



This pdf document provided by SOULL can be cited as:

Christensen, Ralph: "Gesetzbuch und Verfahren.

Die implizite Medientheorie des Rechts" In: SOULL – Sources of Language and Law, <https://legal-linguistics.net> (Last update: 9.7.2020)

All rights reserved.

Gesetzbuch und Verfahren.

Die implizite Medientheorie des Rechts

Iura novit curia, diese ehrwürdige Parömie wird häufig in die Wendung übersetzt: Der Richter kenne das Gesetz. Aber kennt er es wirklich? Führen wir nicht deswegen ein Verfahren unter Beteiligung etlicher Spezialisten durch, weil wir das Recht für diesen Fall erst noch finden müssen?¹ Dass der Richter das Gesetz vor den Argumenten im Verfahren schon kennt, wird herkömmlich damit begründet, dass er das Gesetz im Buch finden kann. Aber das Recht hat man nicht immer im Buch gesucht. Es hat als Prozess in mündlicher Sprache begonnen und erst im Laufe seiner Entwicklung zunehmend verschriftlicht. Die Schriftrolle als der erste Schritt blieb noch der praktischen Rede untergeordnet. Auch der Codex als noch unstrukturierte Sammlung von Schriftrollen hat daran nicht viel geändert. Aber die Idee, dem Buch ein Layout zu geben mit Satzzeichen, Abschnitten, Überschriften und Inhaltsverzeichnis hat das Buch dem Prozess und die Theorie der Praxis untergeordnet. Schon früh hat ein Basler Philologieprofessor in der dominanten Rolle des Buches den Verlust einer auf Oralität und Interaktion beruhenden Kultur beklagt.² Man löste das Recht von seinem spezifischen Anlass und Publikum und verstand es aus der Perspektive des Lesers als unbestimmtem Adressaten. Darin liegt eine wichtige Veränderung, denn man verliert den Blick auf die Sprache des Rechts als pragmatisches Kommunikationswerkzeug. Durch die Fixierung im vermeintlich neutralen Medium der Schrift wird das Recht zu einer aus dem Kontext gelösten Theorie. Es gewinnt in der Form des Buches eine Einheit, die man als der Erkenntnis vorgeordnet begreifen kann. Diese Herrschaft des Buches war allerdings niemals unumstritten. Die Kritik an der Einheit der Rechtsordnung³ und die Argumentation der Topik waren auf die Öffnung des Systems gerichtet. Diese Ansätze konnten ihre Argumente verbinden mit

¹Vgl. dazu grundsätzlich *Christian Wolf*, Freiheit des Rechtsanwalts – Grundrecht des rechtlichen Gehörs, in: *Friedhelm Hufen* (Hrsg.), *Verfassungen zwischen Recht und Politik*. Festschrift zum 70. Geburtstag für Hans-Peter Schneider, Baden-Baden 2008, S. 414 ff., grundlegend S. 421 ff.

²*Friedrich Nietzsche*, *Geschichte der griechischen Litteratur*, in: *ders.* *Werke*. Kritische Gesamtausgabe, hrsg. von *Giorgio Colli/Mazzino Montinari*, Berlin/New York 1995, 11. Abteilung, Fünfter Band, Vorlesungsaufzeichnungen (WS 1874/75 – WS 1878/79), S. 1-353.

³Vgl. dazu *Friedrich Müller*, *Die Einheit der Rechtsordnung*, Berlin 1979 (2. Auflage 2008).

Schreibstrategien, welche über die klassische Ordnung des Buches hinausführten. Wittgenstein hat seine „Philosophischen Untersuchungen“ immer wieder aus Patchwork neu zusammengefügt und schreibt dazu im Vorwort: „Meine Absicht war es von Anfang, alles dies einmal in einem Buche zusammenzufassen (...). Nach manchen mißglückten Versuchen, meine Ergebnisse zu einem solchen Ganzen zusammenzuschweißen, sah ich ein, daß mir dies nie gelingen würde (...). Und dies hing freilich mit der Natur der Untersuchung selbst zusammen.“⁴ Aber solche Strategien blieben minoritär, solange das Buch das entscheidende Medium war. Heute dagegen haben sich die Medien vervielfältigt und dieser Wandel seiner Infrastruktur verändert auch das Recht.

