



This pdf document provided by SOULL can be cited as:

Christensen, Ralph (2005): "Das Ende der „Drittwirkung“. Vom hierarchischem zum reflexiven Verständnis der Grundrechte" In: SOULL – Sources of Language and Law, <https://legal-linguistics.net> (Last update: 7.7.2020)

All rights reserved.

Das Ende der „Drittwirkung“.

**Vom hierarchischen zum reflexiven Verständnis
der Grundrechte**

I. Einleitung

Sprechen ist Handeln.¹ Und alles, was sprachlich Bedeutung hat, entscheidet sich allein praktisch. Wenn man Ernst macht mit der Einsicht, "dass das Sprechen der Sprache ein Teil ist einer Tätigkeit, oder einer Lebensform"², sieht man, dass "eine Sprache vorstellen heißt, sich eine Lebensform vorstellen."³

Wittgensteins Rekonzeptualisierung von Sprache als Praxis kann auch als Leitgedanke der Diskursanalyse gelten. "Dass mit Sprache gehandelt wird und Sprechen Funktion hat, ist eine Grundannahme im Diskurskonzept."⁴ Sprechen und Handeln lassen sich nicht voneinander trennen,⁵ um sie gegeneinander auszuspielen oder in ein Verhältnis der Abbildung oder bloßen Anwendung setzen. Dies kennzeichnet den Umbruch zu einer diskursanalytischen Sprachtheorie.⁶ Sowohl zu einer eher soziologisch orientierten, "die sich vor allem auf gesellschaftlich institutionalisierte Diskursfelder bezieht und analysiert, wie in Diskursen Themen definiert und verändert werden", als auch zu einer im engeren Sinne linguistischen, "die mehr das 'Wie' der Kommunikation betont".⁷

¹Dazu hier nur im Speziellen *Gabriele Löscher*, Bausteine für eine psychologische Theorie richterlichen Urteilens, Baden-Baden 1999, S. 210 ff.

²*Ludwig Wittgenstein*, Philosophische Untersuchungen. Werkausgabe Bd. 1, Frankfurt/M. 1984, § 23.

³*Ludwig Wittgenstein*, Philosophische Untersuchungen. Werkausgabe Bd. 1, Frankfurt/M. 1984, § 19.

⁴*Gabriele Löscher*, Bausteine für eine psychologische Theorie richterlichen Urteilens, Baden-Baden 1999, S. 158.

⁵Zur konstruktivistischen Perspektive des Diskurskonzepts hier *Gabriele Löscher*, Bausteine für eine psychologische Theorie richterlichen Urteilens, Baden-Baden 1999, S. 68 ff.

⁶*Gabriele Löscher*, Bausteine für eine psychologische Theorie richterlichen Urteilens, Baden-Baden 1999, S. 65.

⁷*Wolfgang Ludwig-Mayerhofer*, Diskursanalyse, ILMES - Internet-Lexikon der Methoden der empirischen Sozialforschung, München 1997, <http://www.lrz-muenchen.de/~wlm/>

a) Methodische Ansätze einer Diskursanalyse

Speziell in der Bundesrepublik⁸ ging der Impuls zu einer linguistischen Diskursanalyse von der Hinwendung zu den Realitäten alltäglichen sprachlichen Handelns aus. Getragen wird diese vom Interesse, kommunikative Praxis nicht mehr nur zu theoretisieren, sondern sie in ihrem tatsächlichen Lauf zu beschreiben. "Diskursanalyse ist die linguistische Erforschung realer Kommunikationsabläufe, die in dokumentierter Gestalt zugänglich sind, mit dem Ziel, die Struktur und die Bedingungen einzelner Kommunikationsformen bzw. institutioneller Prozeduren zu erarbeiten, um den Zusammenhang von Handlungsmustern und Äußerungsformen, Wissensorganisation, Verstehen und Verständigungsweisen der Teilnehmer zu klären."⁹

Die Entwicklung der Diskursanalyse ging Hand in Hand mit der pragmatischen Wende der Sprachwissenschaft, die nunmehr am "Handlungscharakter der Sprache und des Sprechens"¹⁰ ansetzt. Der Blick auf die Praxis macht zugleich unübersehbar, dass Sprache und Sprechen immer soziales Handeln sind. Sprache ist "eine aktive, etwas *herstellende* soziale Praxis".¹¹ Deren linguistische Erforschung bringt eine ganze Reihe von Ansätzen hervor¹², die etwa als "Gesprächsanalyse"¹³, "Konversationsanalyse"¹⁴ und natürlich auch ausdrücklich als "Diskursanalyse"¹⁵ firmieren. Die Vielfalt der Bezeichnungen ist kein Zufall. Ihr entspricht "ein breites Spektrum theoretischer Ansätze", die "aus so unterschiedlichen Traditionen wie sprachanalytische Philosophie, Ethnomethodologie / conversational analysis und Soziolinguistik"¹⁶ herrühren. Die Namen sind also Programm. In ihnen spiegeln sich die unterschiedlichen Ambitionen einer Beschäftigung mit Diskursen wieder, verstanden als "zusammenhängende Handlungssequenzen,

ilm_d3.htm.

⁸Zur Darstellung der internationalen Forschungslage *Gabriele Löscher*, Bausteine für eine psychologische Theorie richterlichen Urteilens, Baden-Baden 1999, S. 156 ff. Ansonsten zur umfassenden Information die Artikel in *Teun A. van Dijk* (Hrsg.), Handbook of discourse analysis, London 1985.

⁹*Ludger Hoffmann*, Kommunikation vor Gericht, Tübingen 1983, S. 9.

¹⁰*Christoph Sauer*, Der wiedergefundene Sohn. Diskursanalyse eines Strafverfahrens vor dem niederländischen 'Politierechter', in: *Ludger Hoffmann* (Hrsg.), Rechtsdiskurse. Untersuchungen zur Kommunikation in Gerichtsverfahren, Tübingen 1989, S. 63 ff., 65.

¹¹*Gabriele Löscher*, Bausteine für eine psychologische Theorie richterlichen Urteilens, Baden-Baden 1999, S. 66.

¹²Einen Einstieg findet man in den Bänden *Dieter Wunderlich* (Hrsg.), Linguistische Pragmatik, Frankfurt/M. 1972; *Utz Maas/Dieter Wunderlich* (Hrsg.) Pragmatik und sprachliches Handeln. Mit einer Kritik am Funkkolleg "Sprache". Frankfurt/M. 1972. Zu Entwicklung und Ansatz einer linguistischen Diskursanalyse hier insbesondere *Ludger Hoffmann*, Kommunikation vor Gericht, Tübingen 1983, S. 9 ff.

¹³Siehe *Helmut Henne/Helmut Rehbock*, Einführung in die Gesprächsanalyse, Berlin / New York, 1978.

¹⁴Siehe *Jörg Bergmann*, Konversationsanalyse, in: *Uwe Flick/Ernst von Kardorff/Heiner Keupp* (Hrsg.), Handbuch Qualitative Sozialforschung. Grundlagen, Konzepte, Methoden und Anwendungen, Weinheim 1995, S. 213 ff.; sowie im engeren die Beiträge in *Jürgen Dittmann* (Hrsg.), Arbeiten zur Konversationsanalyse, Tübingen 1979.

¹⁵Siehe *Dieter Wunderlich*, Entwicklungen der Diskursanalyse, in: *ders.*, Studien zur Sprechakttheorie, Frankfurt/M. 1976, S. 293 ff.

¹⁶*Ludger Hoffmann*, Kommunikation vor Gericht, Tübingen 1983, S. 9.

deren Zusammenhang nicht nur in der Perspektive der Interaktion aufscheint, sondern auch auf Grund der gewählten sprachlichen Formen strukturiert ist, die ihrerseits weitere Diskurse evozieren können¹⁷.

Die Praxis der Analyse umfasst die ganze Fülle des kommunikativen Lebens.¹⁸ Sie reicht von den feinsten Mikrofasern alltäglicher Unterhaltungen¹⁹ über die Formen und komplexen Verfahren sozialer Beziehungen und Institutionen²⁰ bis hin zu grundlegenden Formationen und Mentalitäten.²¹ Untersucht werden als sprachliche Formen etwa Modalitäten, Deixis und Partikel,²² darüber hinaus aber auch die intonatorischen, stilistischen und nonverbalen Mittel, mit denen sich die Teilnehmer "ins Gespräch bringen" und darin behaupten.²³ "Detailstudien zu sprachlich-kommunikativen Phänomenen" gelten den Praktiken der inneren Organisation von Gesprächsläufen in Sprecherwechseln²⁴, Sequenzierungen und Verteilungen von Beiträgen, Themenmanagement und Aufmerksamkeitserzeugung²⁵, aber auch den Techniken der Bewältigung kommunikativer Krisen, Probleme und Konflikte.²⁶ Man analysiert Verfahren der Initiierung, Aufrechterhaltung und mitunter auch des Abbruchs sozialer Kontakte und Beziehungen von den nur scheinbar trivialen Ritualen der Begrüßung und Verabschiedung²⁷, Familiengespräche, Feuerwehrnotrufe, Bestellungen und Klatsch²⁸ bis hin zu

¹⁷ *Christoph Sauer*, Der wiedergefundene Sohn. Diskursanalyse eines Strafverfahrens vor dem niederländischen 'Politierechter', in: *Ludger Hoffmann* (Hrsg.), Rechtsdiskurse. Untersuchungen zur Kommunikation in Gerichtsverfahren, Tübingen 1989, S. 63 ff., 65 f.

¹⁸ Zum folgenden auch *Ludger Hoffmann*, Kommunikation vor Gericht, Tübingen 1983, S. 9. Als exemplarischer Eindruck von solcher Bandbreite die Reihe der vorgeführten Beispiele bei *Dieter Wunderlich*, Entwicklungen der Diskursanalyse, in: *ders.*, Studien zur Sprechaktanalyse, Frankfurt/M. 1976, S. 393 ff., 314 ff.

¹⁹ Im Überblick dazu *Helmut Henne/Helmut Rehbock*, Einführung in die Gesprächsanalyse, Berlin/New York, 1978.

²⁰ Grundlegend dazu *Jochen Rehbein*, Komplexes Handeln, Stuttgart 1977.

²¹ Dazu hier nur der vor allem an den Arbeiten Foucaults orientierte Ansatz bei *Wolfgang Teubert/Dietrich Busse*, Ist Diskurs ein sprachwissenschaftliches Objekt? Überlegungen zu einer linguistischen Diskurssemantik, in: *Dietrich Busse/Fritz Hermanns/Wolfgang Teubert* (Hrsg.), Begriffsgeschichte und Diskursgeschichte. Methodenfragen und Forschungsergebnisse der historischen Semantik, Wiesbaden 1994, S. 10 ff.

²² Einen Eindruck von dieser Forschung geben die Beiträge in *Harald Weydt* (Hrsg.), Die Partikeln der deutschen Sprache, Berlin / New York 1979.

²³ Für einen Überblick *Helmut Henne/Helmut Rehbock*, Einführung in die Gesprächsanalyse, Berlin/New York 1978.

²⁴ Eine klassischer und bahnbrechender Aufsatz auf diesem Sektor war etwa *Harvey Sacks/Emanuel Schegloff/Gail Jefferson*, „A simplest systematics for the organization of turn-taking in conversation.“ *Language* 50, 1974, S. 696 ff.

²⁵ Beispiele geben die Untersuchungen in *Reiner Meyer-Herrmann* (Hrsg.), Sprechen - Handeln - Interaktion. Ergebnisse aus Bielefelder Forschungsprojekten zu Texttheorie, Sprechakttheorie und Konversationsanalyse, Tübingen 1978.

²⁶ Zu diesem, gerade Juristen berührenden Bereich beispielsweise die Arbeiten in *Gerd Schank/Johannes Schwitalla* (Hrsg.), Konflikte in Gesprächen, Tübingen 1987.

²⁷ Vgl. dazu die Krisenexperimente des Interaktionismus, bzw. die Mikroanalysen in der Ethnomethodologie. Zum Ansatz die Arbeiten *Harold Garfinkel*, *Studies in Ethnomethodology*, Cambridge 1967; sowie *Aaron V. Cicourel*, *Sprache in der sozialen Interaktion*, München 1975.

²⁸ Siehe beispielsweise *Jörg Bergmann*, Klatsch. Zur Sozialform der diskreten Indiskretion, Berlin/New York 1987.

übergreifenden Erzähl- und Argumentationsformen.²⁹ Ebenso untersucht man die Formen und Strategien komplexen Handelns in den gesellschaftlichen Institutionen wie Schule, Therapie und Beratung³⁰, aber natürlich auch die Justiz.³¹ Der Bogen der Diskursanalyse spannt sich schließlich bis zur Untersuchung jenes "virtuellen Korpus" der ineinander verwobenen Äußerungen und Texte, die das historische, ökonomische, kulturelle und politische Gesicht einer Zeit ausmachen.³² Vor aller thematischen Wahl und methodischen Einschränkung gilt die Aufmerksamkeit dabei der "diskursiven Praxis" verstanden als "das gesamte Ensemble einer speziellen Wissensproduktion (...): bestehend aus Institutionen, Verfahren der Wissenssammlung und -verarbeitung, autoritativen Sprechern, bzw. Autoren, Regelungen der Versprachlichung, Verschriftlichung Medialisierung. Beispiele wären der 'medizinische' oder der 'juristische' Diskurs'."³³

b) Die formulierte Selbstbeschreibung als Ansatzpunkt

Die Diskursanalyse ist zwischen Soziologie und Linguistik angesiedelt³⁴ und es geht ihr um die Beziehung zwischen Sprache und Gesellschaft. Natürlich kann man diese Beziehung verschieden fassen. Die soziologisch Diskursanalyse tendiert dazu, diesen Gegensatz in die Gesellschaft zu legen, während die stärker linguistische Diskursanalyse den Gegensatz von Sprache und Gesellschaft in die Sprache fallen lässt. Innerhalb der Systemtheorie ist diese Problematik gut erkennbar.³⁵ In ihrer vor-dekonstruktiven Phase hat die Systemtheorie eine Schwäche des Diskursbegriffs darin gesehen, dass dieser die Zwänge und Einschränkungen nicht erfassen könne, welche die soziale Struktur der Sprache

²⁹Siehe etwa die Beiträge in *Konrad Ehlich* (Hrsg.), *Erzählen im Alltag*, Frankfurt/M. 1980.

³⁰Dazu etwa die Beiträge in *Herma C. Goepfert* (Hrsg.) *Sprachverhalten im Unterricht. Zur Kommunikation von Lehrer und Schüler in der Unterrichtssituation*, München 1977; *Sabine Stitz* (Hrsg.), *Therapiegespräche. Osnabrücker Beiträge zur Sprachtheorie 37*, 1987; *Werner Nothdurft/Ulrich Reitemeier/Peter Schroeder* (Hrsg.), *Beratungsgespräche. Analyse asymmetrischer Dialoge*, Tübingen 1994.

³¹Neben *Ludger Hoffmann*, *Kommunikation vor Gericht*, Tübingen 1983 und den Beiträgen in *ders.* (Hrsg.), *Rechtsdiskurse. Untersuchungen zur Kommunikation in Gerichtsverfahren*, Tübingen 1989 als Beispiele hier auch die eingehenden Untersuchungen *Jeanette Schmid/Thomas Drosdeck/Detlef Koch*, *Der Rechtsfall - ein richterliches Konstrukt*, Baden-Baden 1996; *Stephan Wolff/Hermann Müller*, *Kompetente Skepsis. Eine konversationsanalytische Untersuchung zur Glaubwürdigkeit in Strafverfahren*, Opladen 1997.

³²Siehe hier nur die Arbeiten in *Dietrich Busse/Fritz Hermanns/Wolfgang Teubert* (Hrsg.), *Begriffsgeschichte und Diskursgeschichte. Methodenfragen und Forschungsergebnisse der historischen Semantik*, Wiesbaden 1994.

³³*Jürgen Link/Ursula Link-Heer*, *Diskurs / Interdiskurs und Literaturanalyse*, in: *LiLi, Zeitschrift für Literaturwissenschaft und Linguistik 77*, 1990, S. 88 ff., 90.

³⁴Vgl. dazu *Siegfried Jäger*, *Kritische Diskursanalyse*, Münster 2004, 1. Teil, S. 27 ff. m. w. N.

³⁵Vgl. dazu *Urs Staeheli*, *Sinnzusammenbrüche*, Weilerswist 2000, S. 53 ff. und 184 ff.; *ders.*, *Poststrukturalistische Soziologien*, Bielefeld 2000, S. 71 ff.; *Elke Reinhardt-Becker*, (Luhmannsche) Systemtheorie – (foucaultsche) Diskurstheorie. Analogien und Differenzen. Eine Erwiderung, in: *kultuRRevolution* Nr. 47, Juni 2004, S. 8 ff.; *Jürgen Link*, Wie weit sind (foucaultsche) Diskurs- und (luhmannsche) Systemtheorie kompatibel? Vorläufige Skizze einiger Analogien und Differenzen, in: *kultuRRevolution* Heft 45/46, Nr. 1/2, 2003, S. 58 ff.; grundlegend *Niklas Luhmann*, *Gesellschaftliche Struktur und semantische Tradition*, in: *ders.*, *Gesellschaftsstruktur und Semantik. Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft*, Band 1, Frankfurt am Main 1980, S. 9 ff.

aufwerle.³⁶ Darin zeigt sich ein hermeneutisches Tiefenmodell, welches die Semantik als Ausdruck der Sozialstruktur sieht. Im Rahmen dieses noch alteuropäischen Repräsentationsmodells wird die Positivität des Diskurses aufgelöst, indem er für etwas Anderes, die wesentliche Ebene der Sozialstruktur, steht.³⁷ Erst nach der dekonstruktivistischen Wendung dieses Determinismusmodells kann die Systemtheorie die diskursimmanenten Regelmäßigkeiten und Kämpfe in ihrer Positivität aufnehmen. Sie finden ihren Ort beim Problem der Grenzziehung des Systems. Die Selbstbeschreibung des Systems ist jetzt nicht mehr etwas, was der blind erfolgenden operativen Schließung des Systems nachfolgen kann aber nicht muss, sondern sie ist konstitutiv für die operative Schließung.³⁸ Damit dreht sich das vorher angenommene Repräsentationsmodell um. Ein solches Modell ist nur die ideologische Konsequenz einer hegemonialen Selbstbeschreibung und fällt selbst in den Diskurs.

Unter dieser Perspektive wird die im System angefertigte Selbstbeschreibung zum zentralen Element der Diskursanalyse. An die Art, wie das System seine eigene Tätigkeit beschreibt, muss man anknüpfen, um seine diskursive Logik zu erfassen und zu verändern. Hier trifft sich die diskursanalytische Methodik im Rahmen der Systemtheorie mit hermeneutischen und analytischen Ansätzen, welche als Voraussetzung für das Verständnis bestimmter Praxisfelder den Gegensatz von „know that“ und „know how“ verwenden. Auch dabei liegt der Anfang bei der Selbstbeschreibung, welche mit den tatsächlichen Operationen eines Systems konfrontiert wird.³⁹

Für den vorliegenden Ansatz heißt dies, in drei Schritten vorzugehen: Zunächst wird die im Rechtssystem vorgefundene hegemoniale Selbstbeschreibung dargestellt. Diese wird dann mit den tatsächlichen Operationen des Rechtssystems verglichen, um bei einer Divergenz zu einer Verbesserung dieser Selbstbeschreibung zu gelangen. Es zeigt sich dabei, dass die hegemoniale Selbstbeschreibung der Drittwirkung als Aufdeckung einer schon vorhandenen Ordnung gefasst ist. Die tatsächlichen Operationen des Systems laufen aber eher auf eine rechtliche Moderation reflexiver Selbstveränderungsprozesse hinaus. Deswegen muss das theoretische Selbstverständnis in diese Richtung verschoben werden.

