wird das Gesetz über die subjektiven Verfahrensrechte der Beteiligten von innen für die Gerechtigkeit als Problem geöffnet. Aber natürlich hat das nur Sinn, wenn die Argumentation über die Begründungspflicht des Richters tatsächlich etwas mit dem Urteil zu tun hat.

Das Verfahren kann eine „Ölgötzensitzung“, „Sprungprozession“ oder gar ein „Schattensprung“ sein, es endet jedenfalls spätestens mit der Entscheidung. Zwar versucht der Richter, diese wegen der erforderlichen Begründungsarbeit zu vermeiden, aber das gelingt nicht immer. Ist mit diesem Ende die Außenwelt unter die Innenwelt des Rechts subsumiert oder hat auch die Innenwelt des Rechts eine Änderung erfahren?

Ganz so wie sich die Beobachtung nicht beobachten kann, kann die Entscheidung sich nicht entscheiden. Und hier droht sich nun jener Abgrund zu öffnen, über den nach Carl Schmitt nur der dezisionistische Sprung helfen kann. Die Modellierung des Urteils als Rechtsanwendung nutzt hier nichts. Das war die vergebliche Mühe des Positivismus, die zugleich gegen ihren Willen gezeigt hat, warum sie scheitern musste. Denn der Jurist als Entscheider muss sich unsichtbar machen, damit sich die Entscheidung als Rechtsanwendung vollziehen kann. Das Urteil wird ihm zugerechnet. Es darf aber nicht seine Entscheidung sein. Er darf sie allenfalls vollziehen, weil sie sonst seine Entscheidung über Recht und nicht die Entscheidung des Rechts wäre.

Das Entscheidungsparadox lässt sich nicht aufheben, aber bearbeiten: „Die Entscheidung muss über sich selbst, aber dann auch noch über die Alternative informieren, also über das Paradox, dass die Alternative eine ist (denn sonst wäre die Entscheidung keine Entscheidung) und zugleich keine ist (denn sonst wäre die Entscheidung keine Entscheidung).“²¹ Mit der Befragung des Entscheiders als „re-entry“, mit einer Beobachtung, die ihn unterscheidet auf die Frage hin, ob seine Entscheidung von Recht zu Recht oder Unrecht besteht, kann der kommunikative Zug des Entscheidens zum Tragen gebracht werden. Und zwar in den beiden Richtungen des Vorher und Nachher.

Die Entscheidung kann daher die Last der Entparadoxierung des Rechts nicht alleine tragen. Denn als Entscheidung macht sie ja deutlich, dass auch anders entschieden werden könnte. Deswegen braucht sie die Hilfe der Begründung. Diese stellt eine Hilfssemantik dar und ist als Supplement der ideale Ansatzpunkt einer Dekonstruktion.²² Dagegen setzen Carl Schmitt und Niklas Luhmann vor seiner Auseinandersetzung mit der Dekonstruktion die Stabilität des Rechts. Argumentation „besitzt für die Entscheidung selbst keinerlei Bedeu-

²¹ Niklas Luhmann, *Organisation und Entscheidung*, Opladen/Wiesbaden 2000, S. 140.

²² Vgl. zum Sprachgebrauch „Zusatzsemantik oder Supplemente“ Niklas Luhmann, *Metamorphosen des Staates*, in: *ders.* Gesellschaftsstruktur und Semantik, Band 4, Frankfurt am Main 1999, S. 101 ff., 107.

tung und deckelt nur nachträglich das Begründungsloch.”²³ Stabilität des Rechts soll garantiert werden, indem man die Entscheidung von der Argumentation im Verfahren und auch ihrer Zusatzsemantik, dem Supplement der Begründung, radikal abtrennt.

Aber lässt sich das Ziel der Stabilität wirklich erreichen? Ist die richterliche Entscheidung überhaupt in der Lage, den Aufschub der Bedeutung durch die Kontexte und damit das Gleiten der Schrift ruhig zu stellen?