Daraus ergibt sich die Frage nach der im Recht enthaltenen Medientheorie. Denn das Gesetzbuch, welches die Einheit des rechtlichen Wissens garantieren sollte, ist ein Medium. Medientheorie ist damit nichts, was man dem Recht von außen her aufzwingen müsste, sondern sie ist schon immer Teil des juristischen Selbstverständnisses. In der Theorie garantiert das mediale Paradigma des Buches das rechtliche Wissen. In der Praxis ist es die Medienkonstellation des Verfahrens mit ihrer Mischung aus geschriebenem Text, gesprochener Sprache und sozialer Interaktion, welche dem Gericht die Kenntnis des Rechts vermittelt. Den Abstand zwischen expliziter und impliziter Medientheorie des Rechts gilt es zu schließen.

I. Das mediale Paradigma des Buches

Das Gesetzbuch hat der juristischen Lektüre lange Zeit einen sicheren Hafen geboten. Die Scholastik lehrte den Leser, die Zeile als Teil eines Absatzes zu verstehen und den Absatz als Teil eines Buches.⁵ Es wurde eine Hierarchie im Raum des Sinns errichtet, denn die Zeile wurde dem Absatz untergeordnet und der Absatz dem Ganzen des Buches. An die Materialität des Buches schloss eine neue Formatierung des Sinns an. Begrenzt von den beiden Deckeln des Buches war das Lesen fortan auf die Sinnmitte des Textes gerichtet.⁶ Diese Wahrnehmung von Schrift als Buch wurde durch die Druckerpresse noch verstärkt, sicherte sie doch die Unveränderlichkeit des in Bleilettern gegossenen Textes. Aus dem Wirtschaftsgut des Buches wurde so eine metaphysische Figur, deren Aufgabe darin besteht, das Gleiten der Schrift in definierten Grenzen ruhig

⁴Ludwig Wittgenstein, *Philosophische Untersuchungen*, in: *ders.*, Werkausgabe, Frankfurt am Main 1984, Band 1, S. 225 ff., 231 f. Mit mehr rhetorischem Schwung Nietzsche: „Dies ist kein Buch: was liegt an Büchern!/Was liegt an Särgen und Leichentüchern!/Dies ist ein Wille, dies ist ein Versprechen./Dies ist ein letztes Brücken-Zerbrechen./Dies ist ein Meerwind, ein Ankerlichten./Ein Räderbrausen, ein Steuer-Richten./Es brüllt die Kanone, weiß dampft ihr Feuer./Es lacht das Meer, das Ungeheuer-...“ Friedrich Nietzsche, *Nachgelassene Fragmente*: Juli 1882 bis Herbst 1885, 1. Teil: Juli 1882 bis Winter 1883/84, in: *ders.* Werke. Kritische Gesamtausgabe, hrsg. von Giorgio Colli/Mazzino Montinari, Berlin/New York 1995, 11. Abteilung, Zehnter Band, Juli-August 1882, 1 (21), S. 14.

⁵Siehe dazu Ilich, *Im Weinberg des Textes*, 1991, Chartier *Lesewelten*, 1990, Hesper. *Schreiben ohne Text*, 1994.

⁶Christensen/Lerch, *Ein Urteil wie es im Buche steht*, in: Fr. Müller (Hrsg.) *Politik, [Neue] Medien und die Sprache des Rechts*, 2007, S. 221, 241 ff.

zu stellen. Das Buch mit all seinen Enden aus Anmerkungen, Fußnoten und Schlussbemerkungen wird zur Sinntotalität gerundet.⁷ Diese wiederum soll dann dem Verstehen des Lesers Form und Maß geben.

Erst seit kurzem beginnt man, die Medien des Rechts genauer in den Blick zu nehmen. Dies liegt daran, dass sich die mediale Infrastruktur des Rechts grundlegend geändert hat: Ein Jurist sitzt heute nicht mehr vor Büchern, sondern vor dem Computer. Die Grenzen der Welt des Buches wurden schon sichtbar, als mit Telegraphie, Rundfunk, Film und Fernsehen andere Medien zum Buch in Konkurrenz traten,⁸ doch die Massenmedien konnten die Welt des Gesetzbuches und seine stille Hermeneutik noch nicht gefährden. Erst mit den digitalen Medien hat der Text die Grenzen des Buches als Sinntotalität verlassen.⁹

Jetzt wird offensichtlich, was im Buch implizit war und marginalisiert werden konnte: die Struktur der Schrift als Hypertext. Auch wenn Glossen, Kommentare, Verweise und Editierungen die Ideologie eines nachzuvollziehenden Sinnanzuges im Grunde immer schon perforiert und unterlaufen hatten, konnte man dies noch für Randphänomene halten. Nun aber vollzieht sich der Ausbruch der Lektüre aus ihrer Gefangenschaft im Einband des Buches, das ersetzt wird durch eine dispergente Oberfläche, die das lineare Lesen unterminiert. Es werden nun Probleme sichtbar, die bisher im Schatten der hermeneutischen Selbstverständlichkeiten lagen. Die Triangulierung des Verstehens in Text, Autor und Leser mit vorgeprägten Rollen verliert mit dem Übergang zum Hypertext ihren Halt im Buch: Der Autor wird anonym, der Leser übernimmt seine Funktion, und dem Text fehlen objektiv vorgegebene Grenzen. Es gilt also, das Verstehen neu zu denken.