Einleitung: Die Drittwirkung der Grundrechte im Zivilrecht ist eine fest etablierte Routine der Gerichte und wird in der Wissenschaft heute nicht mehr bestritten.⁴⁰ Allerdings gilt auch hier der für die Rechtstheorie und juristische Methodik schon

³⁶Vgl. dazu *Niklas Luhmann*, *Love as Passion*, Cambridge 1986, S. 2 unter Abgrenzung der Systemtheorie zur Diskursanalyse Foucaults. Prinzipiell dazu und zum Folgenden: *Urs Staeheli*, *Semantik und/oder Diskurs: „Updating“ Luhmann und Foucault?*, in: *kultuRRRevolution* Nr. 47, Juni 2004, S. 14 ff.

³⁷Zur Dekonstruktion dieser Unterscheidung bei Luhmann vgl. *Urs Staeheli*, *Sinnzusammenbrüche*, Weilerswist 2000, S. 184 ff.

³⁸Vgl. dazu *Urs Staeheli*, *Sinnzusammenbrüche*, Weilerswist 2000, S. 36 ff. und 41 ff.

³⁹*Ralph Christensen/Hans Kudlich*, *Theorie richterlichen Begründens*, Berlin 2001, S. 269 ff.

⁴⁰Vgl. dazu *Alexander Schmitt Glaeser*, *Vorverständnis als Methode*, Berlin 2004, S. 215 m. w. N.

oft festgestellte Grundsatz, dass das theoretische Wissen über das Phänomen weit hinter seinem praktischen Funktionieren herhinkt. Den Abstand zwischen Theorie und Praxis für konkrete Handlungszusammenhänge in der Sprache zu verringern ist die Aufgabe der Wissenschaft.

Zunächst bedarf es dazu einer Eingrenzung des Phänomens. Bei der Drittwirkung der Grundrechte wird herkömmlich unterschieden zwischen den Grundrechten als subjektiven Rechten und ihrer Rolle als objektive Wertordnung.⁴¹ Eine Drittwirkung besteht in der Regel nicht für die subjektive Seite, d. h. die Grundrechte gelten im Zivilrecht nicht als Anspruchsgrundlagen. Eine Drittwirkung besteht nur für die objektiv rechtliche Seite der so genannte Wertentscheidung.⁴² In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gibt es allerdings eine Entwicklung. In den allerersten Entscheidungen hat das Bundesverfassungsgericht noch von einer Verfehlung grundrechtlicher Maßstäbe gesprochen, wodurch das Zivilgericht die Grundrechte verletze. Später spricht es dagegen von einer Verletzung der Grundrechte durch das Zivilgericht.⁴³ Man kann daher die objektive Wertordnung als eine Umschreibung der Gesetzesbindung an die Verfassung im Rahmen der systematischen Auslegung ansehen. Aber wenn man nur diesen Aspekt sieht, verfehlt man einen weitergehenden Gehalt, den diese Konstruktion für die Selbstbeschreibung des Justizsystems liefert. Die objektive Seite der Werte bietet einen rhetorischen Fixpunkt. Im praktischen Vorgehen des Gerichts spielt diese Rhetorik allerdings keine Rolle. Die Drittwirkung ist bei der Konkretisierung zivilrechtlicher Anspruchsgrundlagen heranzuziehen, und zwar als Teilaspekt der systematischen Auslegung.⁴⁴ So muss man etwa bei der Frage, ob ein Buch über eine Boulevardzeitung erscheinen kann, untersuchen, ob seine Publikation einen rechtswidrigen Eingriff in den Gewerbebetrieb des Presseverlags darstellt. Bei der Auslegung des Merkmals „rechtswidrig“ muss man die Kunstfreiheit des Autors berücksichtigen, der sich beim Verlag verdeckt eingeschlichen hatte. Man darf aber auf Seiten des Verlags die Pressefreiheit nicht vergessen und muss zwischen diesen beiden Grundrechten einen verhältnismäßigen Ausgleich herstellen, die so genannte praktische Konkordanz.⁴⁵ Die Drittwirkung erscheint so als Sonderfall der systematischen Auslegung des einfachen Rechts im Lichte der Verfassung, wie sie bei Urteilsverfassungsbeschwerden sichtbar wird. Auch dort prüft das Verfassungsgericht, weil es keine Superrevisionsinstanz ist, nicht

⁴¹Die Drittwirkungsproblematik wurde vom Bundesverfassungsgericht entwickelt in BVerfGE 7, 198 (Lüth); umfassend dazu *Klaus Stern*, Staatsrecht Band III/1 (1988), § 76; zur objektiven Wertordnung vgl. *Robert Alexy*, Theorie der Grundrechte, 3. Aufl., Frankfurt am Main 1996, S. 484 ff.

⁴²Vgl. dazu *Alexander Schmitt Glaeser*, Vorverständnis als Methode, Berlin 2004, S. 216.

⁴³Vgl. dazu *Robert Alexy*, Theorie der Grundrechte, 3. Aufl., Frankfurt am Main 1996, S. 490 f.

⁴⁴Wie weit das Bundesverfassungsgericht in seiner Überprüfung gehen darf, ist allerdings sehr umstritten. Ansatzpunkt ist dabei die „Soldaten sind Mörder“-Entscheidung, BVerfGE, NJW 1992, S. 2750 ff. sowie BVerfGE, NJW 1994, S. 2943 ff. Kritik am Prüfungsspielraum von *M. Herdegen*, NJW 1994, S. 2933 ff.; *Horst Sandler*, ZRP 1994, S. 343 ff.; *H. Tröndle*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 48. Aufl., 1997, § 193, Rn. 14 c, 14 n.

⁴⁵Vgl. zur Herkunft dieses Begriffs über Konrad Hesse und Richard Bäuml bis zu Nikolaus von Kues: *Friedrich Müller*, Die Einheit der Verfassung, Berlin 1979, S. 76, Fn. 170.

die Auslegung einfachen Rechts nach den herkömmlichen Regeln der Auslegung. Es überprüft vielmehr lediglich, ob bei der Auslegung die Bedeutung und Tragweite des Verfassungsrechts richtig bestimmt wurde. Es untersucht damit nur einen Teilaspekt der systematischen Auslegung des einfachen Rechts. Ob wir bei der Auslegung des Wortes „beschimpfen“ im StGB die Meinungsfreiheit⁴⁶ heranziehen oder bei der Auslegung der §§ 1004, 823 BGB die Kunstfreiheit ist strukturell der gleiche Vorgang. Insoweit unterscheidet sich die Drittwirkung von der verfassungskonformen Auslegung, welche ja voraussetzt, dass zu einem Normtext zwei Lesarten bestehen und die Lesart wählen lässt, welche mit der Verfassung im Einklang steht. Bei dieser Vorzugsregel wird die Auslegung mit der Normkontrolle kombiniert. Dieses Moment fehlt bei der Drittwirkung, die sich lediglich auf eine systematische Auslegung des einfachen Rechts im Lichte der Verfassung beschränkt.

II. Kollisionsentscheidung durch Hierarchisierung?

1. Die dogmatische Konstruktion der Drittwirkung

a) Privatrecht

b) Öffentliches Recht

Die herkömmliche Auffassung geht davon aus, dass bei einer Kollision gesellschaftlicher Teilrationalitäten eine Lösung erfolgt durch die Erkenntnis objektiv vorgegebenen Rechts. Die Auslegung zivilrechtlicher Normen wird dabei überformt von der Werteordnung des Grundgesetzes, welche die streitenden Parteien in ihren Platz in der Gemeinschaft einweist.

Die dogmatischen Konstruktionen zur Begründung der Drittwirkung der Grundrechte im Zivilrecht sind vielfältig. Sie werden hier insoweit dargestellt, als sie auf die Möglichkeit der Rechtserkenntnis zielen. Zentrale Voraussetzung ist dabei das Verständnis des Grundgesetzes als Wertordnung, welche auf die einfachgesetzlichen Rechtsgebiete ausstrahlt. Dabei wird die Ausstrahlungswirkung verschieden konzeptualisiert.

aa) Unmittelbare Drittwirkung

In der früheren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts⁴⁷ und der älteren Literatur⁴⁸ wurde eine unmittelbare Wirkung der Grundrechte auf das Privatrecht angenommen. Danach sind die Grundrechte nicht nur Freiheitsrechte gegen den Staat, sondern auch als Ordnungsgrundsätze für alle Lebensbereiche⁴⁹ mit unmittelbarer Bedeutung für den bürgerlich-rechtlichen Rechtsverkehr.

⁴⁶BVerfG, in: NJW 1999, S. 204 ff.

⁴⁷BAGE 1, 185 (193) ; 24, 438 (441) ; BAG NJW 57, 1688 (1689).

⁴⁸*Nipperdey*, DVBl 58, 445, 447; *Krüger*, DÖV 50, 701, 703. Vgl. auch *H. C. Nipperdey*, in Festschrift für Molitor (1962), S. 17 ff., 24 und 26.

⁴⁹*Leisner*, S. 308; *Nipperdey*, DVBl 58, 445, 447.

Gegen die Konstruktion von der unmittelbaren Drittwirkung sprechen eine Reihe von methodischen Gesichtspunkten. Der Wortlaut des Art. 1 III GG konstatiert eine Bindung an die Grundrechte nur für die öffentliche Gewalt. Damit wird negativ eine Bindung von Privaten ausgeschlossen. Daneben zeigt die Systematik des Grundgesetzes, dass der Wortlaut eines Grundrechts auf eine unmittelbare Verpflichtung Privater ausdrücklich hinweist, etwa in Art. 9 III 2 GG. Daraus lässt sich schließen, dass eine solche Wirkung im Normalfall nicht vorgesehen ist. Dies wird auch dadurch deutlich, dass die Gesetzesvorbehalte als Eingriffsvorbehalte für den Staat und nicht für Private formuliert sind⁵⁰. Unter teleologischen Gesichtspunkten ist schließlich zu berücksichtigen, dass die Privatautonomie, selbst Ausfluss der aus Art. 2 I GG folgenden allgemeinen Handlungsfreiheit, in Gefahr gerät, wenn die handelnden Subjekte denselben Schranken unterliegen wie der eingreifende Staat⁵¹. Die Lehre von der so verstandenen unmittelbaren Drittwirkung der Grundrechte ist daher abzulehnen.⁵²

bb) Die Grundrechtsbindung des Zivilgesetzgebers

Eine andere Konstruktion geht davon aus, dass neben dem Privatrechtsgesetzgeber auch die Zivilgerichte als öffentliche Gewalt im Sinne des Art. 1 III GG unmittelbar an die Grundrechte gebunden sind⁵³. Denn auch im Zivilrecht beruhen alle Einwirkungsrechte Privater auf die Rechtssphäre anderer Privater auf der staatlichen Rechtsordnung. Folglich gingen solche Eingriffe letztlich vom Staat aus und müssten auch stets an den Grundrechten gemessen werden. Eine Entscheidung des Zivilrichters würde demgemäss jedenfalls dann Verfassungsrecht verletzen, wenn die vom Gericht gefundene Konkretisierung des Gesetzes, formuliert als explizite Norm, gegen Grundrechte verstoßen würde.⁵⁴

Des weiteren ist zu berücksichtigen, dass präzise Normen schon per se an den Grundrechten zu messen sind, unabhängig davon, ob sie dem Zivilrecht oder anderen Rechtsbereichen, etwa dem öffentlichen Recht, zuzuordnen sind. Eine Berücksichtigung von Grundrechten als Richtlinien ist mithin auch wegen kompetenzrechtlicher Fragen nur bei der verfassungskonformen Auslegung von Privatrechtsnormen angezeigt. Insoweit hat der Richter die Wertentscheidungen des Grundgesetzes zu beachten.

cc) Grundrechtsbindung durch Art. 1 Abs. III GG

Zum Teil wird die Drittwirkung der Grundrechte damit begründet, dass die Gerichte Staatsgewalt ausüben und damit über Art. 1 III an die Grundrechte gebunden seien. Auch diese Konstruktion überzeugt nicht. Die Berufung auf Art. 1 III ist nicht zwingend. Dass ein Gericht als Staatsorgan eine private Rechts-

⁵⁰ *Claus-Wilhelm Canaris*, JuS 89, 161, 162.

⁵¹ *Günter Dürig* in: *Theodor Maunz/Günter Dürig*, Art. 1 III Rn 130.

⁵² *Günter Dürig* spricht hier von einem „Zerstörungswerk in systematischer Hinsicht“, in: *Gesammelte Schriften* (1984), S. 215 ff., 222; ähnlich *Horst Emke*, VVDSt RL 20 (1963), S. 53 ff., 70.

⁵³ *Hager*, JZ 94, 373, 377.

⁵⁴ Vgl. zu diesem Problem *Bodo Pieroth/Bernhard Schlink*, Grundrechte, Staatsrecht II, 15. Aufl. 1999, Rn. 178 ff. und *H. H. Rupp*, JZ 2001, S. 271 ff., 275 ff.

beziehung zu beurteilen hat, ändert nichts an deren Rechtscharakter⁵⁵. Dies bedeutet, dass das Gericht Grundrechte zu beachten hat, soweit sie gelten; nicht etwa gelten sie, weil ein Gericht entscheidet. Es besteht ein Unterschied zwischen öffentlich-rechtlichen Rechtsbeziehungen, an denen der Staat mit eigenem Interesse beteiligt ist und den Rechtsbeziehungen der Privaten. Grundrechtsverletzungen im privaten Rechtsverhältnis gehen unmittelbar von einer Privatperson aus und werden nur mittelbar vom Staat gedeckt, was von Art. 1 III GG nicht erfasst ist, während bei einer willkürlichen Falschanwendung des Zivilrechts durch den Richter eine Grundrechtsverletzung durch diesen vorliegt.

dd) Ableitung der Drittwirkung aus den grundrechtlichen Schutzpflichten

ee) Die Position des Bundesverfassungsgerichts zur Drittwirkung

Schließlich entfalten die Grundrechte, entsprechend der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts⁵⁶ und der überwiegenden Auffassung in der Literatur⁵⁷, eine nur mittelbare Drittwirkung. Danach wäre eine Bindung des Zivilrichters an die Grundrechte wegen der grundsätzlichen Anerkennung der Privatautonomie nicht unmittelbar gegeben, sondern käme nur insoweit in Betracht, als das Grundgesetz in seinem Grundrechtsabschnitt zugleich Elemente objektiver Ordnung aufgerichtet hat. Mithin werde auch das Privatrecht bei der Auslegung von ausfüllungsbedürftigen Rechtsbegriffen und von Generalklauseln durch die Ausstrahlungswirkung grundrechtlicher Wertungen beeinflusst. Da meistens auf beiden Seiten Grundrechte zu berücksichtigen sind, bedarf es eines Ausgleichs der kollidierenden Rechtspositionen. Die Grundrechte der betroffenen Rechtsträger sind gegeneinander abzuwägen, wobei versucht werden muss, zwischen den kollidierenden Grundrechten dergestalt einen schonenden Ausgleich zu finden, dass jedes von ihnen zu möglichst optimaler Wirksamkeit gelangt⁵⁸.

Diese Ansicht beansprucht, durch die Abwägung eine flexible und interessengerechte Lösungsmöglichkeit zu bieten, die den Besonderheiten des jeweiligen Falles Rechnung tragen kann. Dadurch sei gewährleistet, dass die berührten Grundrechte jeweils ihre Bedeutung entsprechend berücksichtigt werden und eine optimale Verwirklichung der Grundrechte erreicht werden kann.⁵⁹

Das Grundgesetz als Wertordnung

2. Das Problem der Rationalitätskonflikte

In den bekannten Drittwirkungsfällen geht es häufig darum, dass die unterschiedlichen Logiken zweier Sozialsysteme zusammenprallen. Wenn Zivilgerichte

⁵⁵ Albert Bleckmann, DVBl 88, 938, 940; Schnapp, JuS 89, 1, 8.

⁵⁶ BVerfGE 7, 198 (205)- Lüth Urteil; 73, 261 (269); 84, 192 (194).

⁵⁷ v. Münch in: v. Münch/Kunig, Vorb. Art. 1-19 Rn 31 m. w. N..

⁵⁸ Vgl. Seifert/Hömig, vor Art. 1 GG, Anm. 14; Theodor Maunz-Zippelius, Deutsches Staatsrecht, 29. Aufl., 1994, S. 153 f.

⁵⁹ Robert Alexy, Theorie der Grundrechte, 3. Aufl. 1996, S. 484 ff. hält die unterschiedliche dogmatische Konstruktion von mittelbarer oder unmittelbarer Drittwirkung für irrelevant, weil beide Konstruktionen eine Wertordnung annehmen, die abgewogen werden muss.

etwa Wallraff oder F. C. Delius die Publikation ihrer Bücher untersagen, kollidiert die Logik der Kunst mit der Logik der Wirtschaft. Diese kann aber auch, wie im Falle privater Boykottaufrufe, mit der Politik kollidieren, oder bei religiösen Aktivitäten im wirtschaftlichen Bereich mit der Religion. Unsere Frage ist, wie das Recht mit solchen Konflikten umgehen kann. Für die herkömmliche Sicht löst das Recht die genannten Konflikte, indem es den kollidierenden Logiken den ihnen in der Wertordnung des Grundgesetzes vorgegebenen Platz zuweist. Man vertraut also auf Rechtserkenntnis als Mittel der Konfliktbeilegung. Eine an die critical legal studies angeschlossene Lesart der heutigen postmodernen Situation⁶⁰ behauptet, dass das Recht solche Konflikte niemals diskursiv, sondern immer nur mit Gewalt lösen könne. Dies wäre die äußerste Gegenposition. Die Arbeit des Rechts liegt aber zwischen den Extremen reiner Erkenntnis und reiner Gewalt. Um dies behaupten zu können, muss allerdings zunächst die volle Schärfe dieses Konflikts herausgearbeitet werden. Dies geschieht diskursanalytisch mit Hilfe des Begriffs der Regime-Konstellation und der Inkommensurabilität.

a) Regime-Kollisionen

In der neuen Systemtheorie wird die Kollision gesellschaftlicher Teilsysteme im Bereich des Rechts mit dem Stichwort der Regime-Kollision untersucht.

Mit diesem Begriff kann ein Rechtspluralismus ohne überwölbende Hierarchie gedacht werden, der sich aus der Logik unterschiedlicher Sozialsysteme speist. Dieser Rechtspluralismus ist zwar im internationalen Recht besonders offensichtlich, aber betrifft natürlich das Recht überhaupt: "Wir stehen daher vor einem Rechtspluralismus in einem sehr viel radikaleren Sinne als dem des üblichen rechtssoziologischen Sprachgebrauchs. Nicht bloß eine Vielheit von lokalen Rechten, eine Mehrzahl von ethnischen und religiösen Ordnungen oder eine Pluralität von Institutionen und Organisationen ist damit gemeint, sondern eine Vielheit von inkompatiblen Rationalitäten mit universalem Anspruch innerhalb eines modernen Rechtssystems. Unterschiedliche gesellschaftliche Teilrationalitäten haben innerhalb des Rechtes Brückenköpfe gebildet, von denen aus sie unvereinbare Rechtskonzepte entwerfen, konkurrierende Dogmatiken und Methoden vertreten und einander widersprechende Normierungen projizieren."⁶¹ Was bedeutet eine "Vielheit inkompatibler Rationalitäten mit universalem Anspruch"? Wenn diese Vielheit Konsequenz der Logik unterschiedlicher Kommunikations- oder Sozialsysteme ist, dann heißt dies, dass die normativen Projektionen von verschiedenen Codierungen ausgehen. Die Codierung liefert semantisch gesehen für einzelne Sätze einen Rahmen. Wenn dieser Rahmen verschieden ist, fehlt der Grammatik die Vergleichbarkeit, und es entsteht semantische Inkommensurabilität: "Diskurse sind wegen ihrer unterschiedlichen inneren Grammatik

⁶⁰Diese Lesart bezieht sich nicht immer zu Recht auf Lyotard. Vgl. dazu *Tilman Borsche*, Mit dem Widerstreit leben. Ein diskurspolitischer Essay zu J. F. Lyotard, in: *Dialektik*, Heft 2001/1, S. 19 ff., 27, Fn. 9.