Die Begründung und damit die Argumentation lässt die feste Regel des Rechts nicht unangetastet, sondern verschiebt sie: ”Dies Dilemma des Einschlusses des Ausgeschlossenen, dies Problem des Systemgedächtnisses, das auch die nichtaktualisierten Möglichkeiten festhält, wird als Text verbreitet. Das multipliziert die Möglichkeiten, den Text anzunehmen oder abzulehnen, das heißt: die Entscheidung als Prämisse für weitere Entscheidungen zu verwenden – oder auch nicht. Die Information, also die konstative Komponente des Textes, die besagt, dass der Text kraft seines Ursprungs verbindlich ist, besagt noch nicht, dass er im weiteren Verlauf als verbindlich behandelt wird. Dazwischen vergeht Zeit, und Zeit heißt unabwendbar: Offenheit für Einflüsse aus dem unmarkierten Bereich des Ausgeschlossenen. Von der Texttheorie her gesehen, bedeutet dieser Befund, dass die im Text vorgesehenen Unterscheidungen dekonstruierbar sind und dass der Text selbst dazu den Schlüssel liefert.”²⁴ Die Dekonstruktion ist jetzt für Luhmann nicht länger eine äußere Kritik des Rechts, welche von romantischen Individuen aus geht.²⁵ Sie wird jetzt nicht nur innerer, sondern auch konstitutiver Moment des Rechts. Man muss die Differenz zwischen der Entscheidung als Behauptung von Recht und ihrer Kommunikation als Entscheidung, die auch anders sein könnte, ernst nehmen. Das performative Element der Entscheidung lässt sich vom konstativen Element der behaupteten Rechtskenntnis nicht festbinden. Darin liegt eine Stärke des Rechts. Es kann sich damit über Irritationen an gesellschaftlichen Strukturwandel anpassen. Die Begründungstexte der Gerichte speichern nicht einfach Vergangenheit, um sie der Gegenwart als mit sich identischen Sinn zur Verfügung zu stellen, sondern sie halten nicht aktualisierte Möglichkeiten fest und stellen sich neuen Kontexten zur Sinnverschiebung durch Lektüre bereit. Sie öffnen damit das Recht für ”den unmarkierten Bereich des Ausgeschlossenen.”²⁶ Die Regel bleibt also durch ihre beständige Begründung gerade nicht fest und unangetastet, sondern sie verschiebt sich und macht Metamorphosen durch. Das Recht beendet nicht den Streit der Bürger in der Stabilität der Entscheidung. Vielmehr verschieben die

²³ Thomas Wirtz, Entscheidung. Niklas Luhmann und Carl Schmitt, in: Albrecht Koschorke/Cornelia Vismann (Hrsg.), Widerstände der Systemtheorie, Berlin 1999, S. 175 ff., 182 f.

²⁴ Niklas Luhmann, Metamorphosen des Staates, in: *ders.* Gesellschaftsstruktur und Semantik, Band 4, Frankfurt am Main 1999, S. 101 ff., 106 f.

²⁵ Niklas Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, S. 172: ”Überhaupt darf man die romantische Bewegung als die vorläufig letzte gezielte Opposition gegen die Dominanz des binären Codes Recht/Unrecht einschätzen.”

²⁶ Niklas Luhmann, Metamorphosen des Staates, in: *ders.* Gesellschaftsstruktur und Semantik, Band 4, Frankfurt am Main 1999, S. 101 ff., 107.

für das Recht kontingenten Streitigkeiten der Bürger ständig das Recht und zwingen es in Metamorphosen.²⁷