Solange man nur in Büchern las, konnte man an die einzige Bedeutung des Textes als Sinntotalität glauben, denn der Leser muss seine eigene Auslegungskultur und den Wissensschatz, den er dem Text zuführt, nicht bemerken. Er kann alles, was er schafft, objektiv attribuieren, und so glauben, dass allein der Text spricht. Der Hypertext aber macht die Vielzahl der Verknüpfungen von Zeichenkette und Bedeutung im Außen sichtbar. Im alteuropäischen Rechtsdenken löst dies eine Krise aus. Wenn sich der Richter aus dem Streit der Parteien in den Text des Rechts zurückziehen will, findet er statt der Einheit des Rechts den Konflikt der Verknüpfungsmöglichkeiten. Es handelt sich dabei um nichts grundlegend Neues: Das Medium Computer macht nur sichtbar, dass das Recht schon immer ein Hypertext war und nie ein Buch im Sinne einer geschlossenen Totalität. Es war stets nur eine Kollektion stark modularisierter Segmente, eine Paragraphensammlung eben. In den Normtexten sind die einzelnen Gliederungsteile bis auf die Satzebene herunter immer für sich allein verständlich, da keine Kohäsion zu benachbarten Abschnitten besteht.¹⁰ Ihre Produktion unterliegt permanen-

⁷Siehe *Wetzel*, Die Enden des Buches oder die Wiederkehr der Schrift, 1991, XII.

⁸Vgl. *Schanze*, Integrale Mediengeschichte, in: *ders.* (Hrsg.), Handbuch der Mediengeschichte, 2001, S. 252, 263 ff.

⁹Vgl. dazu *Landow*, Hypertext, 1997, 57; sowie *Bolter*, Writing Space, 1991, S. 240.

¹⁰*Krüger*, Nicht-lineares Information Retrieval in der juristischen Informationssuche, Abschn. 511a Modularisierung, <http://www.jura.uni-sb.de/dissertationen/krueger/diss-511a.html>.

ten Verschiebungen, Novellierungen, Ergänzungen und Tilgungen, ohne dass dem Gesetz als solchen etwas Einschneidendes geschieht. Das erfährt bereits der Jurastudent leidvoll jedes Mal, wenn die neue Lieferung zur Ergänzung seines *Schönfelder* eingetroffen ist und er sich der Mühe einer Reorganisation unterziehen muss. Gesetzbücher, Verordnungen und Richtlinien sind letztlich nur Ansammlungen von durch Paragraphen-, sowie Abschnittsbezeichnung und Betitelung etikettierten Knoten im Gewebe der Gesetzestexte, welche fallweise miteinander verknüpft werden.¹¹

Die alteuropäische Vorstellung von einer beschützenden Werkstatt des Rechts, worin der Richter gehalten durch Rechtsbegriffe, Prinzipien und Gerechtigkeit die stille Rechtserkenntnis vollzieht, war immer schon in dem Moment brüchig, in dem der Jurist in den Institutionen nachlesen, die Glosse konsultieren oder einen Kommentar zur Hand nehmen musste, um für seine Entscheidung auf das Recht zu kommen. Dadurch, dass das Recht in den neuen digitalen Medien zum offenen Hypertext wird, beginnt die Metapher vom Gesetzbuch zu verblassen.¹² Heute sieht man, dass der über das Gesetzbuch gebeugte Leser einen Schatten wirft. Genau in diesem Schatten liegen die für die Legitimität des Rechts entscheidenden Faktoren. Das Gesetzbuch vermag damit eine der richterlichen Erkenntnis vorgegebene Einheit nicht länger zu garantieren.