⁶¹*Gunter Teubner*, Altera Pars Audiatur: Das Recht in der Kollision anderer Universalitätsansprüche, in: *Hans Martin Pawlowski/Gerd Roellecke*, Der Universalitätsanspruch des demokratischen Rechtsstaats, 1996, S. 199 ff., 204.

derartig gegeneinander geschlossen, dass in Konfliktfällen zwischen ihnen kein 'litige' möglich ist, das heißt, ein faires Verfahren, in denen beide Streitparteien authentisch zu Wort kommen und eine gerechte Entscheidung möglich ist. Zwar können Diskurse trotz ihrer hermetischen Geschlossenheit sich 'treffen', aber nur in der Form eines 'différend', also eines Widerstreits, in dem einen von ihnen strukturelle Gewalt angetan, ein Unrecht bereitet wird.⁶² Regime-Kollisionen entstehen also aus der gegenläufigen Logik sozialer Systeme. Sie machen den Rechtspluralismus zum Problem, weil in Folge ihrer Inkommensurabilität eine gemeinsame Regel zur Streitentscheidung fehlt.

Das Moment der Kollision, des Zusammenpralls des Unvereinbaren kennzeichnet nicht nur das Aufeinandertreffen verschiedener Rechtssysteme auf internationaler Ebene. Es benennt eine grundlegende Modalität der Entscheidung von Konflikten durch Recht. Das Gesetz ist zwar sprachlich formuliert. Aber das verbürgt keine gemeinsame Grundlage. Denn wir wissen von der Sprache, dass sie immer mehr als eine ist. Deswegen gibt es vom Gesetz von vornherein zwei Lesarten. Der Rechtsstreit ist auch eine Krise der Sprache. Denn die Sprache des Rechts als Gesetz muss in der Argumentation erst noch gefunden werden. Das Recht existiert in der Sprache und ist beim Konflikt gerade darin entzweit, so dass es keine vorhandene Basis zum Abgleich der Ansprüche bietet. Damit stellt sich das Problem, ob Recht mit Inkommensurabilität umgehen kann.

b) Der semantische Kern der Inkommensurabilität

Im Kern des Begriffs der Regime-Kollision finden wir den Zusammenstoß unverträglicher Sprachen. Die scheinbar selben Zeichen sind im System der Wirtschaft und im System der Kunst unterschiedlich gerahmt. Diese Unverträglichkeit der Sprachen könnte einer rechtlichen Lösung entgegenstehen.

aa) Begriff der Inkommensurabilität

Seinen Ursprung hat dieser Begriff in der Mathematik und Wissenschaftstheorie. Prominent geworden ist er durch die Historisierung der Wissenschaftstheorie, welche von Kuhn und Feyerabend ausging. In den von Rorty so genannten „Kuhn'schen Kriegen“ ist das Reich der Wissenschaft in eine Vielzahl von Provinzen zerfallen.⁶³ Während man vor diesem Einschnitt noch an das Ziel einer Einheitswissenschaft glauben konnte, wurde durch die historischen Untersuchungen Kuhns deutlich, dass die Wissenschaft aus einer Vielzahl konkurrierender Erkenntnisprogramme besteht.⁶⁴ Da Theorien durch Experimente nicht direkt widerlegt werden können, sondern immer mittels Hypothesen zu ergänzen sind, wurde die Theorie zum Erkenntnisprogramm erweitert und nach Kriterien für die Auswahl unter konkurrierenden Erkenntnisprogrammen gesucht.⁶⁵ Feyerabend

⁶²Ebd., S. 210.

⁶³Thomas S. Kuhn, *Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen*, 4. Aufl., 1979, S. 171 ff. Vgl. dazu Alan F. Chalmers, *Wege der Wissenschaft*, Berlin/Heidelberg/New York u.a. 1989, S. 9 ff.

⁶⁴Alan F. Chalmers, ebd., S. 79 ff.

⁶⁵Vgl. dazu Imre Lakatos, *Falsifikation und die Methodologie wissenschaftlicher*

hat dann gezeigt, dass konkurrierende Wissenssysteme nicht untereinander vergleichbar sind. Alles, was den Maßstab für einen solchen Vergleich abgeben könnte, ist genuin Bestandteil der je verglichenen Systeme selbst. Genau das macht sie unvergleichbar, eben inkommensurabel.⁶⁶

Treten Paradigmen also in Konkurrenz, so finden sie keine Vermittlungsinstanz. Die Entscheidung kann hier nur in einem radikalen, von Kuhn daher auch als „revolutionär“ apostrophierten Wechsel liegen.⁶⁷ Mit dem Wechsel des Überzeugungssystems fällt die Welt gewissermaßen in eine andere, womit zugleich die Sprache in ihren Bedeutungen entsprechend revolviert. Normen, Definitionen und mit ihnen jene Probleme, die durch sie gelöst werden sollen, erfahren einen Umschlag. Dass es überhaupt zu einer solchen Situation eines Paradigmenkonflikts und mit ihm des Zwangs zur Entscheidung kommen kann, liegt daran, dass in dem alten Paradigma Probleme auftreten, die es hoffnungslos überfordern und sein Potential an Lösungsmöglichkeiten sprengen. Daher geht es nicht darum, bessere Antworten zu finden. Das Problem gerät selbst mit in den Sog einer Aushebelung des Überzeugungssystems. Zwischen den Paradigmen wird strittig, was überhaupt als Problem gelten und auftauchen kann. Hier stößt man auf die von Kuhn so genannte „logische Lücke“.⁶⁸ Inkommensurabilität hat also ihre Wurzeln in der Beziehung von Überzeugungen, Begriffssystemen und der Welt zueinander. Probleme existieren demnach nicht an sich, sondern werden von Theorien erfunden. Beide sind gerahmt von umfassenden Programmen und ganzen Weltansichten. Wobei der Rahmen immer das ist, was man nicht sieht, wenn man das Bild betrachtet. Inkommensurabilität tritt auf, wenn Rationalitätssysteme in Konkurrenz und Konflikt zueinander treten. Sie sind, wie Paul Feyerabend es ausdrückt „deduktiv getrennt“.⁶⁹ Ihre Sätze und Begriffe lassen sich nicht nur nicht in Einklang miteinander bringen. Sie lassen sich vielmehr überhaupt nicht zueinander in Beziehung setzen. Versucht man es dennoch, indem man Begriffe und Sätze des einen versucht im anderen System zu gebrauchen, so droht man in schierem Nonsens zu enden. Man riskiert zumindest aber schwerwiegende unlösbare Missverständnisse. Denn es ist so auch nicht so recht formulieren, worin ein Missverständnis liegt, ohne wiederum in das andere System zu fallen, um sich mit den nötigen Bedeutungen auszustatten. Damit aber verschwindet wiederum das Missverständnis, das ja allein auf der Umpfung der Begriffe und Sätze beruhte. Und was für die in ihren Bedeutungen vom System abhängigen Begriffe und Sätze gilt, gilt natürlich umso mehr für die ihren Gebrauch anleitenden Regeln

Forschungsprogramme, in: ders./Alan Musgrave (Hrsg.), *Kritik und Erkenntnisfortschritt*, Braunschweig 1974, S. 89 ff. Dazu *Chalmers*, ebd., S. 79 ff.; sowie *Paul K. Feyerabend*, *Wider den Methodenzwang*, Frankfurt am Main 1976, S. 252 ff.

⁶⁶Vgl. zu diesem Begriff *Thomas S. Kuhn*, *Bemerkungen zu meinen Kritikern*, in: *Imre Lakatos/Alan Musgrave* (Hrsg.), *Kritik und Erkenntnisfortschritt*, Braunschweig 1974, S. 233 ff., 258 ff.; *Paul K. Feyerabend*, *Putnam on Incommensurability*, in: *British Journal of Philosophy of Science* 38, 1987, S. 75 ff.

⁶⁷*Thomas S. Kuhn*, *Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen*, 4. Aufl., 1979, S. 1044 ff., 123 ff.

⁶⁸*Thomas S. Kuhn*, ebd., S. 113.

⁶⁹*Paul K. Feyerabend*, *Der wissenschaftstheoretische Realismus und die Autorität der Wissenschaften*, Braunschweig 1978, S. 179 f.

und die über deren Ratio herrschenden Prinzipien und Ontologien. Aufgrund ihrer unbedingten Auswirkung auf die Sinnproduktion durch das System sind sie universell., während genau aus dem gleichen Grund diese Universalität immer nur eine den Systemen lokale sein kann.

bb) Semantische Getrenntheit

Nicht nur in der Wissenschaft kann man hinter der Fassade der Homogenität den Pluralismus entdecken. Auch Wittgenstein hat zunächst eine für die Welt der Tatsachen einheitliche Sprache entworfen, um dann die Pluralität der Sprachspiele zu bemerken.⁷⁰ Wenn er diesen eine „unsägliche Vielfalt“ konzidiert, geschieht dies ohne jeden Unterton der Klage. Kein Sprachspiel lässt sich durch ein anderes ersetzen. Keines lässt sich auf ein anderes zurückführen. Und keines lässt sich aus einem anderen ableiten. Indem die Sprachspiele von daher auch gleichrangig sind, gibt es keine übergeordnete Instanz, kein Metaspiel, deren bloße Erscheinungsformen sie jeweils wären. Ordnungen in die Sprachspiele zu bringen oder gar Hierarchien in sie einzuziehen, sind wieder Spiele ganz eigener Art. Von daher kann es auch kein von ihnen unabhängiges Maß geben, geben, über dessen Kamm sie sich allesamt scheren ließen. Sprachspiele sind in ihrer Eigensinnigkeit unvergleichbar. Ihre Verschiedenheit ist „radikal“.

Genau hier setzt die Zuspitzung durch Lyotard an.⁷¹ Die Sprachspiele sind für ihn nicht nur heterogen. Sie verschließen sich in ihrem Eigensinn geradezu hermetisch. Die Mannigfaltigkeit und Verschiedenheit der Sprachspiele ist nicht nur radikal, sondern geradezu total. Wo Wittgenstein meint, noch eine „Struktur von Unterschiedlichkeit bei Überschneidung“ ausmachen zu können, vermag Lyotard nurmehr eine „Struktur von Heterogenität mit Abgründen“ zu sehen.⁷²

Die Situation ließe sich noch so lange hinnehmen, solange die in den Sprachspielen prozessierten Orientierungen schlicht koexistent wären. Brisant wird es jedoch, wenn sie in Konkurrenz oder gar in Konflikt treten. Genau das ist im juristischen Verfahren durch die Konfrontation der mit ihrem Anspruch auf Recht gegenläufigen Artikulationen der Parteien der Fall. Inkommensurabilität liegt vor, sofern sich Unvereinbares darin einig ist, denselben Platz einzunehmen.⁷³

Die so miteinander über Kreuz liegenden Sprachspiele verbindet nichts, woran eine Vermittlung ansetzen könnte. Sie stehen einander in schroffer Andersartigkeit gegenüber.⁷⁴ Eine Schlichtung oder ein Ausgleich ist nicht mehr denkbar. Nicht einmal eine Beilegung, die irgend etwas von einem Einvernehmen an sich hätte. Eine Entscheidung über ihre Angemessenheit und Berechtigung kann

⁷⁰Vgl. dazu *Henry Staten*, Wittgenstein and Derrida, Oxford 1985, S. 64 ff.

⁷¹Vgl. dazu *Jean-Francois Lyotard*, Der Widerstreit, München 1987, S. 27, 32 f., 217 ff.

⁷²*Jean-Francois Lyotard*, Der Widerstreit, München 1987, S. 217 ff.; *Wolfgang Welsch*, Vernunft. Die zeitgenössische Vernunftkritik und das Konzept der transversalen Vernunft, Frankfurt/M. 1996, S. 419.

⁷³*Geert Lueke Lueken*, Inkommensurabilität als Problem rationalen Argumentierens, Stuttgart-Bad Cannstatt 1992, S. 32. *Lyotard*, Der Widerstreit, München 1987, S. 9.

⁷⁴Grundlegend zum Problem von Pluralismus und Inkommensurabilität im Bereich des Rechts: *Alexander Somek*, Der Gegenstand der Rechtserkenntnis, Baden-Baden 1996, S. 114 ff.

nicht mehr zwischen ihnen getroffen werden, weil eine gemeinsame Basis fehlt. Eine Entscheidung kann nur noch im wahrsten Sinne des Worte grundlos über sie gefällt werden. Kurzum: Es kehrt zwangsläufig der „Widerstreit“ zurück als „Konfliktfall zwischen (wenigstens) zwei Parteien, der nicht angemessen entschieden werden kann, da eine auf beide Argumentationen anwendbare Urteilsregel fehlt. Die Legitimität der einen Argumentation schliesse dann nicht auch ein, dass die andere legitim ist. Wendet man dennoch dieselbe Urteilsregel auf beide an, um ihren Widerstreit gleichsam als Rechtsstreit zu schlichten, so fügt man einer von ihnen Unrecht zu (einer von ihnen zumindest, und allen beiden, wenn keine diese Regel gelten lässt).“⁷⁵

Für das juristische Verfahren als der institutionalisierten Regulierung von Streits wäre dies fatal. Jede Entscheidung im Konflikt der Rechtsmeinungen und Lesarten der Normtexte ließe sich nur noch durch einen Akt des Gewalt, durch das Machtwort fällen. Und das juristische Verfahren selbst verspielte zwangsläufig alle ihm als die Einhegung von Gewalt gesellschaftlich zugebilligte Legitimität. Die für den Rechtsstaat zentrale Unterscheidung von legitimer und illegitimer Gewalt, von guten und schlechten Entscheidungen würde damit keinen Boden mehr finden.⁷⁶

Die Frage ist allerdings, ob man Inkommensurabilität wirklich so strikt fassen kann. Denn schon die bescheidene Nachfrage, wie denn Sprachspiele, „wenn sie einerseits völlig heterogen sein sollen, andererseits überhaupt in Konflikt geraten können“⁷⁷ lässt sich dann nicht beantworten.

cc) Verbindung durch Streit um Zeichenkette

Wenn Orientierungssysteme tatsächlich in jederlei Hinsicht miteinander unvereinbar und unverträglich sind, dann gibt es nichts, durch das man sie überhaupt noch in eine Beziehung setzen könnte. Inkommensurabilität wäre gar nicht feststellbar. Wenn man sie aber feststellen kann, so hat man dadurch wenigstens schon einen Aspekt des Vergleichs.

Das „Konkurrenzverhältnis zwischen“ Theorien, Paradigmen oder Orientierungssystemen „steht“ also „in einer eigentümlichen Beziehung zu ihrer radikalen Verschiedenheit.“ Die führt sich genau an dem Punkt ad absurdum, an dem sie diese Verschiedenheit auf die Spitze der „Annahme vollständiger wechselseitiger Abgeschlossenheit verschiedener Orientierungssysteme“ treibt.⁷⁸ Die Heterogenität kann man nicht als Hermetik einer absoluten Trennung behaupten. Dies aber legt das Bild Lyotards vom „Archipel“ eines insularen

⁷⁵ Geert Lueke Lueken, *Inkommensurabilität als Problem rationalen Argumentierens*, Stuttgart-Bad Cannstatt 1992, S. 32. Lyotard, *Der Widerstreit*, München 1987, S. 9

⁷⁶ Vgl. dazu Ralph Christensen/Hans Kudlich, *Theorie richterlichen Begründens*, Berlin 2001, S. 58.

⁷⁷ Wolfgang Welsch 1996, S. 319. Zu dieser Frage in Hinblick auf Feyerabend und Kuhn auch Geert Lueke Lueken, *Inkommensurabilität als Problem rationalen Argumentierens*, Stuttgart-Bad Cannstatt 1992, S. 31 f., 126.

⁷⁸ Geert Lueke Lueken, *Inkommensurabilität als Problem rationalen Argumentierens*, Stuttgart-Bad Cannstatt 1992, S. 126.

Nebeneinanders der Ordnungen nahe.⁹ Und auch Feyerabend und Kuhn „beziehen die Inkommensurabilitätsthese auf umfassende, in sich strukturierte, weitgehend abgeschlossene Rede- und Handlungskomplexe.“¹⁰ Die konkurrierenden Systeme sind schlichtweg ineinander unübersetzbar und damit vollkommen beziehungslos. Sie erscheinen geradezu als „Käfige“, aus denen man allenfalls ausbrechen kann. Dies aber nur, um sich so stehenden Fußes in einem anderen wieder zu finden.⁷⁹ Wäre dieser Käfig allerdings wirklich so vollkommen verschlossen, so ließe er sich nicht als ein solcher wahrnehmen. „Wenn die Käfige, in denen wir uns immer schon befinden, überhaupt keine Öffnungen und Verbindungen nach außen haben, dann können wir weder von anderen, besseren oder schlechteren Käfigen wissen, noch von sonst etwas außerhalb unseres Käfigs.“¹² Gefangen im Käfig wäre man vollkommen frei. Zum Käfig macht ihn erst der Blick durch die Gitterstäbe, der ihn als Grenze wahrnehmbar macht. Auf der Fluchtlinie des Blicks eröffnet sich ein Raum, der dann mit dieser Grenze ein anderes aufscheinen lässt. Zugleich lässt das Auftreffen des Blicks durch die Gitter auf ein Gegenüber nunmehr „da draußen“ den Käfig als Raum des Eigenen auftauchen. Damit ist „Konkurrenz (...) ohne einen irgendwie gemeinsamen Bezugspunkt, ein gemeinsames Ziel, einen Anspruch oder einen Gegenstand nicht denkbar. Die Verschiedenheit der Theorien kann also, insofern sie konkurrieren, nicht so radikal sein, dass sich überhaupt keine Gesichtspunkte finden ließen, hinsichtlich derer sie in Beziehung zueinander gesetzt werden können.“⁸⁰ Der Punkt also, an dem wir eine Verschiedenheit wahrzunehmen und zu artikulieren vermögen, ist genau die Pforte in das andere Spiel. Es ist der Berührungs- und Reibepunkt, an dem unser Spiel auf das andere trifft. Im juristischen Verfahren ist dies etwa die Absicht auf eine Entscheidung zu eigenen Gunsten. Auf diese hin werden die Äußerungen der gegnerischen Partei aufgenommen.

Die Möglichkeit des Vergleichs anhand der aus der eigenen in der andere Welt gesetzten Gemeinsamkeiten ändert nichts daran, dass es beim Widerstreit bleibt.⁸¹ Ebenso wie es unsinnig wäre, eine Abgeschlossenheit konkurrierender Systeme anzunehmen, ebenso widersinnig wäre es, die den Vergleich ermöglichende Gemeinsamkeit in einem ihnen gleich unterliegenden Grundzug zu sehen. Die Masterwelt und gar eine alles einbegreifende Universalerzählung, auf die man sie dann in ihrer Bedeutung brächte, würde ihre Verschiedenheit vollkommen verwischen, ihre Unterschiede verschwinden lassen und den Begriff der Inkommensurabilität sozusagen von der anderen Seite her ad absurdum führen. Wenn alles sich letztlich gleicht gibt es keine Unterschiede oder Kontraste mehr gegenüber man „Gemeinsamkeit“ als eine solche geltend machen und konstatieren könnte. Sinn setzt immer Scheidung voraus, ist genuin kritisch.

Zwar ist die Semantik der inkommensurablen Sprachspiele getrennt, weil sie

⁷⁹Dazu *Geert Lueke Lueken*, *Inkommensurabilität als Problem rationalen Argumentierens*, Stuttgart-Bad Cannstatt 1992, S. S. 122 ff.