3. Nach dem Spiel: Die wechselseitige Verschiebung von Innen und Außen

Aber kann darin eine Stärke liegen, dass das Recht den Bürgern nicht aufgezwungen wird, sondern von diesen beständig verschoben? Die funktional differenzierte Gesellschaft hat nach Luhmann, evolutionstheoretisch betrachtet, die Schwierigkeit, Varietät von Restabilisierung abzugrenzen. Anders formuliert, sie hat ihre Restabilisierung dynamisiert, so dass Veränderung zur Konstante wird. Genau an dieser Stelle könnte systemtheoretisch die Rolle der Dekonstruktion liegen. Sie hebt in der Begründung neben dem Moment der Reduktion das der Varietät heraus und öffnet damit das Recht für Außeneinflüsse und sein jeweils Unbeobachtbares. Hier lag der blinde Fleck der vordekonstruktiven Systemtheorie. Die unbestreitbare Leistung, die Autonomie des Sozialen zu begründen und gleichzeitig mit der System/Umwelt-Unterscheidung seine Auskernung in verschiedenen Sprachspielen zu belegen, macht diese Theorie "notwendig blind für Sinn-Zusammenhänge, die in Kommunikation und Bewusstsein oder die Gesellschaft und Individuen übergreifen."²⁸ Das heißt also, dass die Beobachtung von Sprachspielen, die sich zu Institutionen ausgekern haben, mit dem Risiko behaftet ist, diese Systeme zu isolieren. Beziehungen zwischen diesen Sprachspielen muss die Systemtheorie dann mit Hilfe der Kategorie struktureller Kopplung und Interpenetration ins Innere des jeweiligen Sprachspiels verlegen. Die Situation der Überdeterminierung eines Ereignisses durch mehrere Systeme kommt damit nicht in den Blick. Die Systemtheorie beobachtet nur die Irritationen in einem der beteiligten Systeme, nicht aber ihren Streit: "Die notwendige Blindheit der System/Umwelt-Unterscheidung wirkt sich dann massiv im systemtheoretischen Begriff der Gerechtigkeit aus. Entgegen verbreiteten Vorurteilen verabschiedet Luhmann nicht etwa Gerechtigkeit als abgestandenes alteuropäisches Gedankengut, sondern platziert sie an zentraler Stelle seiner Rechtstheorie, nun aber nicht mehr als internen Maßstab für die Entscheidung von Einzelfällen, auch nicht mehr als höchste innere Norm des Rechts, auch nicht mehr als externen politischen oder moralischen Wert, an dem sich das Recht ausrichten sollte, sondern als Kontingenzformel des Rechts, also als Verhältnis des Rechts zu seiner Umwelt. Nach Luhmann ist Gerechtigkeit adäquate Komplexität des Rechtssystems, höchstmögliche innere Konsistenz angesichts extrem divergierender Umwelтанforderungen. Aber auch hier offenbart sich der Mangel, dass die Umweltrelation zwar angezielt, aber nicht, als solche, systemtheoretisch erfasst werden kann, sondern nur asymmetrisch, entweder aus der Innenperspektive des

²⁷Vgl. dazu auch *Niels Werber*, Vor dem Vertrag. Probleme des Performanzbegriffs aus systemtheoretischer Sicht, in: Uwe Wirth (Hrsg.), *Performanz. Zwischen Sprachphilosophie und Kulturwissenschaften*, Frankfurt am Main 2002, S. 366 ff., 381 f.

²⁸*Gunther Teubner*, Ökonomie der Gabe – Positivität der Gerechtigkeit: Gegenseitige Heim-suchungen von System und *différance*, in: Albrecht Koschorke/Cornelia Vismann (Hrsg.), *Widerstände der Systemtheorie*, Berlin 1999, S. 199 ff., S. 209.

Rechtssystems oder aus einer externen Beobachterperspektive. Das Verhältnis von Recht und Gesellschaft selbst, die Übersetzung von einem System in das andere, verschwindet im blinden Fleck der System/Umwelt-Unterscheidung. Diese Art von Gerechtigkeit wird daher allenfalls dem Rechtssystem selbst gerecht.²⁹ Es bedarf also der Supplemente, damit das Recht umweltsensibel wird und neben der Herstellung von Redundanzen, seine zweite Aufgabe der Varietät, erfüllen kann. Gerechtigkeit bleibt damit als Problem. Die Kontingenzformel muss ergänzt werden durch die Beobachtung der Art, wie die Entscheidung die Argumente im Verfahren berücksichtigt. Erst nach dieser dekonstruktiven Wendung der Systemtheorie gibt es tatsächlich die von Teubner geforderte Kopplung von Entscheidungsnetzen und Argumentationsnetzen³⁰. Damit gelangt man aber nicht zu einer gesetzesunabhängigen Gerechtigkeit als Korrektiv für die Härte des Gesetzes, sondern zu den subjektiven Rechten der Verfahrensbeteiligten und der Begründungspflicht des Richters. Der Schritt über den Dezi- sionismus hinaus führt also nicht in Sprachfassaden, welche nur die Funktion haben, die Brutalität der Entscheidung zu verdecken, sondern er führt in eine neue Problemstellung. Wie kann das Recht einen Ausgleich zwischen Redun- danz und Varietät über die Streitigkeiten und Argumente der Bürger herstellen? Wenn die Begründung als Supplement der Entscheidung die Argumente der Ver- fahrensbeteiligten aufnimmt, relativiert sie damit den gewaltsamen Charakter der Entscheidung. Die zu Grunde gelegte Regel wird damit nicht einfach aus dem normativen Nichts den Beteiligten oktroyiert. Damit wären wir bei Carl Schmitt. Vielmehr wird über die Argumentation und die Darstellungszwänge des Richters in der Begründung die Erfindung der Regel für die Mitgestaltung durch die Beteiligten geöffnet. Die Entscheidung ist dadurch mit dem vorange- gangenen Verfahren und den betroffenen Subjekten verknüpft. Wenn der Bürger eines Rechtsstaats einen Prozess verliert, trifft ihn nicht das Beil aus dem nor- mativen Nichts. Er hat vielmehr in der Regel die Möglichkeit, Rechtsmittel einzulegen und diese sind nur sinnvoll, wenn es Maßstäbe gibt, an denen über- prüft werden kann, ob es sich nur um eine Entscheidung oder um eine Recht- sentscheidung handelt. Die Möglichkeit, dies zu beurteilen, wird durch das Supplement der Begründung geschaffen.