II. Die Auflösung der Einheit des Buches im Hypertext

Im Hypertext des Rechts erhält die Frage nach dem Ganzen des Rechts eine neue Rahmung. Die Einheit der Rechtsordnung lässt sich nicht mehr im Wege der spekulativen Rechtserkenntnis erkennen, sondern man muss sie praktisch in der Argumentation herstellen. Dadurch kann das Problem der Einheit reformuliert werden als relative Kohärenz durch Vernetzung. Dieser Prozess einer Präzisierung der Problemstellung wird unterstützt und bestätigt durch die gegenwärtigen Veränderungen in der medialen Infrastruktur des Rechts. Mit dem Übergang von der Arbeit am Buch zur Arbeit am Hypertext wird die Vorstellung des Rechts als geschlossene Sinneinheit unplausibel. Die Sinnmitte des Buches löst sich in eine Vielzahl von Verknüpfungen auf. Der Text wird vom Leser aktiv hergestellt, indem er den Verweisungen von Rechtstexten auf Rechtstexte nachgeht. Auch die Fiktion einer dem Recht vorgegebenen homogenen Wertordnung ist infolge der gesellschaftlichen Ausdifferenzierung und des damit verbundenen Pluralismus unplausibel. Schließlich wird auch die herkömmliche Einheit der Rechtsordnung ganz praktisch in Frage gestellt durch Überlagerungen im trans-, inter- und supranationalen Recht, so dass klare Grenzen im Prozess der Globalisierung des Rechts nicht mehr gezogen werden können.

Insgesamt hat sich damit die beschützende Werkstatt aufgelöst, in der sich die

¹¹ *Christensen/Lerch* Performanz, in: *Lerch* (Hrsg.), *Recht vermitteln*, 2005, S. 55, 111 ff.

¹² *Christensen/Lerch*, Ein Urteil wie es im Buche steht, in: *Fr. Müller* (Hrsg.), *Politik, [Neue] Medien und die Sprache des Rechts*, 2007, S. 221, 244 ff.

Rechtserkenntnis bisher vollzogen hat. Die Stille der Kontemplation verschwindet im Lärm der Argumente. Für die Praxis ergeben sich daraus vollkommen neue Probleme und damit auch der Bedarf für Reflexion.

Es stellt sich die Frage, ob mit dem Umkippen des Ganzen in die Horizontale nicht jede Struktur verschwindet. Kann man das Ganze, wenn man es nicht mehr hierarchisch denkt, noch handhaben?

Das Ganze des Rechts wird im Hypertext durch praktische Verknüpfungsmöglichkeiten operational, aber es verliert die vorgeordnete Hierarchie und das sichere Zentrum. Der Hypertext besteht nicht aus einem einheitlichen, Schritt für Schritt zu erfassenden linearen Text: Er ist vielmehr ein Konglomerat bzw. ein Komplex von Texten, die durch Referenzverknüpfungen verbunden sind.¹³ Es geht also um einen medialbedingten Umbruch der Intertextualität, der das kulturelle Prozessieren von Sinnen betrifft.

Wenn man das Recht heute als Hypertext begreift, verschiebt sich das Problem einer ganzheitlichen Semantik im Recht. Im Hypertext wird das Ganze zum Horizont, den man nur praktisch bearbeiten kann, ohne seinen Inhalt definieren zu können. Die von der Metaphysik des Buches vorausgesetzte objektive Textbedeutung als strukturierte Totalität verschwindet. Dennoch markiert der Übergang zu der Realisierung von Text im Hypertext vor allem des Internet und der elektronischen Medien keinen vollständigen Bruch. Vielmehr kehrt der Hypertext das nach außen, was im Innern von Text eigentlich schon immer rumort. Hypertext besteht aus einer vorab nicht absehbaren Fülle von in sich weitgehend autonomen Einheiten, die nur ein loses Gespinnst von Segmenten bilden. Damit ist Hypertext zugleich modular. Verknüpfungen müssen erst gesetzt werden. Derjenige, der die Texteinheiten als Pages anbietet, vermag zwar Pfade vorzuzeichnen, ob und wem sie allerdings beschriftet werden, lässt der Link als Potential dahingestellt. Der Hypertext macht damit sichtbar und explizit, was vorher implizit war, nämlich die Verweisungsstruktur des Sinnes als Potential einer Vielzahl von Verweisungen.

Wenn das Recht als Hypertext charakterisiert werden kann, dann treibt die herkömmliche Vorstellung der Einheit des Gesetzbuches lediglich einen Etikettenschwindel. Wer „das“ Gesetzbuch im Singular sucht, muss zum Berg Sinai reisen. Und selbst dort wird man ihn belehren, dass der heilige Text mittels Interpretationstechniken inzwischen ein zukunftsoffenes und änderbares positives Recht geworden ist, in dem Texte nur auf Texte verweisen. Gesetzbücher sind nicht mehr als Kollektionen stark modularisierter Segmente, Paragraphensammlungen eben. In den Normtexten sind die einzelnen Gliederungsteile bis auf die Satzebene herunter immer für sich allein verständlich, da keine Kohäsion zu