⁸⁰*Geert Lueke Lueken*, *Inkommensurabilität als Problem rationalen Argumentierens*, Stuttgart-Bad Cannstatt 1992, S. 31.

⁸¹Dazu *Nelson Goodman*, *Weisen der Welterzeugung*, Frankfurt/M. 1990, S. 134 ff.

auf unterschiedlichen Leitunterscheidungen beruhen. Aber gemeinsam ist ihnen der Streit um die Zeichenkette. Zwar lesen beide das Gesetz verschieden. Aber immerhin lesen sie dasselbe Textstück. An der Gemeinsamkeit des Streits lässt sich arbeiten. Diese Arbeit muss sich als zeitlicher Vorgang in einem Verfahren vollziehen. Eine bloße Erkenntnis könnte keine Gemeinsamkeiten zutage fördern. Epistemische Evidenz gemeinsamer Grundlagen scheitert an der Getrenntheit der System. In Wirtschaft und Kunst, in Politik und Wissenschaft verwendet man zwar manchmal dieselben Worte, aber ihr Sinn unterliegt einer jeweils verschiedenen Codierung. Deswegen kann man im Wege der Erkenntnis nur Verschiedenheit entdecken. Gemeinsamkeiten müssen demgegenüber erfunden werden. Evidenzen lassen sich nicht auffinden, sie müssen in einer gemeinsamen sozialen Interaktion geschaffen werden. Gute Rechtsprechung kann den Zusammenprall unterschiedlicher Teilsysteme kultivieren, indem sie beide in einer sozialen Interaktion hält und an die Stelle epistemischer Evidenzen die Herstellung gemeinsamer Evidenzen im Verfahren setzt. Von der wissenschaftlichen Theorie wird diese Leistung der Gerichte allerdings noch nicht verstanden. Erst wenn man Werte durch Verfahren und Abwägung durch Argumentation ersetzt, kann man die Komplexität dieses praktischen Prozesses langsam in den Blick bringen.

III. Das systematische Zusammenspiel von Zivilrecht und öffentlichem Recht

Damit stellt sich die Frage, ob und wie die Menschenrechte zwischen Privaten gelten. Teubner diskutiert diese Frage unter drei Aspekten: grundrechtstheoretisch, methodisch und dogmatisch. Diese Punkte werden der Reihe nach angesprochen, wobei der dritte aus Zeitmangel entfällt.

Kann man auf dieser Grundlage das herkömmlich Drittwirkung genannte Problem genauer beschreiben? Hier geht es um die Frage, wie bei der Auslegung von Privatrechtsnormen in einem Zivilrechtsstreit Grundrechte oder Menschenrechte heranzuziehen sind. Innerhalb des anerkannten Methodencanons spricht die Systematische Auslegung dafür, dass die Grundrechte bei der Auslegung auf das Zivilrecht eine Rolle spielen müssen. Heute ist das Ob nicht mehr umstritten, sondern nur noch das Wie.

Auch hier gibt es bei Teubner zwei Argumentationsschritte. Negativ die Kritik des divisionalen Grundrechtskonzepts. Positiv die Begründung des ökologischen Konzepts. Der divisionale Ansatz geht von einem Ganzen aus und teilt Freiheiten zu. Das ökologische Konzept will die kommunikative Logik eines Freiheitsbereiches reflexiv machen, das heißt, zu einer Bestimmung der eigenen Grenzen in der Interaktion anregen. Beide Konzepte werden jetzt in dem Problembereich, der herkömmlichen Drittwirkung genannt wird, verglichen.

Ausgangsfrage ist die folgende: Wie lässt sich ein Recht im Ganzen der Rechtsordnung bestimmen? Schon immer sind Ansprüche miteinander kollidiert und

man hat ihre Reichweite innerhalb der Gesamtrechtsordnung bestimmt. Das divisionale Konzept geht davon aus, dass man das einzelne Recht ins Ganze der Rechtsordnung einfügt. Das Ganze ist dabei bestimmbar und beherrschbar und man kann von der Sinnmitte einer geordneten Totalität her dem einzelnen Anspruch seinen Platz zuteilen. Das ökologische Konzept begreift das Ganze der Rechtsordnung nicht als geordnete Totalität, sondern als offenen Horizont. Die Lösung des Konflikts kann nicht vom Ganzen her zugeteilt werden. Aber im Verfahren werden die Ansprüche der Parteien auf den offenen Horizont der Gesamtrechtsordnung bezogen und damit durch wechselseitige Einwände neu kontextualisiert. Dies zwingt zu einer neuen Rahmung und damit zur selbstreflexiven Praxis.

Das Problem der Anspruchskollision verschärft sich heute, wenn nicht nur einzelne Rechte von Individuen, sondern ganze Rechtsmassen miteinander kollidieren. Im Kern handelt es sich dabei um Rationalitätskonflikte. Analytisch gesehen stellen sich dabei zwei Fragen: 1. Wie geht man mit der Unverträglichkeit dieser Logiken um? Das ist das Inkommensurabilitätsproblem. 2. Wie geht man mit dem Ganzen der Rechtsordnung um? Das nennt man das Holismusproblem. Die erste Frage wird hier weitgehend ausgeklammert, ich konzentriere mich auf die zweite Frage.

1. Holismus

„Es gibt zwei naheliegende Bilder der Bedeutung. Das eine stellt Wörter so dar, dass ihre Bedeutung unabhängig von etwaigen Sprechern tragen. Dies ist die Auffassung, auf die sich Alice beruft, wenn sie gegen Humpty Dumpty den Einwand erhebt, dass ‚Ruhm‘ einfach nicht dasselbe bedeutet wie ‚ein stichhaltiges Gegenargument‘. Nach dieser Auffassung von Alice kann Humpty Dumpty das gar nicht mit dem Wort meinen, weil das Wort nicht die Fähigkeit besitzt, diese Bedeutung zu tragen. Das entgegengesetzte Bild ist das von Humpty Dumpty verwendete. Nach seiner Auffassung ist es der Sprecher, der dem Wort die Bedeutung durch eine innere geistige Handlung verleiht; also könne jeder mit ‚Ruhm‘ meinen, was er wolle.“⁸² Humpty Dumpty verkörpert hier das Bild des autonomen Subjekts, das Herr über die Bedeutung seiner Worte ist. Diese Position kann man in Bezug auf die Bedeutung eine atomistische nennen. Dagegen vertritt Alice die Vorstellung einer dem Individuum vorgegebenen vergemeinschafteten Bedeutung. Diese Gegenposition kann man auch Kollektivismus oder ganzheitlichen Holismus nennen. Zwischen den Extremen dieser beiden Positionen liegt der Versuch, einen sinnvollen Holismusbegriff zu entwickeln.

Holismus ist der Begriff für eine Struktur, die bestimmte Elemente zu dem macht, was sie sind. Das einzelne Element gewinnt sein Sosein erst über den Umweg des Zusammenhangs mit anderen Elementen eines übergreifenden Ganzen. Gegenbegriffe wären der Atomismus und der Kollektivismus. Der Atomismus

⁸²Michael Dummett, „Eine hübsche Unordnung von Epitaphen. Bemerkungen zu Davidson und Hacking“, in: Eva Picardi und Jochen Schulte (Hrsg.), *Die Wahrheit der Interpretation*, Frankfurt am Main 1990, 248 ff., 268.

geht davon aus, dass die Eigenschaften der Elemente nicht relational, sondern intrinsisch sind. Der Kollektivismus am anderen Ende des begrifflichen Bereichs geht von einem Ganzen aus, dessen Inhalt er für bestimmbar und beherrschbar hält.

Während das Sachproblem Holismus die ganze Philosophiegeschichte begleitet, findet sich der erste terminologische Nachweis erst in den 20er Jahren des letzten Jahrhunderts in der Biologie. Der Boom der Holismus-Diskussion hat vielfältige Ursachen, etwa in der Gestaltpsychologie, Hermeneutik, Linguistik, Soziologie und in der Physik; aber die wissenschaftliche Diskussion läuft im Rahmen der analytischen Philosophie anhand der paradigmatischen Gegenstände Sprache und Wissenschaft. Sie beginnt in den 50er Jahren und entfaltet sich am Ende der 80er Jahre zu einem Hauptstrang der gegenwärtigen Diskussion.

Schwerpunkt oder Paradigma holistischer Erklärungen ist die Sprache. Man kann dabei Differenzmodelle von Inferenzmodellen unterscheiden. Differenzmodelle bestimmen den Inhalt eines sprachlichen Elements durch den Unterschied von den anderen Elementen. Inferenzmodelle bestimmen das Element nach seiner Stellung in Folgebeziehungen. Wegen der internen Unendlichkeit der Differenzen bzw. Folgerungen stellt sich für beide das Problem der *Différance* bzw. *Inférence*.

Die Stärke des Holismus liegt darin, dass er über Differenz bzw. Inferenz gut den Gehalt von Aussagen erklären kann. Seine Schwierigkeit liegt darin, dass er zur Annahme von Ideolekten führt und Probleme hat, die Kommunikation von Gehalten zu erklären.

2. Wie entsteht das Holismusproblem

Die Holismus-Diskussion in der analytischen Philosophie ging von Problemen aus, die im Schnittpunkt von Wissenschaftstheorie und Sprachphilosophie liegen. Anfangs der 50er Jahre des letzten Jahrhunderts löst in Amerika die analytische Philosophie den Pragmatismus als herrschende Strömung ab. Die klassische analytische Philosophie (Russell, Moore, der frühe Wittgenstein, der früher Carner) vertraten gegen die ganzheitliche Metaphysik des Hegelianismus eine am klassischen Empirismus orientierte atomistische Position. Es gibt Elementarsätze oder atomare Tatsachen, sowie die Kompositionsregeln der Logik. Alles, was nicht darauf reduziert werden kann, ist Metaphysik. Dieser Atomismus wurde eigentlich schon innerhalb des Wiener Kreises in den 30er Jahren überwunden. Vor allem Kritik, die Otto Neurath an der Position des früheren Carner übte, führte dazu, dass im Wiener Kreis zunehmend holistische Positionen entwickelt wurden. Aber es gab einen Restbestand dieses Atomismus, den der Wiener Kreis nach Amerika exportierte. Die Vorstellung nämlich, dass man einzelne Aussagen aus einer Theorie ableiten und diese an der Wirklichkeit überprüfen bzw. bestätigen könne. An diesem Punkt setzt Quine mit seinem Aufsatz „Two Dogmas ...“ an. Er zeigt darin, dass es keine Möglichkeit gibt, eine Theorie zu verifizieren oder durch ein *experimentum crucis* zu widerlegen. Die Wissenschaft ist aus seiner Sicht ein Netz oder Kraftfeld, das nur an den Rändern von

der Erfahrung berührt wird. Wenn es hier zu Widersprüchen kommt, ist es immer möglich, im Inneren des Netzes Abhilfe zu schaffen. So zeigt etwa die Diskussion um die Quantenmechanik, dass auch ganz elementare Sätze wie etwa der Satz vom ausgeschlossenen Dritten zur Disposition der Wissenschaft gestellt werden, wenn eine Erklärung dies erfordert. Deswegen schlägt Quine vor, einen weiteren Schritt über den Empirismus hinauszugehen. Während der klassische englische Empirismus das Wort einer bestimmten Erfahrung zuordnen wollte, hat schon Frege die Bedeutung eines Wortes im Satz bestimmt. Dieses so genannte Fregesche Kontextprinzip wird von Quine erweitert. Dabei geht er nicht einfach vom Satz zur Theorie, oder von der Theorie zum Erkenntnisprogramm bzw. dem Ganzen der wissenschaftlichen Disziplin. Sein Schritt über den Satz hinaus führt vielmehr zur Wissenschaft als Ganzes. In Quines Aufsatz findet man allerdings zwei Auffassungen des Holismus. Zunächst einmal ein Bild des Holismus, gefasst in die Metapher vom Netz bzw. Kraftfeld. Die Elemente einer Theorie werden dabei als Punkte im Netz beschrieben und gewinnen erst dadurch ihre Bestimmtheit. Eine zweite Auffassung des Ganzen der Wissenschaft liegt dem gegenüber näher an der Vorstellung der klassischen Hermeneutik, die davon ausgeht, dass das Ganze immer mehr ist, als die Summe seiner Teile. Dabei wird davon ausgegangen, dass die Bedeutung eigentlich nur dem Ganzen der Wissenschaft zukommt, weil nur diese sich verifizieren lässt. Dieses zweite Bild geht deutlich in die Richtung des ganzheitlichen Holismus bzw. Kollektivismus. „Das Netz-Bild deckt sich nicht mit dem Überschuss-Ganzen-Holismus. Es sind durchaus Netze bzw. Kraftfelder vorstellbar, die nicht in diesem Sinne holistisch konzipiert sind, das heißt, für die sich nicht auf der Ebene des Ganzen Eigenschaften ergeben, die über die Eigenschaften der Teile hinausgehen. Also muss sich das holistische Prinzip, das im Bild des Netzes bzw. Kraftfelds impliziert ist, anders bestimmen lassen. Eine solche Bestimmung kann vorläufig so erfolgen: Im Netz kommt eine gewisse Anzahl von Elementen (und Knotenpunkten) zusammen, die in einem wie auch immer gearteten Zusammenhang stehen. Diesen Zusammenhang kann man erst einmal als einen funktionalen beschreiben. Die Stellung jedes Elements ist eine Funktion der Stellung der anderen Elemente. Mehr noch: Jedes Element ‚Knotenpunkt in einem Netz‘ ist erst mit Bezug auf andere Elemente konstituiert. Es ist, wie Michael Esfeld sagt, ‚ontologisch abhängig‘ von einer Vielzahl anderer Elemente. Ich bezeichne diese Art vorläufig als einen Elemente-Unter-Elementen-Holismus.“⁸³

Quines Position ist also dadurch eingeschränkt, dass er die Verifikationstheorie der Bedeutung übernimmt. Wenn man erst einmal sagt, dass die Bedeutung einer Aussage in der Methode ihrer Verifikation liege und dann davon ausgeht, dass eine Aussage nicht isoliert bestätigt bzw. widerlegt werden kann, dann hat sie insoweit auch keine Bedeutung. Wenn sich eine Bestätigung immer nur

⁸³Georg W. Bertram, Holismus und Praxis, in: ders./Jasper Liptow, Holismus in der Philosophie. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie, Weilerswist 2002, 59 ff., 61; Bertram bezieht sich im Text auf Michael Esfeld, Holismus in der Philosophie des Geistes und der Philosophie der Physik, Frankfurt am Main 2002, Kap. 1.

auf ein ganzes System von Aussagen beziehen kann, dann kann man auch nur diesem Gesamtsystem Bedeutung zubilligen.

Erst Quines Schüler Davidson hat den Holismus für die Sprachtheorie konsequent ausgearbeitet. Anknüpfend an Wittgenstein geht er davon aus, dass einen Satz verstehen eine Sprache verstehen heißt. Anders aber als Quine setzt er nicht voraus, dass nur die Gesamtheit einer Sprache Bedeutung haben kann. Weil er sich vom Verifikationismus trennt, kann er den Holismus so konzipieren, dass nicht die Sprache als Ganzes zum Bedeutungsträger wird. Wir könnten im Rahmen eines solchen Modells auch gar nicht erklären, wie wir einzelne Äußerungen verstehen. Statt dessen schlägt Davidson mit dem Prinzip der Nachsicht ein Lernmodell vor, das Bedeutung nicht voraussetzt, sondern seine Erzeugung vor dem offenen Horizont eines Ganzen untersucht.

3. Formen des Holismus

Um den Holismusbegriff näher zu bestimmen, gehen wir von drei Gegensatzpaaren aus. Molekulare Theorien denken zwar ganzheitlich, aber immer nur für eingegrenzte Einheiten im Sinne von Sprachspielen oder Systemen. Der radikale Holismus muss zwar diese Einheiten nicht ableugnen, hält sie aber für relativ und kontingent aufgrund der Unmöglichkeit semantischer Isolierung. Eine weitere Differenz besteht zwischen theoretischem und praktischem Holismus. Dabei geht es um die Frage, wie der Holismus von Differenzen oder Inferenzen in der Kommunikation eingegrenzt werden kann. Während der theoretische Ansatz dazu auf analytische Wahrheiten oder revisionsimmune Sätze zurückgehen will, sieht der Gegenansatz darin eine Frage praktischer Entscheidungen im Argumentationsprozess. Jede Diskussion muss durch Vertrauensvorschuss und Anfechtungsstruktur ihr Gebiet eingrenzen. Die Unterscheidung zwischen definitivem und indefinitem Holismus bezieht sich auf die Frage, ob man das Ganze für handhabbar oder für einen offenen Horizont hält. Wenn man das Ganze für handhabbar hält, gibt es eine „Wir-Perspektive“, die man jedem Dialog überordnen kann, um von dort aus zu herrschen.

IV. Grundrechtstheorie

Hier geht es um zwei Schritte, wovon der erste kritisch und der zweite konstruktiv ist. Der erste Schritt liegt darin, dass man die Menschenrechte aus der erstickenden Umarmung durch die humanistische Ideologie befreit. Wenn man diesen Rechten ein bestimmtes Menschenbild unterlegt, hat man den Vorteil, dass man sie als System begreifen kann. Auch wird eine gewisse Rhetorik von Rechtskreisen und Abwägung dadurch nahegelegt, die Begründungsstrategien für Konflikte verspricht. Beide Vorteile sind aber nur scheinbar. Die Definition des Menschenbilds hat den Nachteil, dass man die, welche seine Ansprüche nicht erfüllen können, als Insekten behandeln kann, so dass sich das System als Gulag erweist. Während man diesen Nachteil noch durch guten Willen und moralische Anstrengung auffangen könnte, ist der zweite Nachteil nicht zu beheben. Er liegt

darin, dass die Bindung dieser Rechte an ein Menschenbild der Komplexität des Konflikts nicht gerecht wird und damit den Zugang zur tragenden Schicht der Argumentation versperrt. Das Denken in Rechtskreisen und Personen ersetzt nicht nur das wirkliche Individuum durch ein abstraktes Bild, sondern kann auch die in den Konflikten enthaltene soziale Logik nicht erfassen. Der erste Schritt ist also unbedingt notwendig.

Der zweite Schritt liegt darin, dass Teubner an der Stelle, wo in herkömmlichen Texten der Begriff Mensch auftritt, den Begriff Kommunikation einsetzt. Dieser Begriff war in den 60er Jahren in der Mode und ist inzwischen in die Jahre gekommen. Er kommt aus der Nachrichtentechnik und ist fest in der abendländischen Metaphysik verankert. Für seine Dekonstruktion muss man sich an Niklas Luhmann und Jacques Derrida wenden. Danach hat man einen sinnvollen Fachbegriff für die Bezeichnung der gesellschaftlichen Dimension. Die Einzelheiten wollen wir uns hier ersparen. Bei der eben angesprochenen Ersetzung wird allerdings nicht ein transzendentes Signifikat durch ein anderes ersetzt. Man hätte dann nur an der Stelle des humanistischen Subjekts ein Pseudosubjekt. Statt einer abstrakten Adresse liefert uns Teubner eine konkrete Frage: Welche Rolle spielen die menschenrechtlichen Garantien für die Dynamik von Kommunikation? Wenn man diese Frage stellt, verändert sich die Sicht auf Menschen- und Grundrechte. Sie erscheinen nicht mehr als ein um ein Sinnzentrum gruppiertes geschlossenes System, sondern als kontingente Erfindungen, mit deren Hilfe sich Kommunikation von der Herrschaft der Zentren emanzipiert. Die Menschenrechte sind historisch konkret, haben Namen und Adresse, so dass man beschreiben kann, was sich mit ihrer Hilfe gegen Zentren ausrichten lässt. Zunächst zur Adresse: Die menschenrechtlichen Garantien wohnen an der Grenze und unterstützen, wie die Grundfreiheiten des Gemeinschaftsrechts, den freien Verkehr von Kommunikation. Sie bearbeiten drei Risiken, die sowohl die Kommunikation als Ganzes als auch einzelnes Sprachspiel betreffen. Das erste Risiko ist die Abschließung gegenüber der Umwelt, das zweite Risiko die Absolutsetzung eigener Maßstäbe und das dritte Risiko die Verendlichung durch Semantisierung der jeweiligen Grundunterscheidung. Aus diesen Aufgaben bestimmen sich auch die Namen. Gegen die Abschließung der Kommunikation nach außen wirken die eigentlichen Menschenrechte und die ökologischen Rechte der Natur. Gegen die Absolutsetzung eigener Maßstäbe die institutionellen Grundrechte und gegen die Verendlichung die personalen Grundrechte. Ein geschlossenes System ist nicht mehr möglich, aber immerhin eine Gruppenbildung, die allerdings das einzelne Grundrecht in verschiedene Bereiche verteilt.