IV. Die Waage halten

Recht kann zur Gewalt werden oder es kann im Verfahren geschehen. Das hängt davon ab, ob das Gericht mit dem Schwert arbeitet oder dessen Drohung nur dazu dient, die Beteiligten in einen geordneten Streit zu zwingen.

Sind also präventive Maßnahmen gegen Texthooligans möglich?

Bisher hat man versucht, die Arbeit des Richters von der Sprache her zu kontrollieren. Die Härte des Gesetzes besteht darin, dass der einzelne Sprecher und seine Lesarten von der ihm vorgeordneten Sprache her korrigiert wird.

²⁹Ebd., S. 210.

³⁰Ebd., S. 200.

Deswegen, weil diese Sprache von den Individuen nicht beeinflusst werden kann, bedarf die Härte des Gesetzes einer Korrektur durch eine außergesetzliche Gerechtigkeit.³¹ Diese einseitige Auffassung der Sprache hindert aber daran, das Problem der Gerechtigkeit aus dem Gesetz heraus zu begreifen. Die Sprache gibt uns das Gesetz nicht vor. Mit ihr geht es uns genau wie mit der Welt. Niemand hat die versionslose Beschreibung. Heute versteht man die Sprache nicht mehr vom Soziolekt her, sondern vom Idiolekt. Die Sprache gibt es nicht, sondern nur Einzelsprachen. Wie soll man also den Richter am Gesetz kontrollieren?

Das gerichtliche Verfahren zwingt den Idiolekt der Beteiligten zur Reflexion. Sie erfahren, dass sie nur eine Sprache haben, aber diese nicht ihre eigene ist.³² Die Faltung des Konflikts in die Sprache des Rechts faltet auch die Sprache der Beteiligten. Die Gewalt des Gesetzes besteht darin, dass sie den selbstgenügsamen Lauf der Autoaffektion stört.³³ Ich muss um zu gewinnen, die Position des anderen verstehen und mich jedenfalls ein Stück weit darauf einlassen. Auch der Gegner spricht. Aber anders als ich. Die Ordnung der Sprache liegt also nicht im Subjekt, sie liegt auch nicht im objektiven Geist, sie konstituiert sich vielmehr in einem Netzwerk von Relationen, die zwischen den Individuen bestehen und sich laufend verändern.³⁴

Das Verfahren ist damit eine List der Sprache unter latenter Hilfe der Gewalt. Durch aktualisierte Gewalt würde diese List zerstört. Der Richter kann also Recht nicht einfach erzeugen. Die Beteiligten haben im Verfahren subjektive Rechte wie effektiven Rechtsschutz, Justizgewährungsrecht und rechtliches Gehör. Das Justizgewährungsrecht soll ein faires Verfahren und Waffengleichheit der Prozessparteien gewährleisten. Vor allem aber das rechtliche Gehör gibt den Beteiligten die Möglichkeit, den Fortgang des Verfahrens zu beeinflussen. Eine Entscheidung, solange sie eine Rechtsentscheidung und keine bloße Gewalt sein will, muss dem Betroffenen Einfluss auf die Sprache geben, die in der Entscheidung an die Stelle seiner eigenen tritt. Wenn dagegen diese Sprache schon vorher feststeht, haben wir kein Recht vor uns, sondern nur sprachlich verbrämte Gewaltsausübung. Der Richter muss also den Streit der Parteien so gegeneinander setzen, dass er in seiner Begründung die beste Lesart des Gesetzes validieren kann. Nur dann lässt er Recht geschehen.

³¹Vgl. dazu *Karl-Heinz Laudeur/Ino Augsberg*, „Der Buchstaben tötet, aber der Geist macht lebendig“?, in *Rechtstheorie* 2009, S. 438 ff.

³²*Jacques Derrida*, *Einsprachigkeit*, München 2003, S. 13.

³³Vgl. dazu *Karl-Heinz Laudeur/Ino Augsberg*, „Der Buchstaben tötet, aber der Geist macht lebendig“?, in *Rechtstheorie* 2009, S. 431 ff., 458.

³⁴Ebd., S. 465.