¹³Vgl. grundsätzlich zum Problem des Hypertexts im Recht *Friedrich Müller/Ralph Christensen*, Juristische Methodik, Band II, Europarecht, 2. Auflage, Berlin 2007, Rn. 289-310; *Sven F. Sager*, Intertextualität und die Interaktivität von Hypertexten, in: *Josef Klein/Ulla Fix* (Hrsg.), Textbeziehungen. Linguistische und literaturwissenschaftliche Beiträge zur Intertextualität, Tübingen 1997, S. 109 ff., 116.

benachbarten Abschnitten besteht.¹⁴ Ihre Produktion unterliegt permanenten Verschiebungen, Novellierungen, Ergänzungen und Tilgungen, ohne dass dem Gesetz als einem solchen etwas Einschneidendes geschieht. Das erfährt man mit jeder neuen Ergänzungslieferung zur Loseblattsammlung.

Mit dem elektronischen Zeitalter und den neuen Medien hat ein Wechsel vom Buch zum Bildschirm stattgefunden. Durch den allem Sinn gegenüber gleichgültigen binären Code hat auch das Alphabetische und Ikonische als Leitmedium ausgedient. Text ist alles, was aufleuchtet und im nächsten Frequenzmoment des Bildaufbaus schon wieder verflimmert ist zu neuerlicher Anzeige. Die dauernde Bewegung des Textes wird damit augenfällig.

Schreiben und Lesen werden deshalb nicht verschwinden. Ganz im Gegenteil: es wird mehr geschrieben, gedruckt, verteilt und gelesen denn je. Dies ist auch ein Effekt des Computers, der die entsprechenden Produktions- und Distributionsketten in einer Weise privatisiert und verbilligt, dass die herkömmlichen Instanzen und Agenturen des Buches nur unter größten Anstrengungen mithalten können. Was sich dramatisch wandelt, ist der Akt des Schreibens und Lesens selbst von einem privilegierten Verfassen und Anordnen zu einem beständig in sich oszillierenden Informationsdesign: „Die neuen Texte befreien sich vom Korsett der Buchform und der Autorität des Autors; sie verzweigen und vernetzen sich unbegrenzt, um endlich zu werden, was das lateinische Wort ‚textum‘ meint: ein Gewebe. Diese so genannten Hypertexte brauchen keinen Autor, sondern einen Software-Designer.“¹⁵ Dabei kehrt gerade die Kontinuität des Schreibens und Lesens bei gleichzeitigem Wandel der medialen Präsentation den Text als Performanz hervor.

Damit muss man auch im Recht die traditionelle Vorstellung einer der Erkenntnis objektiv vorgegebenen Einheit des Textes aufgeben. Das alles Recht in sich beschließende Gesetzbuch sollte der sichere Garant einer die widerspruchsvollen Strebungen vereinheitlichenden Totalität des gesellschaftlichen Handelns sein. Von dieser Idee gilt es sich zu verabschieden. Der radikale Holismus, wonach Bedeutung nur dem Zentrum zukam, funktioniert im Hypertext nicht mehr. Die Herstellung der Einheit wird jetzt operationalisiert als horizontaler und praktischer Holismus.

III. Das Verfahren als Inszenierung von Recht

Das Gesetz produziert keine Entscheidung. Dazu braucht man den Richter. Aber der Richter ist dabei nicht frei, sondern gebunden. Doch worin bestehen

¹⁴ *Frank Krüger*, Nicht-lineares Information Retrieval in der juristischen Interpretationssuche, Abschnitt 511a, Modularisierung, <http://www.jura.uni-s.b.de,dissertationen,krueger/diss-511a.html> [Bitte Text genau prüfen. Evtl. gehört zwischen a und html bzw. im Titel noch ein Zeichen gesetzt.]

¹⁵ *Norbert Bolz*, Das kontrollierte Chaos. Vom Humanismus zur Medienwirklichkeit, Düsseldorf 1994, S. 239.

seine Bindungen, wenn er über das zwischen den Parteien umstrittenen Recht entscheidet?

Die traditionelle Auffassung von der richterlichen Bindung ging vom Gesetzbuch aus: danach liefert der Gesetzgeber dem Richter vermittels der Sprache den Inhalt seiner Entscheidung. Mit diesem schlichten Modell von Gewaltenteilung wollte man sicherstellen, dass Gesetze und nicht Menschen herrschen. Das, was im Rechtssystem tagtäglich vorgeht, die gerichtlichen Verfahren, die dort vorgetragenen Argumente und die Begründungsarbeit der Richter sind dafür nicht von Bedeutung. Das Verfahren dient allenfalls der didaktischen Vermittlung des vorher schon feststehenden Ergebnisses. Die Rechtslage kann man allein aus dem Gesetz ablesen.