1. Das Ganze der Rechtsordnung in der Grundrechtstheorie

Die Stellungnahme zum Holismus-Problem unterscheidet die klassischen divisionalen Konzepte von den neuen reflexiven oder ökologischen Konzepten in der Grundrechtstheorie.

a) Divisionale Konzepte

Die das Problem der so genannten Drittwirkung beherrschenden divisionalen Grundrechtskonzepte argumentieren von einem Ganzen her, das die Zuteilung von Freiheitssphären erlaubt. Ihr Holismus ist zwar radikal, aber theoretisch und definit.

aa) Gerichte

bb) Wertungsjurisprudenz Um die als Ort stabiler Sprache und sichere Voraussetzung des Rechtserkenntnismodells fragwürdig gewordene Textbedeutung wieder zu stabilisieren, führt die herkömmliche Lehre die Gerechtigkeit als zentrales Signifikat⁸⁴ des Rechtstextes ein. Diese dem Wechsel der Namen entzogene reine Bedeutung soll garantieren, dass der „Wortlaut“ des Gesetzes gegenüber der Flut divergierender Interpretationen seine semantische Identität wahren kann⁸⁵. Die Bemühungen, durch den Rückgang auf „letzte Richtigkeitsvorstellungen“ oder den Gedanken der Fallgerechtigkeit der richterlichen Tätigkeit ein festes Fundament zu schaffen, bleiben damit im Ansatz der vom klassischen Positivismus vorausgesetzten deterministischen Textauffassung verhaftet. Ziel einer auf kognitive Strukturen reduzierten Rechtsfindung bleibt die Entscheidung, welche gemessen am zentralen Signifikat des Textes die einzig richtige ist.

Die Hermeneutik kann natürlich nicht auf ihren Gebrauch durch die Juristen reduziert werden. Ihr Ansatz ist weitaus komplexer als es in der juristischen Rezeption sichtbar wird. Während im angelsächsischen Sprachraum der logische Empirismus und der Pragmatismus die philosophischen Voraussetzungen für die sprachphilosophische Wende bereitstellten,⁸⁶ war dies in der kontinentalen Tradition die aus der Phänomenologie entwickelte Hermeneutik. In den letzten Jahren⁸⁷ hat man diese Parallelen nicht nur entdeckt, sondern auch zunehmend diskutiert.⁸⁸ Bei dieser Diskussion muss man sowohl innerhalb der Hermeneutik als auch innerhalb der juristischen Rezeption differenzieren. Im

⁸⁴Vgl. zu diesem Begriff: *Jacques Derrida*, *Semiologie und Grammatologie*. Gespräch mit Julia Kristeva, in: *ders.*, *Positionen*, 1986, S. 52 ff., 55 ff.; *ders.* *Positionen*. Gespräch mit Jean Louis Houdebine und Guy Scarpetta, in: *Ebd.*, S. 83 ff., 128.

⁸⁵Vgl. zu dieser Rolle des transzendentalen Signifikats auch *Manfred Frank*, *Was ist Neostukturalismus?, Ort?* 1983, S. 587 und öfter.

⁸⁶Vgl. dazu aus kontinentaler Sicht: *Herbert Schnädelbach*, *Analytische und postanalytische Philosophie*, in: *ders.*, *Analytische und postanalytische Philosophie*, Frankfurt am Main 2004, S. 9 ff.

⁸⁷Entscheidend war dafür die Rezeption von Davidson auf dem Kontinent und die Rezeption des Werks von Habermas und Derrida im angelsächsischen Raum.

⁸⁸Vgl. dazu *Richard Shusterman*, *Vor der Interpretation. Sprache und Erfahrung in Hermeneutik, Dekonstruktion und Pragmatismus*, Wien 1996; *Richard Rorty*, *Wittgenstein, Heidegger, and the reification of language*, in: *ders.*, *Essays on Heidegger and others*, Cambridge 1991, S. 50 ff.; *Henry Staten*, *Wittgenstein and Derrida*, Oxford 1985. Aus kontinentaler Sicht: *Udo Tietz*, *Zur hermeneutischen Transformation der Sprachphilosophie*, in: *ders.* *Vernunft und Verstehen*, Berlin 2004, S. 243 ff.; *Oliver Scholz*, *Verstehen und Rationalität*, Frankfurt am Main 1999, S. 254 ff.; *Christoph Demmerling*, *Sinn, Bedeutung, Verstehen*, Paderborn 2002, S. 161 ff.).

Rahmen der Hermeneutik liegt eine gewisse Scheidelinie in der Gadamer/Derrida-Diskussion⁸⁹ bei der Frage nach der Wiederholung eines Zeichens. Die herkömmliche Hermeneutik sieht den Wechsel im Zeichenkörper und das stabile unveränderliche Moment im Sinn. Neuere Ansätze dagegen sehen das stabile Moment im materiellen Zeichenkörper und das bewegliche, sich veränderliche Element im Sinn.⁹⁰ Auch die juristische Rezeption⁹¹ kann entlang dieser Scheidelinie verortet werden. Während die Hermeneutik in der Rezeption Friedrich Müllers, Josef Essers und Arthur Kaufmanns den Akzent auf den Zeichenkörper legt und die Bewegung des Sinns methodisch zu fassen versucht, legt die Lesart von Karl Larenz und Claus-Wilhelm Canaris den Schwerpunkt auf den stabilen Sinn. Danach ist Rechtsanwendung als Erkenntnis des Gegenstands Recht gefasst.⁹² Diese Lesart hat sich über das Lehrbuch von Larenz bei den Gerichten durchgesetzt. Auf diese spezifisch juristische Lesart der Hermeneutik muss sich eine Analyse beziehen, denn diese kann als die hegemoniale Selbstbeschreibung des Rechtssystems begriffen werden.

Anknüpfend an die hermeneutische Frage nach der im Sprechen des Juristen zur Sprache gebrachten „Sache Recht“⁹³ soll hier eine stabile Bedeutung dadurch gewährleistet werden, dass man den bloßen Wortlaut des Gesetzes in Richtung auf den objektiven Sinn⁹⁴ überschreitet, welcher seinerseits ein festes Zentrum in der Idee der Gerechtigkeit finden soll.

Mit diesem Ansatz wird die hermeneutische Idee eines notwendigen Vorgriffs auf die Sinntotalität mit Theoremen rechtsphilosophischen Inhalts aufgefüllt und so zur objektiven Grundlage des richterlichen Sprechens gemacht⁹⁵. Der vor allem

⁸⁹Vgl. dazu *Hans-Georg Gadamer*, Text und Interpretation, in: *Philippe Forget* (Hrsg.), Text und Interpretation, München 1984, S. 24 ff.; *Jacques Derrida*, Guter Wille zur Macht (I). Drei Fragen an Hans-Georg Gadamer, in: ebd., S. 56 ff.; *Hans-Georg Gadamer*, Und dennoch: Macht des guten Willens, in: ebd., S. 59 ff.; *Jacques Derrida*, Guter Wille zur Macht (II). Die Unterschriften interpretieren (Nietzsche/Heidegger), in: ebd., S. 62 ff. sowie der Band *Jacques Derrida/Hans-Georg Gadamer*, Der ununterbrochene Dialog, Frankfurt am Main 2004.

⁹⁰Vgl. dazu *Albrecht Wellmer*, Sprachphilosophie, Frankfurt am Main 2004, S. 447 ff. zum Problem der Iterabilität. Vgl. allgemein zum Verhältnis von Dekonstruktion und Hermeneutik: *Emil Angehrn*, Dekonstruktion und Hermeneutik, in: *Andrea Kern/Christoph Menke* (Hrsg.), Philosophie der Dekonstruktion, Frankfurt am Main 2002, S. 177 ff.; *Albrecht Wellmer*, Hermeneutische Reflexion und ihre „dekonstruktive Radikalisierung“. Kommentar zu Emil Angehrn, in: ebd., S. 200 ff. Zur Interpretation bei Derrida: *Anja Köpper*, Dekonstruktive Textbewegungen, Wien 1999, S. 32 ff. m. w. N.

⁹¹Vgl. dazu *Ulrich Schroth*, Hermeneutik, Norminterpretation und richterliche Normanwendung, in: *Arthur Kaufmann/Winfried Hassemer/Ulfrid Neumann* (Hrsg.), Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 7. Aufl., Heidelberg 2004, S. 270 ff., 273 ff.

⁹²Vgl. zur Kritik dieses Erkenntnismodells grundlegend *Alexander Somek*, Der Gegenstand der Rechtserkenntnis, Baden-Baden 1996.

⁹³Vgl. zur Entfaltung der Tradition der Wertungsjurisprudenz: *Karl Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Aufl. 1983, Kap. I, insbes. S. 11 ff., 117 ff.; kritisch zu verschiedenen Aspekten dieser historischen Betrachtung: *Monika Frommel*, Die Rezeption der Hermeneutik bei Karl Larenz und Josef Esser, Ebelsbach 1981, insbes. S. 149 ff.

⁹⁴Vgl. dazu *Karl Larenz*, ebd., S. 305.

⁹⁵Vgl. *Ralph Christensen*, Der Richter als Mund des sprechenden Textes, in: *Friedrich Müller*, Untersuchungen zur Rechtslinguistik, Berlin 1989, S. 45 ff.

von Larenz zu einer reichen und beeindruckenden Systematik entfaltete Ansatz beansprucht auf diese Weise die anerkannte schöpferische Komponente in ein Rechtsanwendungsmodell einbinden zu können.

Der Ausgangspunkt dieser Position ist die Frage nach der Erkenntnis der einen und richtigen Bedeutung des Normtextes⁹⁶. Sie soll beantwortet werden durch den Aufweis einer für Rechtstexte spezifischen Systematik⁹⁷, welche als innerer Zusammenhang und sinnvoll geordnetes Ganzes die Varianz der Einzelbedeutungen zu stabilisieren vermag. Dabei fassen die verschiedenen Stufen der Entfaltung die Bewegung der herkömmlichen Lehre vom Rechtsbegriff über juristische Methodik und Gerechtigkeit zu Stufen der Rechtserkenntnis in einem Gesamtsystem zusammen.

Als erster Anknüpfungspunkt kommt das „äußere System“⁹⁸ des Rechts in den Blick, welches von den gesetzlichen Ordnungsbegriffen gebildet wird. Es ist allerdings für die Lösung der geschilderten Aufgabe nicht ausreichend. Denn „von diesem System (erwartet) heute niemand mehr einen Gewinn für die Lösung offener Rechtsprobleme“⁹⁹. Die abstrakten Ordnungsbegriffe vermögen aus der Sicht von Larenz kein vollständiges System des Rechts als innerlich zusammenhängender Ordnung zu bilden. Ebenso wenig sieht er die Möglichkeit, auf einen gesetzgeberischen Gesamtplan zurückzugehen: „Denn von einem Plan, einer bestimmten Regelungsabsicht, lässt sich nur bei einem Gesetz sprechen, nicht im Hinblick auf die Rechtsordnung im Ganzen. Diese ist viel zu verzweigt und zu sehr in ständiger Entwicklung begriffen, als dass sie in allen ihren Teilen einem einheitlichen Gesamtplan eingeordnet werden könnte“¹⁰⁰. An der Zeitoffenheit und Problemheterogenität scheitert auch eine Axiomatisierung der rechtlichen Grundbegriffe¹⁰¹, so dass die Möglichkeiten des äußeren begrifflichen Systems als Fixpunkt der Stabilisierung der Bedeutungsvarianzen damit erschöpft sind.

Doch in diesen Schwierigkeiten sieht Larenz „keinen Grund, den Systemgedanken selbst preiszugeben“¹⁰². So taste sich zwar die Rechtsprechung scheinbar nur von Einzelregelung zu Einzelregelung voran, gelange aber bei genauerer Betrachtung doch zu einem System sinnvoll miteinander verbundener Rechtsprinzipien. Dies erklärt sich für Larenz daraus, dass die Rechtsordnung als Erzeugnis menschlichen Handelns kein amorphes Chaos bilde, sondern teleologische Bezüge enthalte, welche in ihrer Anwendung durch die Rechtsprechung zur Entfaltung kämen¹⁰³. Das Recht ist danach zwar als positives Gesetz Ergebnis der historischen En-

⁹⁶ Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Aufl. 1983, S. 195.

⁹⁷ Vgl. zum Wissenschaftscharakter der Jurisprudenz *ebd.*, insbes. S. 187 ff., 229 ff.; zum Bedeutungszusammenhang des Gesetzes, welcher bei Rechtstexten weiter trage als bei sonstigen Texten: *Ebd.*, S. 310.

⁹⁸ Vgl. *ebd.*, S. 311 und öfter.

⁹⁹ *Ebd.*, S. 160.

¹⁰⁰ *Ebd.*, S. 361.

¹⁰¹ *Ebd.*, S. 160 f.; vgl. allgemein zu verschiedenen Begriffen des Systems, welche noch nicht zum Gedanken der „wesensmäßigen Einheit“ der Rechtsordnung gelangt sind: Claus-Wilhelm Canaris, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 1969, insbes. S. 19 ff.

¹⁰² Karl Larenz, *Ebd.*, S. 161.

¹⁰³ *Ebd.*

twicklung, aber als menschliches Erzeugnis eben auch vernünftige Ordnung. Insoweit hat die Rechtsanwendung die Aufgabe, „die einzelne Gesetzesnorm aus ihrer empirischen Vereinzelung zu befreien, sie durch Rückführung auf ein höheres Prinzip oder einen allgemeinen Begriff gleichsam zu entstofflichen und das „Positive“ so zu vergeistigen“¹⁰⁴.

Auf der Ebene des inneren Systems scheint sich jetzt die Möglichkeit zu bieten, den Konflikt gesellschaftlicher Teilrationalitäten im Wege der Erkenntnis zu lösen. Die dafür beanspruchte Größe heißt entweder Wert oder Prinzip. Mit Hilfe einer Abwägung soll der Werte bzw. Prinzipien im Wege der Rechtserkenntnis lösbar sein.

Wie funktioniert eine Abwägung?¹⁰⁵

In einem ersten Schritt vergleicht man die abstrakte Wertigkeit der beiden beeinträchtigten Rechtsgüter. Hier können sich Unterschiede ergeben, etwa zwischen Rechtsgütern von Verfassungsrang und einfachgesetzlichen Rechtsgütern. Schwieriger ist es auf der Ebene der Verfassung selbst Rangunterschiede zu begründen. Zu überlegen wäre dies zwischen Grundrechten mit Gesetzesvorbehalt und Grundrechten ohne Schranken, oder zwischen zwei Grundrechten mit Gesetzesvorbehalt, wenn das eine leichter einzuschränken ist als das andere (so ist etwa Art. 12 I GG leichter einzuschränken als Art. 5 I GG).

In einem zweiten Schritt vergleicht man die konkrete Eingriffsintensität. Bei welchem Rechtsgut ist der Eingriff schwerwiegender. Ein Eingriff in den Kernbereich wiegt schwerer. Wie ist aber Peripherie und Kernbereich zu unterscheiden? Hier gibt es eine Nachwirkung der phänomenologischen Rechtstheorie. Denn häufig wird der Randbereich und der Kernbereich einer Freiheitsgarantie nach der Methode des Abziehens des Unwesentlichen bestimmt. Ein Eingriff in den Kernbereich liegt vor, wenn die fragliche Handlungsmodalität nicht ersetzbar ist, ohne dass die Freiheitsgarantie entfällt (so muss einem Musiker die Möglichkeit gegeben werden, zu üben). Wenn es aber um eine ersetzbare (funktional gleichwertige) Handlungsmodalität geht, kann nur in die Peripherie eingegriffen worden sein (Bsp.: Der Musiker muss nicht notwendig in der Nacht üben, am Tag zu üben ist hier funktional gleichwertig.).

Das entscheidende Problem der Abwägung liegt darin, dass sie keine Schlussfigur ist, sondern eine Metapher. Das Bild der Waage suggeriert eine Rationalität, die gar nicht vorhanden ist. Wenn eine Argumentation als Abwägung versteht, verwendet man eine quantitative Metaphorik. Aber in rechtlichen Argumenten geht es nun einmal meistens um Qualitäten. Sollen Argumente verglichen oder gar abgewogen werden, bräuchte man eine gemeinsame Qualität als Grund-

¹⁰⁴Ebd., S. 31 und ff. das zustimmende Referat der objektiven Auslegungslehre.

¹⁰⁵Eine didaktisch sehr gute Darstellung dieser Problematik findet sich bei *Dieter Schmalz*, Methodenlehre für das juristische Studium, 2. Aufl., 1990, S. 128-130. Kritisch zur Verwendung dieser Argumentationsfigur im Rahmen einer "Kadijustiz": *Friedrich Müller*, Juristische Methodik, 5. Aufl., 1993, S. 59 f., 115, 208, 222.; *Ralph Christensen*, Was heißt Gesetzesbindung, 1989, S. 208, 209 f.; vgl. dazu jetzt grundlegend *Karl-Heinz Ladeur*, Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik, Tübingen 2004.

lage. Aber auch wenn man diese fände, wäre noch keine rationale Grundlage erreicht. Denn für eine Berechnung wäre ein subjektinvariantes, metrisches Prädikat der Form ‚Argument x wiegt n‘ herzustellen. Dies scheitert aber an der Unterschiedlichkeit der Präferenzen zwischen den Subjekten und der Nichttransitivität der Präferenzrelationen innerhalb desselben Subjekts, vor allem aber der Gewichtsverschiedenheit der gleichen Argumente in verschiedenen argumentativen Contexten. Abwägung kann ohne einen solchen Maßstab kein eigenes Verfahren sein. Dies genau ist der Ort für den Auftritt der Rechtsidee bei Larenz und im Übrigen auch Alexy. Sie soll den Konflikt der Werte bzw. Prinzipien mit einem klaren Maßstab entscheiden.