Der herkömmliche Ansatz konstruiert Rechtserkenntnis nach dem Modell einer Gegenstandserkenntnis: „Gegenstand der Auslegung ist der Gesetzestext als ‚Träger‘ des in ihm niedergelegten Sinnes, um dessen Verständnis es in der Auslegung geht. ‚Auslegung‘ ist, wenn wir an die Wortbedeutung anknüpfen, ‚Auseinanderlegung‘, Ausbreitung und Darlegung des in dem Text beschlossenen, aber gleichsam verhüllten Sinnes.“¹⁶

Wenn man die Rechtslage aus dem Text des Gesetzes ablesen will, stößt man aber auf eine Schwierigkeit: die vorgeblich objektive Bedeutung ist nicht festzustellen. Das Gesetz existiert nur in einer Vielzahl von Lesarten; ohne Verfahren und die dort vorgetragenen Argumente weiß man nicht, welche Lesart die beste ist. Man will im Gesetz eine Regel finden und sie in der Entscheidung abbilden. Aber niemand hat eine versionslose Beschreibung. Es fehlt die Regel für die Anwendung der Regel. Wenn es hinter dem Gesetz keine Regel gibt, die seine richtige Anwendung garantiert, muss man sich an den Fällen orientieren, die unter dem Gesetz schon entschieden wurden. Genau diese Konsequenz zeigt sich mit voller Deutlichkeit in der Praxis der Gerichte. Gerichte greifen häufig auf eigene Entscheidungen zurück, wenn sie einen Fall lösen. Dieser empirisch gut bestätigte Vorgang nimmt sogar zu. Es ist mittlerweile über Inhaltsanalysen von Gerichtsurteilen empirisch nachgewiesen, dass der Bezug auf die eigene Rechtsprechung in der Arbeit der Gerichte eine wichtige Rolle spielt.¹⁷

Auf die Vertreter der klassischen Methodenlehre muss dies verstörend wirken. Recht kommt ihnen zufolge aus dem Gesetz. Es liegt nicht in den Händen der Richter, so weise sie auch sein mögen. An das Gesetz haben sie sich zu halten und nicht an das, was sie selbst daraus gemacht haben. Die aus dem Normtext gezogene Entscheidung soll demnach allenfalls Ergebnis einer Rechtserkenntnis sein und nicht etwa deren Mittel. Hinter dieser Delegitimierung der

¹⁶ *Karl Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft. 4. Aufl., Berlin 1979, 299. Zum Problem im Engeren auch *Karl Larenz*, Richterliche Rechtsfortbildung als methodisches Problem, *NJW* 1965, 1 ff. Wie fest dieser Begriff immer noch etabliert ist zeigt etwa *Carsten Buck*, Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft, Frankfurt am Main 1998, S. 29.

¹⁷ Vgl. *Mariele Dederichs*, Die Methodik des EuGH, Baden-Baden 2004 sowie für die Rechtsprechung des BGH *Ralph Christensen/Hans Kudlich*,

Verwendung der eigenen Rechtsprechung steckt natürlich jene überholte Lehre von der „Auslegung“, die meint, diesen Begriff wörtlich nehmen zu sollen¹⁸. Die Entscheidung muss aus dem Gesetz herausgezogen, eben ausgelegt werden. Die Gesetzesbindung ist eine Steuerung durch den Normtext statt eine Zurechnung an den Normtext.¹⁹ Von daher verwundert es nicht, dass dem Verweis auf frühere Rechtsprechung als Argumentationsform in der Methodik der Gerichte von der Literatur bislang wenig Beachtung geschenkt worden ist. Auch die neueren Arbeiten setzen sich mit dieser Thematik kaum auseinander.²⁰

Die heutige Sprachphilosophie und Linguistik setzt genau an den Schwierigkeiten an, die sich auch in der Rechtstheorie zeigen: danach muss eine Erklärung von Sprache aus ihr vorgeordneten gemeinsamen Regeln im Regulismus enden. Regeln können allerdings ihre eigene Anwendung nicht steuern und bedürfen deswegen weiterer Regeln. Damit landet man im unendlichen Regress.²¹

An die Stelle der Regeln treten die Präzedenzfälle, das sind im Fall der Verständigungspraxis die paradigmatisch und damit als prägend erfahrenen Fälle gelungener Verständigung.²² Entsprechend handelt „regelmäßig“, „wer nach Präzedenzen erfolgreicher Handlungsvollzüge des gleichen Typs handelt.“ Das heißt, „regelmäßiges Handeln“ „besteht [...] immer darin, eine konkrete Handlungssituation [...] so auf die eigene Kenntnis ähnlicher Präzedenzfälle zu beziehen, dass von einem bestimmten Verhalten [...] mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit erwartet werden kann“.²³ Sprache erweist sich demnach als Vernetzung gelungener Verständigung, die durch mitlaufende normative Bewertung zum sich selbst stabilisierenden System wird.