Im inneren System reproduzieren sich also die Schwierigkeiten, welche schon auf der Ebene des äußeren Systems festgestellt wurden¹⁰⁶. Larenz steht vor der Frage, wie die Prinzipien so gegeneinander profiliert werden können, dass entscheidbar ist, welche in einem konkreten Fall anwendbar sind. In seiner Konzeption des inneren Rechtssystems drückt sich dies als Spannung zwischen den konstanten allgemeinen Wertgesichtspunkten und den wandlungsfähigen Wertentscheidungen zur Konkretisierung der Prinzipien aus¹⁰⁷. Man kann einen Fall nämlich erst dann mit Hilfe von allgemeinen Rechtsprinzipien lösen, wenn man neben der Auswahl der Prinzipien auch die Frage der Gewichtung im Einzelfall begründet. Insoweit genügt allein die Berufung auf allgemeine Rechtsprinzipien nicht, sondern es bedarf einer Instanz, welche sie so gegeneinander abgrenzbar macht, dass Wertungsdivergenzen im konkreten Einzelfall überwunden werden können. Auch Larenz sieht, dass mit der Herausarbeitung der Wertbezogenheit juristischer Erkenntnisse und dem Verweis auf Rechtsprinzipien allein noch kein sicheres Fundament für die Rechtserkenntnis erreicht ist. Deswegen hebt er an der die Jurisprudenz kennzeichnenden Textarbeit eine weitere, über die Wertbezogenheit hinausgehende Komponente hervor: „In einer Sprache wird immer *über* etwas gesprochen; Verständigung durch das Medium der Sprache ist Verständigung über eine Sache, die „zur Sprache gebracht“ wird. Die Sache, von der in der normativen Sprache der Jurisprudenz gesprochen wird, ist „die Sache Recht“. (...) Das schließt ein den Sinnbezug auf den Rechtsgedanken selbst (...)“¹⁰⁸. Hinter der Flüchtigkeit textueller Bedeutungen scheint jetzt ein stabiler Referent auf: die Sache Recht, welche für die Jurisprudenz als verstehende Wissenschaft zugänglich wird, wenn sie die Vielfalt der Rechtsprinzipien auf den zentralen Fluchtpunkt der Gerechtigkeit hin ordnet.

Erst dieser Zentralpunkt verwandelt die Rechtsprinzipien in ein der Gerechtigkeit untergeordnetes System¹⁰⁹. Dabei gilt auch für die Rechtsidee, dass sie zwar auf Auslegung in der Zeit angewiesen ist, aber als potentiell schon fertig vorgegebene

¹⁰⁶Vgl. zur grundsätzlichen Kritik holistisch ansetzender juristischer Systemvorstellungen: Friedrich Müller, Die Einheit der Verfassung, 1979; ders., Einheit der Rechtsordnung, in: Norbert Achterberg (Hrsg.), Ergänzbares Lexikon des Rechts, Abteilung Rechtsphilosophie, 1985.

¹⁰⁷Vgl. Monika Frommel, Die Rezeption der Hermeneutik bei Karl Larenz und Josef Esser, 1981, S. 143 f.

¹⁰⁸Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Aufl. 1983, S. 194.

¹⁰⁹Karl Larenz, Richtiges Recht, 1979, S. 33 ff.

Struktur eine zeitlos ideelle Geltung hat¹¹⁰.

Den Text verstehen heißt danach, ihn als Text auszulöschen, heißt im wörtlichen Sinn, ihn zum Sprechen zu bringen. Der Rechtsanwender muss das Gesetzbuch durch seine Auslegungstätigkeit lebendig machen und in der Bewegung seines Verstehens die Prinzipien hervorbringen, welche das Recht als sinnvolle Ordnung des menschlichen Zusammenlebens konstituieren. Diese Lektürepraxis, die den „Geist“ vom Buchstaben ablöst und den Text auf seinen dahinterliegenden Sinn interpretiert, erhebt aber das Lesen nicht zur „freien Operation“ im Sinne der Romantik¹¹¹, sondern soll zu objektiven, dem Rechtsdenken vorgegebenen Prinzipien führen. Zwar betont Larenz immer wieder den schöpferischen Charakter der Rechtserkenntnis und die Offenheit des Systems der Rechtsprinzipien.¹¹² Aber der „schöpferische“ Charakter erklärt sich für ihn lediglich daraus, dass das Recht als „objektivierter Geist“ nicht unabhängig vom Verstehensprozess existiert¹¹³. Rechtsanwendung hat demnach gerade keine gegenstandskonstitutive Komponente, sondern reduziert sich auf den historischen Vollzug „potentiell“ schon festgelegter Strukturen. Die „Neuschöpfung“ liegt nur im reinen Akt des Aussprechens der Aktualisierung; inhaltlich ist das Aussprechen festgelegt durch den vorgegebenen Rechtsgedanken, welchen es nur entfaltet. Insoweit bleibt, wie Bloch gegen Hegel bemerkt, jeder scheinbar neue Schritt der Rechtsentwicklung determiniert durch einen „Prozesswalzer a priori“¹¹⁴ und ist der Abschluss des Systems nur zeitlich aufgeschoben bis zur vollen Entfaltung des Rechtsbewusstseins. Es ist deshalb konsequent, wenn Larenz feststellt, dass die Rechtsprinzipien von der Rechtsprechung nicht *erfunden*, sondern *gefunden* werden. In einem „Kreislauf zwischen Problementdeckung, Prinzipienbildung und Systemverfestigung“¹¹⁵ entfaltet sie nur die Prinzipien, welche im „Geist“ des Gesetzestextes schon immer enthalten waren. Die Sinneinheit der Rechtsordnung als perspektivische Zusammenführung isolierter Texte unter dem Gedanken der Gerechtigkeit erweist sich damit gleichzeitig als Bedingung und Ziel jeder Rechtserkenntnis: Das richtige Verstehen einzelner juristischer Texte bedarf eines Vorgriffs auf den Sinnzusammenhang der Rechtsordnung, und dieser garantiert in einer Bewegung, welche Larenz als hermeneutische Spirale¹¹⁶ beschreibt, die

¹¹⁰Ebd., S. 174 ff.; *Karl Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Aufl. 1983, S. 467 ff.

¹¹¹Vgl. dazu *Novalis*, Schriften, hrsg. von Kluckhohn/Samuel, 1981, Bd. 2, S. 609.

¹¹²Vgl. etwa *Karl Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Aufl. 1983, S. 467 ff. und öfter sowie *ders.*, Richtiges Recht, 1979, S. 183 ff.

¹¹³*Karl Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Aufl. 1983, S. 387 f.; vgl. auch *ders.*, Richtiges Recht, 1979, S. 174 ff.

¹¹⁴*Ernst Bloch*, Subjekt – Objekt. Erläuterungen zu Hegel, GA Bd. 8, S. 135; vgl. zu einem Begriff des offenen Systems, der nicht schon das Omega ins Alpha einschachtelt: Ebd., S. 473 ff.

¹¹⁵*Karl Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Aufl. 1983, S. 161. Larenz nimmt hier die Position von Esser auf. Vgl. zu den Unterschieden in der Einschätzung von Dogmatik und der Leistung der Rechtsprechung zwischen Esser und Larenz: *Monika Frommel*, Die Rezeption der Hermeneutik bei Karl Larenz und Josef Esser, 1981, insbes. S. 119 ff., 125 ff.

¹¹⁶*Karl Larenz*, ebd., S. 198 Text und Fußnote 54; vgl. zur Hermeneutik-Auffassung von Larenz, der sowohl Elemente der klassischen Hermeneutik Bettis aufnimmt als auch Gadamer rezipiert: *Monika Frommel*, ebd., S. 89. Näher zum Begriff Vorverständnis S. 86 ff., Applikation

Stabilität der Einzelbedeutungen.

Zu diesem Zweck wird die hermeneutische Spirale allerdings mit inhaltlichen rechtsphilosophischen Theoremen aufgeladen. Der Begriff einer objektiv vorgegebenen Gerechtigkeit lässt sich nicht mit der hermeneutischen Kategorie der Totalität allein begründen, weil sich die Unterscheidung gerecht/ungerecht schon innerhalb der Sphäre des rechtlichen Sinns bewegt¹¹⁷. Tatsächlich ist die zur Gerechtigkeit führende Bewegung nicht von der Hermeneutik her bestimmt, sondern vom Festhalten an der positivistischen Frage nach der einen und richtigen Bedeutung. Nur unter Voraussetzung der Gerechtigkeit als außertextuellem Organisationszentrum der semantischen Oppositionen kann Larenz die juristische Tätigkeit bestimmen als „Ausbreitung und Darlegung des in dem Text beschlossenen, aber noch gleichsam verhüllten Sinnes. Durch die Auslegung wird dieser Sinn „zur Sprache gebracht“, d. h. er wird mit anderen Worten deutlicher und genauer ausgesagt und mitteilbar gemacht. Dabei ist für den Vorgang der Auslegung bezeichnend, dass der Ausleger nur den Text selbst zum Sprechen bringen will, ohne etwas hinzuzufügen oder wegzulassen“¹¹⁸. Nur in der Fragestellung liegt hier ein subjektiver Anteil: „Der Text (...) antwortet nur dem, der ihn richtig befragt“¹¹⁹. Eigentliche Führungsgröße der Entscheidung bleibt der sprechende Text. In der den Wortlaut der Norm mit seinem authentischen Sinn erfüllenden Auslegung wird die vorgegebene Wahrheit des Textes sich selbst gegenwärtig. Der Mund des Richters ist nur Organ für die sich in seinem Sprechen vollziehende Selbstaffektion der Wahrheit. Beim Prozess der Auslegung erweitert sich gleichsam „hinter dem Rücken“¹²⁰ des Handelnden das Gesetz über den Sinnzusammenhang und die Gerechtigkeitsidee zum Recht, das sich selber spricht.

Die den Text vergeistigende Auslegung öffnet damit den isolierten Normtext hin zu der Idee eines der Rechtskultur teleologisch aufgegebenen idealen Gesetzbuches. Als geschlossene Kodifikation, welche die verschiedenen Normen mittels einer Systematik zur Einheit des Korpus zusammenzwingt, war das Gesetzbuch dem Positivismus sicherer Garant einer die widerspruchsvollen Strebungen vereinheitlichenden Totalität des gesellschaftlichen Handelns¹²¹. Der Einbruch der Zeit in die sich ruhende Kodifikation hat diese Funktion bedroht. Für Larenz bleibt uns aber die Idee des Gesetzbuches teleologisch aufgegeben als Idee einer unendlichen Totalität von Rechtstexten, welche zur Totalität dadurch werden, dass die schon vor ihnen konstituierte Totalität des inneren Rechtssystems jede Einschreibung überwacht und als ideale Größe der Rechtsidee von der konkreten Einschreibung unabhängig ist¹²².

S. 101 ff.

¹¹⁷Vgl. dazu *Ulfrid Neumann*, Zum Verhältnis von philosophischer und juristischer Hermeneutik, in: Hassemer (Hrsg.), Dimensionen der Hermeneutik, 1984, S. 49 ff., 54 f.

¹¹⁸*Karl Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 299.

¹¹⁹Ebd.

¹²⁰Ebd., S. 300. Vgl. auch S. 203 ff.

¹²¹Vgl. zur positivistischen Herkunft holistischer Einheitsvorstellungen in der Jurisprudenz: *Friedrich Müller*, Die Einheit der Verfassung. 1979, S. 92 und öfter.

¹²²Vgl. zum Gedanken des Buches und seiner logozentrischen Implikationen: *Jacques Derrida*, Grammatologie, 1983, S. 35 und öfter.

Tatsächlich kann aber die von Larenz als Gerechtigkeit postulierte ideale Größe die Totalität des Textes auch perspektivisch nicht garantieren. Das Ganze der Rechtsordnung ist nicht technisch handhabbar. Diese grundlegende Schwierigkeit wird auch in den theoretischen Reflexionen von Larenz nicht überwunden. Er will die Verfügbarkeit der Rechtsordnung als Sinn Ganzes dadurch erreichen, dass er das Ganze auf ein Zentrum hin reduziert: die Gerechtigkeit bzw. Rechtsidee. Dieses Zentrum garantiert die Kohärenz des Systems und erlaubt die Auslegung und Anwendung seiner Elemente nur im Innern einer Formtotalität als gerechte Lösung des Streitfalls¹²³. Damit gelangen wir zum strukturellen Grundproblem der Argumentation: Das Zentrum einer Struktur ist der Punkt, an dem eine Ersetzung oder ein Austausch der Elemente untersagt ist, weil von diesem Punkt aus die gesamten Austauschbeziehungen des Systems reguliert werden sollen. Das Zentrum muss sich also, wenn es das System beherrschen will, dem Spiel seiner Elemente entziehen. Einerseits muss das Zentrum also außerhalb der Totalität des juristischen Diskurses liegen, andererseits muss es aber für den Richter als Anforderung und Maßstab verfügbar sein. Beide Anforderungen lassen sich nicht gleichzeitig erfüllen. Jedes Aussprechen und Bestimmen der Gerechtigkeit substituiert die reine Bedeutung durch eine Kette von Zeichen, so dass das Zentrum nacheinander verschiedene Namen und Formen erhält. Der vorgebliche Mittelpunkt wird damit genau dem Spiel der Ersetzung unterworfen, das er doch als reiner und mit sich selbst identischer Punkt kontrollieren sollte¹²⁴.

Der Versuch von Larenz, die Rechtsanwendung mittels einer durch rechtsinhaltliche Wertvorstellungen aufgeladenen Kategorie der Totalität zu kontrollieren, scheitert daher an den strukturellen Prämissen der eigenen Verstehens- bzw. Sprachtheorie. Der Rechtsarbeiter ist bei der Textinterpretation unlösbar ins Sprachgeschehen verstrickt, so dass jede Auslegung in letzter Instanz hypothetisch bleibt. Die Theorie von Larenz kann ihr sinnstiftendes Zentrum nicht garantieren und damit auch nicht den objektiven Sinn als Inhalt der Gesetzesbindung.

Die hegemoniale Selbstbeschreibung will den Richter als Mund des sprechenden Textes begreifen. Der Logik dieser Metapher zufolge sollte er einen Streit dadurch beenden, dass er die in der objektiven Bedeutung des Textes vorgegebene Entscheidung des Falles bekannt gibt¹²⁵. Die Rollen sind hier klar verteilt: Einmal der Richter als unselbständiges Vollzugsorgan, zum anderen der durch seinen Mund sprechende Text als eigentliche Führungsgröße der Entscheidung¹²⁶. Wenn

¹²³Vgl. 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, 1976, S. 422 ff., 422 f.

¹²⁴Vgl. zum Ganzen auch ausführlich: *Ralph Christensen*, Der Richter als Mund des sprechenden Textes, in: *Friedrich Müller* (Hrsg.), Untersuchungen zur Rechtslinguistik, 1989, S. 47 ff.

¹²⁵Kurze Darstellung dieser bis in die Aufklärung zurückreichenden Konzeption bei *Bockelmann*, Richter und Gesetz, in: Festgabe für Smend, 1952, S. 23 ff. Die Modifikationen dieses Grundmodells im Laufe der historischen Entwicklung stellt dar: *Bachof*, Grundgesetz und Richtermacht, 1959, S. 25 ff.; *Hanack*, Der Ausgleich divergierender Entscheidungen, 1962, S. 52 ff. *Dieter Simon*, Die Unabhängigkeit des Richters, Darmstadt 1975, S. 21 ff. mit ausführlicher historischer Darstellung.

¹²⁶Vgl. zur eigenen Rede des Richters, die zur Rede eines anderen werden soll: *Jan Broekmann*,

das Entscheiden kein praktisches Handeln ist, sondern nur der Schlusspunkt eines kognitiven Prozesses, dann müssen alle tragenden Determinanten auf Seiten des Textes liegen. Der Text beherrscht den Bereich seiner Deutung und Anwendung dadurch, dass er dem Rechtsanwender, die einzige richtige Entscheidung des Falles als kognitiv zu erschließende Struktur vorgibt. Die schlechte Unendlichkeit der Interpretation wird damit auf ein Gravitationszentrum hingeordnet, dessen Platz von der Gerechtigkeitsidee besetzt wurde. Das Gravitationszentrum sollte gegen die Vielfalt seiner Auslegungen die semantische Identität des Textes garantieren und das Gesetz so zu einem Ort stabiler Sprache machen.

Das Modell einer auf kognitive Strukturen reduzierten Rechtsfindung hat aber auf der Ebene des Textes zu anspruchsvollen Prämissen. Insbesondere die Annahme, dass der Text eine einzige Deutung als die richtige auszeichne oder jedenfalls bei Rückgang auf sein Sinnzentrum eine solche richtige Deutung kognitiv erschlossen werden könne, erscheint aus der Sicht der heutigen Texttheorie problematisch¹²⁷. Für deren neuere Ansätze ist gerade die Frage nach den Grenzen der Deutbarkeit eines Textes zum zentralen Problem geworden. Der klassische Textstrukturalismus nahm noch an, dass die Paraphrasen eines Textes genauso von dessen Grammatik determiniert werden, wie die Sprachäußerungen von der idealen Sprachkompetenz. Mit diesem Gedanken einer systematischen Beherrschbarkeit der Sinneffekte durch eine der Erkenntnis vorgegebene Textgrammatik brechen die neueren Ansätze. Sie setzen an seine Stelle die Vorstellung eines Textes ohne vorgegebenes Sinnzentrum, der seine Deutung nicht mehr a priori begrenzen kann¹²⁸.

Während also die Rechtsanwendungslehre eine objektive Sinneinheit des Textes bzw. des juristischen Diskurses voraussetzt, macht die gegenläufige Fragestellung in der neueren Texttheorie hinter der vorgeblichen Sinneinheit einen Semantisierungsvorgang¹²⁹ und hinter der scheinbaren Homogenität des juristischen Diskurses einen praktischen Sprachkampf um die Satzverknüpfungen¹³⁰ sichtbar. Diese Gegenläufigkeit von juristischen Erwartungen und sprachlichen Bedingungen macht es unmöglich, die praktische Rechtsarbeit noch länger in die Figur des Richters als Mund des sprechenden Textes einzuschreiben¹³¹. Weder im

Juristischer Diskurs und Rechtstheorie, in: *Rechtstheorie* 1980, S. 17 ff., 22 ff., 24.

¹²⁷Vgl. dazu *Jan Broekman*, Text als Institution, in: *Rechtstheorie*, Beiheft 6, 1984, S. 145 ff. Allgemein zur Entwicklung der Texttheorie: *Brütting*, „Ecriture“ und „texte“. Die französische Literaturtheorie „nach dem Strukturalismus“, 1976, insbes. S. 21 ff., 45 ff.

¹²⁸Vgl. zur Auseinandersetzung mit der Texttheorie des klassischen Strukturalismus: *Jacques Derrida*, Kraft und Bedeutung, in: *ders.*, Die Schrift und die Differenz, 1976, S. 9 ff.; *ders.*, Die Struktur, das Zeichen und das Spiel im Diskurs der Wissenschaften vom Menschen, in: ebd., S. 422 ff.; *ders.*, Semiologie und Grammatologie. Gespräch mit Julia Kristeva, in: *ders.*, Positionen, 1986, S. 52 ff. Eine ausführliche Darstellung der Kritik Derridas am klassischen Strukturalismus findet sich bei *Manfred Frank*, Was ist Neostrukturalismus, 1983, S. 76 ff., 88 ff. Vgl. auch *Brütting*, „Ecriture“ und „texte“. Die französische Literaturtheorie „nach dem Strukturalismus“, 1976, S. 95 ff.

¹²⁹*Jan Broekmann*, Text als Institution, in: *Rechtstheorie*, Beiheft 6, 1984, S. 145 ff., 151 ff.

¹³⁰Vgl. dazu *Jean-Francois Lyotard*, Der Widerstreit, München 1987, S. 238 ff. zur Verpflichtung und dem normativen Satz.

¹³¹Vgl. zur Darstellung der klassischen Auffassung vom Richter als „bouche de la loi“: *Belaid*,

Gesetzestext noch im juristischen Diskurs gibt es ein Zentrum reiner Bedeutung, das vom Richter lediglich entdeckt, nachvollzogen und ausgesprochen werden müsste.

Trotz der theoretischen Geschlossenheit der hegemonialen Selbstbeschreibung der Jurisprudenz sind die von ihr postulierten Bindungen praktisch nicht einlösbar. Weil das Zentrum des vorgeblich stabilen Systems unbestimmt bleibt, ist seine inhaltliche Auffüllung als Fallgerechtigkeit oder letzte Richtigkeitsvorstellung der Willkür des jeweiligen Anwenders überlassen. Was als Bindung an eine vorgegebene Ordnung der Gerechtigkeit auftreten möchte, ist in Wahrheit die selbstverantwortliche Setzung von Normtexten durch den Rechtsanwender, verbunden mit einem Überspielen der demokratisch legitimierten Normtexte.