Bezeichnenderweise verwende neuere Ansätze als Exempel für eine sich selbst stabilisierende Praxis das Recht. Er will zeigen, wie ein Sprachspiel ohne vorgeordnete Kontrollinstanz als funktionieren kann. Er verwendet das Modell richterlicher Entscheidung unter den Bedingungen eines strikten Fallrechts.²⁴

¹⁸Zu deren Kritik hier nur *Ralph Christensen*, Der Richter als Mund des sprechenden Textes. Zur Kritik des gesetzespositivistischen Textmodells, in: *Friedrich Müller* (Hrsg.), Untersuchungen zur Rechtslinguistik. Interdisziplinäre Studien zu praktischer Semantik und Strukturierender Rechtslehre in Grundfragen der juristischen Methodik, Berlin 1989, S. 27 ff.; sowie im Besonderen im Hinblick auf das Europarecht *Friedrich Müller/Ralph Christensen*, Juristische Methodik. Band II: Europarecht, 2. Aufl., Berlin 2006.

¹⁹Zu dieser Unterscheidung *Ralph Christensen*, Was heißt Gesetzesbindung? Berlin 1989, S. 19.

²⁰Siehe *Jochen Anweiler*, Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, Frankfurt am Main u.a. 1997; *Carsten Buck*, Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft, Frankfurt am Main u.a. 1998; *Michael Potacs*, Auslegung im öffentlichen Recht, Baden-Baden 1994.

²¹Vgl. *Robert Brandom*, Expressive Vernunft, Frankfurt am Main 2000, S. 56 ff.

²²Ausdrücklich von einer Orientierung an „Präzedenzen“ allerdings kollektivistisch in Bezug auf regelhaftes Handeln spricht auch *David K. Lewis*, Konventionen. Eine sprachphilosophische Abhandlung, Berlin 1975.

²³*Dietrich Busse*, Textinterpretation. Sprachtheoretische Grundlagen einer explikativen Semantik, Opladen 1991, S. 174.

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

Der Richter hat hier, ganz so wie die Beteiligten der Verständigungsprozesse, nichts anderes bei der Hand als die von ihm wahrgenommenen Fälle. Für seinen anstehenden Fall beruft der Richter sich auf Präzedenzfälle, die er zu seinem eigenen in eine Beziehung der Ähnlichkeit setzt. „Der Gehalt der Begriffe, die der Richter anwenden muss, ist vollständig konstituiert durch die Geschichte ihrer früheren tatsächlichen Anwendungen (in Verbindung mit der Geschichte der tatsächlichen Anwendungen anderer Rechtsbegriffe, die in der Rechtsgeschichte als folgernd mit diesen verknüpft angenommen wurden). Es ist diese Tradition, gegenüber welcher der Richter verantwortlich ist.“²⁵

Der Richter erkennt also die Autorität der Tradition an, um selbst Autorität zu werden. Das heißt im Sinne des Sprachpragmatismus, dass der Richter genau die Norm instituiert, die er anwendet. Er verleiht also Präjudizien Autonomie, um sie zurückzuerhalten. Normativität ist damit von vornherein „nicht nur ein zeitlicher, sondern auch ein geschichtlicher Prozess.“²⁶

Aber die Tradition ist nicht einheitlich. Sie weist Widersprüche auf. Es gibt eine große Anzahl sich widersprechender Judikate, zwischen denen der Richter auswählen muss. Es scheint als sei die Tradition nur ein Vorwand für eine uneingeschränkte Souveränität, die der Richter über Normativität ausübt. Es stellt sich daher die Frage nach der Richtigkeit bzw. eines Kriteriums für die Berechtigung der entsprechend eingegangenen Festlegungen. Das heißt, „Autorität“ im Sinne solcher Festlegungen „muss geregelt werden“²⁷ und kann sich nicht quasi naturwüchsig vollziehen. Und das wiederum heißt konsequent pragmatisch gedacht, dass „die Anwendungen von durch frühere Anwendungen instituierten Normen [...] gemäß den Normen, denen sie verantwortlich sind, auf ihre Richtigkeit hin bewertet werden (müssen) Damit die derzeitigen Anwendungen eines Begriffs gegenüber früheren Anwendungen dieses Begriffs (und der mit ihm verbundenen Begriffe) verantwortlich sind, müssen sie zur Verantwortung gezogen werden, als verantwortlich betrachtet oder behandelt werden.“²⁸