Das Verständnis der Gesetzesbindung im Rahmen der Rechtsanwendungslehre kann damit die verfassungsrechtlich vorgegebene Aufgabe einer Bindung richterlichen Handelns nicht einlösen. Durch den unmittelbaren Zugriff auf holistische Gerechtigkeitskonzeptionen wird praktische Rechtsarbeit nicht nur gewaltenteilenden Mechanismen entzogen, sondern durch die fehlende Zurechnung an die amtlichen Normtexte werden auch demokratische und rechtsstaatliche Prinzipien verletzt¹³². Indem behauptet wird, die Verknüpfung von Fallzählung und konkretem Urteil sei in der Ordnung der Gerechtigkeit schon vorgegeben, vollzieht sich hinter der rhetorischen Fassade die wirkliche Entscheidung entlang der „natürlichen Machtgefälle“. Aus der von der Verfassung gewollten Bindung des Richters wird eine Ermächtigung zur freien Deziision.

Wenn die bisher herrschende Selbstbeschreibung Recht hätte, müsste die Begründung der Drittwirkung in einem Hinweis auf eine vorgegebene Wertordnung des Grundgesetzes liegen. Tatsächlich wird diese Wertordnung aber im Verfahren nicht diskutiert. Sie bildet höchstens die Beschlussformel einer vorherliegenden Argumentationsdynamik. Gestritten wird über den möglichen Ausgleich bei Kollision zwischen unterschiedlichen sozialen Logiken. Wir bewegen uns dogmatisch auf dem Gebiet der Verhältnismäßigkeit, und inhaltlich geht es um die Geltung der von beiden Seiten vorgebrachten Argumente. Die Wertordnung als Entscheidungsgröße würde entsprechend ihrer Herkunft eine phänomenologische Wesensschau voraussetzen. Die methodische Frage wäre dann, wie viel von der Entfaltungsdynamik eines sozialen Teilsystems kann ich wegdenken, ohne dass das soziale Ganze in seiner Funktion zerstört wird.¹³³ Das Auftreten

Essay sur le pouvoir créateur et normatif du juge, 1974, S. 13 ff.

¹³²Vgl. dazu *Friedrich Müller*, 'Richterrecht', 1986, S. 88 ff., 120 ff.

¹³³Das ist die klassische Operationalisierung der Wesensschau in der phänomenologischen Tradition. Es geht um eine Bedeutungsforschung, welche reale Tatsachen ausklammert, um so zu den Essenzen zu gelangen (Epoche). Vgl. dazu *Michael Landmann*, Erkenntnis und Erlebnis, Phänomenologische Studien, 1950; *Adolf Reinach*, Was ist Philosophie? 1951. Zur Auswirkung dieser Methode in der Jurisprudenz vgl. *Arthur Kaufmann*, Problemgeschichte der Rechtsphilosophie, in: *ders./Winfried Hassemer/Ulfrid Neumann* (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 7. Aufl., Heidelberg 2004, S. 26 ff., 84 f. m. N. Zur generellen Kritik dieser methodischen Figur vgl. *Wolfgang Fritz Haug*, Kritik des Absurdismus, Köln 1976, S. 100 ff. In der heutigen Phänomenologie ist man über diesen, in der Rechtswissenschaft rezipierten Stand hinaus. Vgl. dazu *Bernhard Waldenfels*, In

einer solchen Methode lässt sich in den Begründungen des Verfassungsgerichts gerade nicht nachweisen. Stattdessen werden Sachargumente vorgebracht, vom Gegner widerlegt und in seine Position integriert und in der Urteilsbegründung diese Argumente aufgenommen. Das Gericht veranstaltet keine gemeinsame Wesensschau, sondern es moderiert eine soziale Interaktion, bei der Argumente ausgetauscht werden.

cc) Neuere Diskurstheorie

b) Ökologische Konzepte

Ökologische Konzepte setzen auf die Selbstreflexion der kollidierenden Rationalitäten. In Bezug auf das Ganze werden dabei verschiedene Optionen vertreten.

aa) Der frühe Luhmann Der Ansatz geht zunächst von einem molekularen Holismus aus, wonach ein gesellschaftliches Teilsystem durch eine gegenüber den Programmen stabile Codierung gekennzeichnet ist. Problem ist hier die mangelnde Möglichkeit einer semantischen Isolierung. Außerdem würde der Widerstreit der kollidierenden Logiken immer als Rechtsstreit zu entscheiden sein. Damit würde die Aufgabe verfehlt, den Widerstreit zu artikulieren und vor allem zu kultivieren.

bb) Kollisionstheoretischer Institutionalismus Sprache der Medizin als dritte Sprache. Hier wird die Sprache der Medizin zur dritten Sprache zwischen den kollidierenden Logiken. Ob es eine solche dritte Sprache geben kann, ist höchst problematisch. Außerdem fehlt die Rückkopplung an die Praxis, da man den Patienten im Unterschied zur tatsächlichen Medizin nur schwer befragen kann. Auch kann im Rahmen einer Theorie von Recht-Fertigung oder Rechtserzeugung eine dritte Sprache nicht einfach als gegeben vorausgesetzt werden.

cc) Dekonstruktive Systemtheorie Wie geht Recht-Fertigung praktisch vor sich? Man kann natürlich auf den Gesetzgeber verweisen, der aber nur Normtexte produziert und keine Entscheidungen. Um vom Gesetzestext zu einer Entscheidung zu gelangen, bedarf es der Etablierung einer Lesart. Dies erfolgt im Verfahren, dem Streit der Beteiligten und der darauf bezogenen richterlichen Begründung. Das Gerichtsverfahren ist allerdings unter dem Aspekt der Rechtserzeugung noch kaum untersucht. Nach dem frühen Luhmann war das Verfahren lediglich ein pädagogischem Lernprozess für die Teilnehmer. Nach seiner dekonstruktiven Wende erkennt er aber an, dass das Recht nicht einfach den Streit der Bürger entscheidet, sondern durch diesen Streit auch verschoben wird.¹³⁴ Danach

den Netzen der Lebenswelt, Frankfurt am Main 1985, S. 15 ff. sowie speziell zum Problem Aufdecken oder Erfindung einer Ordnung: *ders.*, Ordnung im Zwielficht, Frankfurt am Main 1987, S. 137 ff., 167 ff.

¹³⁴Siehe dazu Niels Werber, Vor dem Vertrag, Probleme des Performanzbegriffs aus systemtheoretischer Sicht, in: Performanz. Zwischen Sprachphilosophie und Kulturwissenschaften, Uwe Wirth (Hrsg.), Frankfurt am Main 2002, 366 ff. sowie Fischer-Lescano/Christensen, Auctoritas

kann sich im Verfahren etwas Neues ereignen. Es ist keine Pädagogik des Rechts, sondern schafft Recht. Dieses Verständnis des Gerichtsverfahrens ist noch nicht ausgearbeitet.¹³⁵ Das heißt, das Recht zwingt dem Konflikt keine Lösung auf, sondern es zwingt die Beteiligten in die sprachliche Interaktion. Die Dynamik der Argumentation übt auf die Beteiligten den Druck aus, ihre Ansprüche neu zu rahmen. So macht das Verfahren durch den Bezug auf das Ganze als offenen Horizont auch das Problem der Inkommensurabilität der kollidierenden Logiken zu einem lösbaren.

2. Dogmatische Konsequenzen

Ladeur, GT-Text, Vesting etc., Amstutz

Konstruktiver Argumentationsabbau, hM als Folie

Keine Geltung als Anspruchsgrundlage, aber Mitwirkung bei Bestimmung der systematischen Reichweite einer zivilrechtl. Anspruchsgrundlage, unter welchen Voraussetzungen?

a) Grundrechtsgeltung nur im Wertentscheidungskern?

Objektiv-subjektiv

b) Grundrechtsgeltung nur im Rahmen der Generalklauseln?

Systematisch unterscheiden: Unentscheidbarkeiten everywhere (Methodik Band 1)

c) Schutzrichtung der Grundrechte

Einschränkung liegt bei GR, d.h. Bestimmung des Schutzzwecks: hier – Etatische Reduktio oder gegen Matrix?

V. Methodische Operationalisierung

Die Vermittlung der verfassungsimmanenten Schranken im Wege der praktischen Konkordanz setzt eine schon in der Verfassung vorhandene Ordnung der konfligierenden Interessen voraus. Wie kann man diese Ordnung finden?

1. Steuerungskraft der Sprache

Von Davidson über Brandom zum case-law-Modell

interpositio. Die Dekonstruktion des Dezisionismus durch die Systemtheorie, in: Der Staat 2, 2005, 213 ff.

¹³⁵Vgl. dazu Thomas-Michael Seibert, Gerichtsrede, Berlin 2005; Christensen/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.

Ein erster Ansatz zur Auffindung der objektiv vorgegebenen Gewichtung der Interessen ist zunächst der Wortlaut der Gesetze. Die Sprache des Gesetzes könnte die Entscheidung für den Konflikt der beiden gesellschaftlichen Teilsysteme vorgeben. Aber aufgrund der unterschiedlichen Codierungen sind die beiden Teilsysteme zunächst semantisch getrennt. Gemeinsame Evidenzen als Grundlage einer einvernehmlichen Entscheidung sind erst einmal nicht vorhanden. Aber man kann ja die Suche nach dieser epistemischen Evidenz in einen anderen Bereich verlagern. Die Trennung könnte durch den Eintritt ins Recht aufgehoben werden, weil jetzt eine Überformung durch die Programme und die Codierung des Rechts eintritt. Die Sprache des Rechts müsste dann in der Lage sein, die Entscheidungsprogramme so vorzugeben, dass die von der herkömmlichen Lehre gesuchte Rechtserkenntnis möglich wird.

Oft werden die Begriffe "Wortlaut" und "Wortsinn" synonym verwendet. In methodischen Lehrbüchern wird dagegen zwischen dem Wortlaut als Gegenstand der Auslegung und dem Wortsinn als ihrem Ziel differenziert. Die grammatische oder philologische Auslegung gilt dann als der Weg vom Zeichen zum Sinn. Der Aufschub zwischen Wortlaut und Wortsinn, der in der methodischen Literatur somit immerhin erwähnt wird, ist also nur von kurzer Dauer. Man kann demnach den toten Buchstaben jederzeit mit Geist beleben, so wie man in einem dunklen Raum den Lichtschalter anknipst. Aber ist der Weg vom Zeichen zur Bedeutung wirklich so kurz, wie es herkömmlich nahegelegt wird? Für die Fälle routinierter Alltagskommunikation ist das zu bejahen. Das Ereignis des Verstehens stellt sich spontan ein, ohne messbare Bemühung. Selbst vor Gericht verlaufen weite Strecken der Kommunikation als problemloser Übergang vom Zeichen zur Bedeutung. „Grammatische Auslegung“ ist dann nur ein anspruchsvolles Wort für die weitverbreitete Kompetenz des Lesens. Aber an allen problematischen, vor allem an den umstrittenen Punkten der Kommunikation gibt es zu einem Text oder Textstück mehrere Lesarten. Der einfache Hinweis auf die Textlektüre hilft dann nicht weiter. Der kurze Weg vom Zeichenkörper zur "Vorstellung" ist blockiert. Derselbe Wortlaut weist bei einem Streit sogleich ein Zuviel an Sinn auf. Was bedeutet diese vom Streit hervorgerufene Kluft zwischen Zeichen und Bedeutung für die grammatische Auslegung?

Natürlich ist die Schwierigkeit dieses Übergangs der Theorie nicht entgangen. Sie reagiert darauf aber nicht damit, das bisherige Paradigma der *im Text vorgegebenen* Rechtsnorm in Frage zu stellen. Es handele sich vielmehr nur um ein Erkenntnisproblem, das mit einer didaktischen Klarstellung zu beheben sei. Man könne mit Hilfe einer lexikalischen Definition die Bedeutung des Textes erschließen. Der Streit wäre also durch eine kurze Besinnung auf die "natürliche" Wortbedeutung zu beheben: Schwierigkeiten im Übergang gefährden demnach also nicht die im Text vorgegebene Objektivität des Rechts. Denn diese Objektivität werde von einer "natürlichen" Bedeutung, auf die man sich besinnen kann, garantiert.

Aber wie stabil ist denn dieser selbstgewisse Realismus einer vorgeblich natürlichen Bedeutung? Schon in der Alltagskommunikation kommt man mit der

Berufung auf die Wirklichkeit nicht weiter. Wenn die Aufforderung "Schau doch hin!" an den Kontrahenten im Streit ergeht, ist es unwahrscheinlich, dass dieser zur gleichen Wahrnehmung wie man selber gelangt. Das lässt sich auch nicht erzwingen. Denn niemand hat zur "Wirklichkeit" einen gegenüber allen anderen Menschen privilegierten Zugang. Mit der „natürlichen Bedeutung“ ergeht es uns genauso. Sprache ist ein Totalitätsbegriff, den niemand ganz beherrscht: "Das 'Verstehen einer Sprache' ist wohl in der Regel nur ein durchschnittliches oder sogar unterdurchschnittliches Kennen dieser Sprache, d. h. der Phonemik und Graphemik, der geläufigsten Vokabeln und grammatischen Strukturen usw. Eine 'natürliche Sprache' kennt ja total niemand. Weshalb jede natürliche Sprache immer wieder für noch eine Überraschung gut ist."¹³⁶ Wenn also zwei Personen nicht dieselbe Bedeutung für natürlich halten, hilft kein Befehl "Versteh doch!". Es gibt keinen Archimedischen Punkt, von dem aus die Gesamtheit der Sprache überblickt werden könnte, um einen Sprachkonflikt *objektiv* zu entscheiden. Die "natürliche Bedeutung" steht uns also nicht zur Verfügung. Wenn über die Plausibilität divergierender Bedeutungen entschieden werden muss, brauchen wir Argumente.

Argumentieren und Streiten liefern das Recht der Ungewissheit des laufenden Verfahrens aus. Das alte obrigkeitsstaatliche Modell des nur erkennenden Richters, der - unabhängig von den Umtrieben der Prozessparteien - in souveräner Einsamkeit den Rechtsgedanken erfasst, wird dadurch gefährdet. Man müsste jetzt nämlich das *semantische* Modell einer isolierten Gegenstandserkenntnis *pragmatisch* öffnen. An die Stelle der beiden Pole: richterliches Bewusstsein und: Text wäre die multipolare Beziehung des Verfahrens zu setzen. Diesen Weg wagt die überkommene Lehre aber nicht einzuschlagen. Für sie hat der Gesetzgeber etwas gesagt, und das lässt sich feststellen.

a) Rechtserkenntnis durch das Lexikon

Neuere Ansätze gehen davon aus, dass die Wortgebrauchsregel aus dem Gesetzestext nicht deduktiv abgeleitet werden kann, sondern einer Rechtfertigung anderer Art bedarf. Neben der Besinnung auf die eigene Sprachkompetenz als so genannte Lehnstuhlmethodik kommt die Berufung auf Wörterbücher in Betracht.¹³⁷ Die gefundene Wortgebrauchsregel soll entscheiden, wenn fraglich ist, ob ein Definitionsmerkmal des Tatbestands erfüllt ist. Dabei sollen für die Wortgebrauchsregel so viele Entfaltungsschritte angegeben werden, bis der Streit verschwindet und Evidenz entsteht.¹³⁸ Diese Evidenz soll durch Erkenntnis¹³⁹ hergestellt werden können.

¹³⁶ Fritz Hermanns (1999: 137)

¹³⁷Vgl. dazu Matthias Klatt, Theorie der Wortlautgrenze, Baden-Baden 2004, S. 65 m. w. N.

¹³⁸Vgl. dazu Robert Alexy, Die logische Analyse juristischer Entscheidungen, in: ders. (Hrsg.), Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie, Frankfurt am Main 1995, S. 13 ff., 26 f. sowie Helmut Rießmann, Sprache und Recht. Sprachtheoretische Bemerkungen zum Gesetzesbindungspostulat, in: Jörg Zimmermann (Hrsg.), Sprache und Welterfahrung, München 1978, S. 208 ff., 221; Matthias Klatt, Theorie der Wortlautgrenze, Baden-Baden 2004, S. 71.

¹³⁹Matthias Klatt, Theorie der Wortlautgrenze, Baden-Baden 2004, S. 226 ff. m. w. N.

Die implizite Leitvorstellung ist für diese Tradition das Rechtschreibwörterbuch. Man schaut nach und weiß dann, was richtig ist. Allein schon der Umstand aber, dass von Fall zu Fall verschiedene Wörterbücher *herangezogen* werden, lässt Zweifel daran aufkommen. Denn es ist tatsächlich nicht so, dass in allen das gleiche steht; so müsste es aber sein, wenn die Lexika *einen in der Sprache selbst gegebenen* Stand von Bedeutung bloß noch dokumentieren würden. Wörterbücher konstatieren nun aber nicht einfach sprachliche Tatsachen, sondern sie *schaffen* sie nach lexikografischen Prinzipien für ihre Benutzer. Die in ihnen als sprachliche Standards für den Gebrauch festgeschriebenen Bedeutungserklärungen werden überhaupt erst dadurch zu „Tatsachen“, dass ihr Gebrauch – durch sie als die lexikalische Berufungsinstanz – als solcher akzeptiert und dargestellt wird.

Der Jurist trifft bei seinem Bemühen um den „Wortlaut des Gesetzes“ auf einen ganzen Markt von Nachschlagewerken mit einer Fülle unterschiedlicher Produkte. Jedes von ihnen ist, mehr oder weniger ausdrücklich, bestimmten Zielgruppen zugeordnet. Das heißt aber nichts anderes, als dass die in den jeweiligen Werken kompilierten Sprachinformationen auf diese Zielgruppen hin zubereitet und dass das entsprechende Ausgangsmaterial an gesammelten Wortbelegen zu einem insgesamt entsprechend geformten Sprachstand aufbereitet ist. Wenn also der Griff zu einem bestimmten einzelnen Wörterbuch für das Gewinnen eines Wortverständnisses kein blinder Zufall sein soll, dann liegt dem offenbar schon eine Entscheidung zugrunde, die mit Unterschieden in der jeweiligen Behandlung der Lemmata, d.h. der einzelnen Wörterbucheinträge, durch die verschiedenen Nachschlagewerke zu tun hat. Wesentlich ist in jedem konkreten Fall, dass keine der verschiedenen Verständnisweisen eines Wortes ohne weiteres zurückgewiesen werden kann; jedenfalls so lange nicht, als der Jurist dem Wörterbuch die dafür maßgebliche Autorität zumisst. Mit der Entscheidung für ein bestimmtes Wörterbuch geht nolens volens die Option für eine bestimmte Sichtweise bei der semantischen Erläuterung sprachlicher Ausdrücke immer schon einher. Für den Juristen ergibt sich daraus die Frage, welcher Suchstrategie er sich bedienen kann und vor allem auch sollte, um einen authentischen Zugriff auf einen jeweiligen Pool semantischer Informationen zu bekommen. Das flüchtig vordergründige Hinschauen wird als gezieltes „Nachschlagen“ zur Handlung und der so handelnde Jurist zum aktiven Subjekt einer Lexik des fraglichen Ausdrucks.

Entsprechend läßt sich das Wörterbuch definieren als „eine durch ein bestimmtes Medium präsentierte Sammlung von lexikalischen Einheiten (vor allem Wörtern), zu denen für einen bestimmten Benutzer bestimmte Informationen gegeben werden, die so geordnet sein müssen, daß ein rascher Zugang zur Einzelinformation möglich ist“¹⁴⁰. Damit werden die Probleme des Juristen, der sich an das Lexikon als an eine Autorität in Sachen Sprachverständnis wendet, schon deutlicher sichtbar; sie sind in allgemeinerer Form Gegenstand der Lexikographie und Metalexikographie als der Wissenschaft von der Produktion und Benutzung von Wörterbüchern.¹⁴¹ Um sich deren Bedingtheiten zu vergegenwärtigen, ist

¹⁴⁰ F. J. Hausmann, Lexikographie, in: Christian Schwarze/Dieter Wunderlich, Handbuch der Lexikologie, Königstein 1985, S. 367, 369.