Als Verwaltung der richterlichen Autorität fungiert das Verfahren. Damit kommt in den Blick, was in der traditionellen Sicht ausgeklammert war, die im Verfahren vorgebrachten Argumente und die dabei verwendeten Präjudizien. Das Recht ist mehr als das Lesen von Gesetzestexten. Es ist eine Medienkonstellation aus geschriebener Sprache des Gesetzes, gesprochener Sprache im Verfahren und vom Richter formulierter Sprache in der Begründung.²⁹

Die Logik des Verfahrens fordert, den Text des Gesetzes durch den Widerstreit der Lesarten in Arbeit zu nehmen. Praktisch lässt sich der Gang dieser Arbeit

²⁵ *Brandom*, ebd., 377 f.

²⁶ *Brandom*, ebd., 367.

²⁷ *Brandom*, ebd., 367.

²⁸ *Brandom*, ebd., 367.

²⁹ Siehe dazu *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 2005, 55 ff., 93 ff., und *Ralph Christensen/Kent D. Lerch*, Transkriptionen. Das Umschreiben des Rechts im Verfahren, *Paragrana. Internationale Zeitschrift für Historische Anthropologie* 15 (2006), S. 41 ff., 53 ff.

als semantischer Aushandlungsprozess entlang der Grundzüge der Argumentationssituation beschreiben. Die von den Parteien vorgetragene Lesarten des Normtextes schließen sich gegenseitig aus. Dies macht den Streit aus. Die Stellungnahme einer Partei verhält sich jeweils kritisch zur Stellungnahme der anderen. Keine der beiden Lesarten ist damit evident. Beide machen aber mit ihren widerstreitenden Lesarten deutlich, dass es um denselben Gesetzestext als Grundlage der Entscheidung geht. Wenn das Gericht entscheiden will, muss es den argumentativen Streit der Parteien nutzen. Am Ende des Verfahrens kann dann eine Lesart evident sein. Aber diese Evidenz ist keine, die an das Bewusstsein der beteiligten Personen gebunden ist, sondern eine Evidenz, die im Verfahren erst erzeugt wurde. Wenn alle gegnerischen Argumente integriert oder widerlegt sind, wird die verbleibende Lesart evident und erwächst in argumentative Geltung. Juristisches Argumentieren erweist sich damit als das Abarbeiten von Argumenten im Rechtsstreit.

Damit der Richter seine Entscheidung rechtfertigen kann, hat er die Normativität des Gesetzestextes zu übertragen. Dies erfolgt in der Begründung. Dabei kann er sich nicht auf die sprachliche Bedeutung verlassen, sondern muss alle im Verfahren vorgebrachten Argumente berücksichtigen. Die dort vorgelegten Umschriften des Gesetzestextes zu Recht muss er diskutieren und die argumentativ gültige Lesart des Gesetzes seiner Entscheidung zugrunde legen. Erst die in der Begründung verwertete Argumentation der Beteiligten transportiert die Normativität vom Gesetzgeber zum Richter.

Wenn man also die Steuerungskraft des Gesetzes und die Rolle der Gerichte realistisch einschätzt, muss sich die Rechtstheorie von der zu einfachen Vorstellung bloßer Rechtsanwendung aus dem Gesetzbuch lösen, das legalistische Rechtsverständnis verabschieden³⁰ und als medienreflexives Rechtsverständnis reformulieren.³¹ Die Sprache als solche ist überfordert, wenn man ihr aufbürdet, aus dem tatsächlichen Prozess der Erzeugung von Recht eine bloße Erkenntnis von Bedeutungsgegenständen zu machen. Sprache funktioniert allein als Vorgang der Verständigung. Daher kann man Normativität nicht aus ihr beziehen; man kann sie nur in der Sprache herstellen. Nicht die Sprache gibt dem Urteil Halt, sondern die Argumentation. Das Verfahren schreibt also über die vorgebrachten Argumente und ihre Verarbeitung in der Urteilsbegründung das Gesetzbuch ständig um. Nur dadurch bleibt es in lebendiger Geltung.

³⁰Programmatish für eine nachpositivistische Rechtstheorie formuliert bei *Alexander Somek/Nikolaus Forgó*, *Nachpositivistisches Rechtsdenken*, Wien 1996, 357 ff.

³¹Vgl. dazu auch Alexander Somek, *Rechtssystem und Republik*, Wien 1992, 475 ff.