¹⁴¹ Für einen umfassenden Überblick F. J. Hausmann/Oskar Reichmann u.a. (Hrsg.), Wörter-

es nützlich, sich den Aufbau eines Wörterbuchs vor Augen zu führen. Wörterbuchartikel stellen jene sprachstrukturellen und semantischen Informationen zur Verfügung, aus denen sich der Benutzer ein Bild vom möglichen Gebrauch des betreffenden Ausdrucks soll erschließen können. Sie bieten Lesarten dieser Ausdrücke an, die von sich beanspruchen, deren tatsächlichem Vorkommen in der jeweiligen Sprachgemeinschaft zu entsprechen. Zugleich beschränken sich die Wörterbücher aber nicht darauf, die Ausdrucksbelege lediglich zu konstatieren. Vielmehr versuchen sie auch, durch ihre Makrostruktur ein in sich geordnetes Bild von den wiedergegebenen Ausdrucksvorkommen darzubieten. Dies soll dann den Ansatzpunkt für praktische Suchstrategien des Wörterbuchbenutzers liefern.¹⁴² Die Wiedergabe der einzelnen Vorkommen von Ausdrücken in den Lemmata ruft wiederum ihre in der Mikrostruktur angeordnete Erläuterung auf.¹⁴³ Diese besteht in der Menge jener Informationen, die Kenntnis und Kompetenz im Hinblick auf den Gebrauch des betreffenden Ausdrucks vermitteln sollen. Typischerweise sind das Angaben im engeren Sinn sprachlicher, das heißt struktureller Art und im weiteren Sinn auch sachlicher Art, das heißt sich auf die Verständigungsleistungen des Ausdrucks beziehend. Alles in allem besteht also ein Wörterbuchartikel in der Regel aus sprachsystematischen Hinweisen wie solchen zu Aussprache und Schreibung, sowie aus den für den Benutzer (hier: den praktischen Juristen) besonderes interessierenden semantischen Informationen, welche dem jeweiligen Ausdruck eine Bedeutung zu formulieren sollen. Sie werden anhand von Definitionen gegeben, welche die Bedeutung des Ausdrucks als lexikalischer Einheit erklären sollen, der durch das jeweilige Lemma repräsentiert wird.¹⁴⁴ Häufig wird zudem die Verwendung durch Beispiele erläutert.¹⁴⁵

bücher. Ein internationales Handbuch zur Lexikographie, Berlin/New York 1989; *Herbert Ernst Wiegand*, Wörterbuchforschung. Untersuchungen zur Wörterbuchbenutzung, zur Theorie, Geschichte, Kritik und Automatisierung der Lexikographie, 1. Teilband, Berlin/New York 1999.

¹⁴²Dazu *Herbert Ernst Wiegand*, Aspekte der Makrostruktur im allgemeinen einsprachigen Wörterbuch: Alphabetische Anordnungsformen und ihre Probleme, in: *F. J. Hausmann/Oskar Reichmann u. a.* (Hrsg.), Wörterbücher. Ein internationales Handbuch zur Lexikographie, in: Handbücher zur Sprache und Kommunikationswissenschaft, Band 5.1, Berlin/New York 1989, S. 371 ff.

¹⁴³Dazu *Herbert Ernst Wiegand*, Der Begriff der Mikrostruktur: Geschichte, Probleme, Perspektiven, in: *F. J. Hausmann/Oskar Reichmann u. a.* (Hrsg.), Wörterbücher. Ein internationales Handbuch zur Lexikographie, in: Handbücher zur Sprache und Kommunikationswissenschaft, Band 5.1, Berlin/New York 1989, S. 409 ff.; *ders.*, Arten von Mikrostrukturen im allgemeinen einsprachigen Wörterbuch, in: *F. J. Hausmann/Oskar Reichmann u. a.* (Hrsg.), Wörterbücher. Ein internationales Handbuch zur Lexikographie, in: Handbücher zur Sprache und Kommunikationswissenschaft, Band 5.1, Berlin/New York 1989, S. 462 ff.; *ders.*, Was ist eigentlich ein Lemma? Ein Beitrag zur Theorie der lexikographischen Sprachbeschreibung, in: *der.* (Hrsg.), Studien zur neuhochdeutschen Lexikographie III, Berlin/New York 1983, S. 401 ff.; *Werner Wolski*, Das Lemma und die verschiedenen Lemmatypen, in: *F. J. Hausmann/Oskar Reichmann u. a.* (Hrsg.), Wörterbücher. Ein internationales Handbuch zur Lexikographie, in: Handbücher zur Sprache und Kommunikationswissenschaft, Band 5.1, Berlin/New York 1989, S. 360 ff.

¹⁴⁴Dazu *Herbert Ernst Wiegand*, Die lexikographische Definition im allgemeinen einsprachigen Wörterbuch, in: *F. J. Hausmann/Oskar Reichmann u. a.* (Hrsg.), Wörterbücher. Ein internationales Handbuch zur Lexikographie, in: Handbücher zur Sprache und Kommunikationswissenschaft, Band 5.1, Berlin/New York 1989, S. 530 ff.

¹⁴⁵Dazu *Fritz Hermanns*, Das lexikographische Beispiel. Ein Beitrag zu seiner Theorie,

Indem diese zugleich auch das tatsächlichen Zustand von Sprache zu erfassen.

Vom ersten Moment an ist so das Wörterbuch in Produktion und Rezeption der grundsätzlichen Notwendigkeit eines selektiv formierenden Zugriffs unterworfen; es ist selbst schon überformende Bearbeitung statt schlicht getreuliches Abbild.¹⁴⁶ Die Schwierigkeiten beginnen bereits mit der Auswahl des Materials. Zwar soll das Werk ein repräsentatives Bild der Sprache geben;¹⁴⁷ bzw. einer ihres Bereiche, seien diese nun temporär, lokal oder funktional bestimmt. Die Auswahl der Lemmata dafür ist aber aufgrund der schier Masse der Wörter schon ein quantitatives Problem.¹⁴⁸ Wenige Zahlen genügen, um das zu belegen. Ein durchschnittliches Großwörterbuch wie das Deutsche Wörterbuch enthält circa 500 000 Stichwörter. Dem steht die nur grob zu schätzende Menge von etwa 1,4 Millionen Wörtern insgesamt gegenüber. Die unumgängliche Auswahl enthält also jeweils eine Vorentscheidung darüber, was als das Übliche, allgemein Gebräuchliche oder gar Maßgebliche des Gesamtwortbestandes gelten kann; und was bloßen Varianten zugerechnet werden soll, die dann allenfalls ihren Platz in Zusatzangaben oder in Spezialwörterbüchern finden werden. Diese Vorentscheidung ist so gut oder so schlecht wie der Textpool, auf den der Lexikograph für das dem Wörterbuch zugrundegelegte sprachliche Korpus zurückgreift. Daß dabei in der Regel vorangehende Wörterbuchgenerationen konsultiert werden, mildert das Problem nicht. Vielmehr verschärft es sich zur Entscheidung auch noch darüber, was lediglich idiosynkratischer Neologismus oder was bereits fester Bestand der Sprache sei. Man denke etwa an die Anglizismen, die gerade im Bereich der Neuen Medien auch für den Juristen eine wichtige Rolle spielen können, zum Beispiel bei Entscheidungen im Internetrecht. Spätestens hier korrespondiert das quantitative Problem, welche Wörter zur Sprache gehören sollen, mit dem qualitativen, wie denn diese Wörter in ihrer Bedeutung beschrieben werden sollen. Denn was ein als Lemma zu fixierendes Wort überhaupt sei, ist nicht so selbstverständlich, wie man denken mag. Es hängt davon ab, welche bedeutungstheoretischen Annahmen man über die wesentlichen Konstituenten eines solchen als Zeichen macht. Sofern diese als Einheit von Form und Bedeutung aufgefaßt und dabei aus Texten herauspräpariert werden sollen, setzt die Segmentierung

in: *Gisela Harras* (Hrsg.), *Das Wörterbuch*. Artikel und Verweisstrukturen, Düsseldorf 1988, S. 161 ff.; *Gisela Harras*, *Zu einer Theorie des lexikographischen Beispiels*, in: *F. J. Hausmann/Oskar Reichmann u.a.* (Hrsg.), *Wörterbücher*. Ein internationales Handbuch zur Lexikographie, in: *Handbücher zur Sprache und Kommunikationswissenschaft*, Band 5.1, Berlin/New York 1989, S. 607 ff.

¹⁴⁶Dazu *H. Bergenholtz*, *Probleme der Selektion im allgemeinen einsprachigen Wörterbuch*, in: *F. J. Hausmann/Oskar Reichmann u.a.* (Hrsg.), *Wörterbücher*. Ein internationales Handbuch zur Lexikographie, in: *Handbücher zur Sprache und Kommunikationswissenschaft*, Band 5.1, Berlin/New York 1989, S. 772 ff.

¹⁴⁷Zum Problem *U. Quasthoff*, *Projekt: Der deutsche Wortschatz*, in: *Linguistik und neue Medien*, *G. Heyer/Chr. Wolff*, *Linguistik und neue Medien*, Wiesbaden 1998, S. 93 ff.; *U. Quasthoff/Chr. Wolff*, *Korpuslinguistik und große einsprachige Wörterbücher*, *Linguistik online* 3, 2/99.

¹⁴⁸Dazu *M. Pitzek*, *Allgemeines einsprachiges Wörterbuch und Wörterbuchtypologie*, *Linguistik online* 3, 2/99; *C. Földes*, *Was gilt als Großwörterbuch? Zur Problematik der Größenklassen von Sprachlexika*, in: *J. Korhonen* (Hrsg.), *Von der mono- zur bilingualen Lexikografie für das Deutsche*, Frankfurt am Main/Berlin/Bern/Brüssel/New York/Oxford/Wien 2001, S. 31 ff.

von Sprache zu Worten bereits semantisches bzw. lexikalisches Wissen voraus. Umgekehrt hängt davon zugleich ab, was man als Erklärung der Bedeutung eines Wortes gelten lassen kann und was nicht, wie man diese zu formulieren und was man für sie heranzuziehen hat. Weil dabei Sprache und Sache und folglich auch Überzeugung nie von einander zu trennen sind¹⁴⁹, verliert das Wörterbuch von vornherein seine traditionell unterstellte Unschuld reiner Deskription. Ein Wörterbuch ist niemals ein getreuliches Abbild von Sprache, sondern vom Beginn der Auswahl an auch Ausdruck der Weltansicht seiner Produzenten und der Ziele, die diese mit dem Wörterbuch verfolgen. Das betrifft nicht nur jene Wortfelder, die in die großen Fragen der Ideologie verstrickt sind, wie sich etwa in den Vorwendezeiten an den beiden Duden Ost und West ablesen ließ.¹⁵⁰ Es betrifft im Bereich des angeblich Unscheinbaren gleichermaßen auch solche Wörter, die als allzu allgemein menschlich dagegen gefeit zu sein scheinen, wie etwa „sterben“. Wenn dafür beispielsweise das Handwörterbuch der deutschen Gegenwartssprache angibt „infolge Aussetzen aller Lebensfunktionen zu leben aufhören“ (1104), der Duden "aufhören zu leben, sein Leben beschließen“ (Bd. 7, 3243) und das Wörterbuch der deutschen Gegenwartssprache "zu leben aufhören“ (3580), so sind diese Umschreibungen keineswegs neutral, ohne deshalb schon als Regelformulierung unangemessen zu sein: „Mit diesen Angaben werden die Bezugsregeln für sterben für viele usuelle Texte durchaus korrekt formuliert. Es muß aber klar sein, daß der Lexikograph hier eine Todesauffassung voraussetzt, die vielleicht die Mehrheit der Muttersprachler mit ihm teilt, nicht aber alle gläubige Christen. Denn sie können sterben auch in einer Bedeutung verwenden, die wie folgt zu paraphrasieren wäre: vom diesseitigen in das jenseitige Leben übergehen.“¹⁵¹ Das Wörterbuch ist eben kein schlichtes Abbild objektiver Bedeutungsverhältnisse, sondern eine Konstruktion. Die Zwecke dieser Konstruktion sind mit den Zwecken des vom praktischen Entscheidungsproblem geplagten Juristen *nicht* identisch.

Für den Rechtsarbeiter wird das Wörterbuch nun aufgrund von alledem nicht schon unbrauchbar. Er muß allerdings daran denken, daß Wörterbücher immer das Ergebnis eines bestimmten lexikographischen Vorhabens sind. Wörterbücher sind Interpretation. Im Grund handelt es sich bei ihren Angaben noch nicht einmal um „lexikographische Definitionen“. Vielmehr bieten sie nur Formulierungen von Bezugsregeln für die jeweiligen Lemmazeichen im Hinblick auf einen anhand der Korpusauswertung hypothetisch unterstellten Gebrauch. Ihren Wert als Berufungsinstanz haben sie darin, Ergebnis einer wissenschaftlich methodischen, nämlich lexikographischen Reflexion auf den Sprachgebrauch zu sein. Für den Juristen können sie damit im Hinblick auf den Wortlaut von Normtexten nicht Begründung, sondern nur Anregung sein. Denn die Stärke eines Verweises auf die Autorität eines Wörterbuchs hängt von der Überzeugungskraft jener Theorien

¹⁴⁹Siehe grundsätzlich *Donald Davidson*, Der Begriff des Glaubens und die Grundlage der Bedeutung, in: *ders.*, Wahrheit und Interpretation, Frankfurt am Main 1990, S. 204 ff.

¹⁵⁰Siehe *Werner Betz*, Der zweigeteilte Duden, in: Der Deutschunterricht, 12/5 1960, S. 82 ff.

¹⁵¹*Herbert Ernst Wiegand*, Über die gesellschaftliche Verantwortung der wissenschaftlichen Lexikographie, in: Journal of linguistics 18, 1997, S. 177 ff., 197.

ab, die der betreffenden lexikographischen Praxis zugrund liegen, sowie von der dabei bewiesenen methodischen Sorgfalt. Diese ist keineswegs immer gegeben, wie die Praxis der Wörterbuchkritik zeigt.¹⁵²

Im wesentlichen kann das Wörterbuch bloß Beispiele für den Sprachgebrauch und für die Erklärung von Bedeutungen liefern. Es kann dem Juristen deshalb nur Plausibilitäten für eine Entscheidung über den Sprachgebrauch an die Hand geben. Es kann ihm diese Entscheidung aber nicht abnehmen. Der Rechtsarbeiter hat sie selbst zu treffen; und er hat anhand der von ihm herangezogenen Wörterbuchartikel zu sagen, warum er sie so und nicht anders getroffen hat. Ein *normatives Konzept von Wörtlichkeit* liegt zwar der traditionellen Erwartung der Juristen, nicht aber den existierenden Wörterbüchern zugrunde. Niemand weiß das besser als deren Autoren, die Lexikographen.¹⁵³ Im Rahmen der lexikalischen Semantik wird der Lexikoneintrag zunehmend nur noch als *offene Aufzählung* von Beispielen und gerade *nicht mehr als Grenze* zulässiger Verwendungen verstanden. Linguisten und Lexikographen wissen, daß, „was die Beispiele betrifft, (...) ein Wörterbuchartikel eine Art *Collage* (ist), wo also die Elemente, die darin zusammengeklebt sind, einen neuen Sinn bekommen sollen. Einen neuen Sinn bekommen sollen, aber erst einmal, wenn man sie in ihrem Nebeneinander betrachtet, noch nicht haben.“¹⁵⁴ Erst wenn man sich dessen bewußt ist und die Beispiele reflektiert einsetzt, damit diese „sprechend“, „ansprechend“, „echt“ und „kurz“ sind, um ihren Zweck einer Erhellung von Sprachgebrauch erfüllen zu können, erst dann mag „man durch Beispiele die Erfahrung machen („), wie ein Wort verwendet wird.“¹⁵⁵ Dann mag dieses Vorgehen demonstrieren, „wie eine Regel gemeint ist“. Dann mag es „ein Modell (geben), nach dem ich mich beim Sprechen und Verstehen richten kann“, „ein Muster, an dem ich mich unmittelbar orientieren kann, ohne den Umweg über die Reflexion auf eine Regel zu gehen“, „indem es mit *zeigt*, wie man ein Wort gebraucht.“¹⁵⁶ Beim nächsten Mal allerdings, im nächsten Rechtsfall kann all das schon wieder anders aussehen. Der Griff zum Wörterbuch oder Lexikon liefert jedenfalls nie eine letztendliche Antwort auf semantische Fragen. Er eröffnet ganz im Gegenteil erst einmal verschiedene Fragerichtungen; gibt erste Indizes dafür, sich auf dem Weg über Beispiele des Gebrauchs die Bedeutung eines fraglich gewordenen oder prinzipiell umstrittenen Wortes zu erschließen.¹⁵⁷

¹⁵²Siehe *M. Ripfel*, Wörterbuchkritik. Eine empirische Analyse von Wörterbuchrezensionen, Tübingen 1989.

¹⁵³*Willard V. O. Quine*, Zwei Dogmen des Empirismus, in: *ders.*, Von einem logischen Standpunkt. Neun logisch-philosophische Essays, Frankfurt am Main/Berlin/Wien 1979, S. 27 ff.

¹⁵⁴*Fritz Hermanns*, Das lexikographische Beispiel. Ein Beitrag zu seiner Theorie, in: *Gisela Harras* (Hrsg.), Das Wörterbuch. Artikel und Verweisstrukturen, Düsseldorf 1988, S. 161 ff.

¹⁵⁵*Fritz Hermanns*, Das lexikographische Beispiel. Ein Beitrag zu seiner Theorie, in: *Gisela Harras* (Hrsg.), Das Wörterbuch. Artikel und Verweisstrukturen, Düsseldorf 1988, S. 161 ff.

¹⁵⁶*Fritz Hermanns*, Das lexikographische Beispiel. Ein Beitrag zu seiner Theorie, in: *Gisela Harras* (Hrsg.), Das Wörterbuch. Artikel und Verweisstrukturen, Düsseldorf 1988, S. 161 ff.

¹⁵⁷Zum „Wörterbuchartikel als Wegweiser“ *Gisela Harras*, Zugänge zu Wortbedeutungen, in: *dies./U. Haß/G. Strauß*, Wortbedeutungen und ihre Darstellung im Wörterbuch, Berlin/New York 1991, S. 3 ff.

Im Kern erzählt ein Wörterbuch Gebrauchsbeispiele. Diese werden nur paradigmatisch eingesetzt und sind nicht ohne weiteres in eine vorhandene oder empirisch feststellbare Regel auflösbar. Ein *natürliches* Konzept von Wörtlichkeit und von *zulässiger* Verwendung ist nicht zu haben. Die Situation des zur Entscheidung verpflichteten Juristen gerät ins Paradoxe. Je genauer er wissen will, wie es um die Bedeutung der Wörter bestellt ist, je sorgfältiger er sich dabei all der lexikographischen Hinweise und Markierungen annimmt, die er finden kann, und je intensiver er ihnen in ihren Verweisen aufeinander folgt, um so mehr wird er mit der Realität eben jener „unsäglichen Verschiedenheit“ bis ins einzelne der Verwendungen eines Wortes hinein konfrontiert werden.

b) Der Gegensatz in den Bedeutungen

Im Rechtsstreit prallen zwei Momente von Sprache aufeinander: die Konventionalität und die Aktualität von Bedeutung. Die Aufgabe des Juristen im Rahmen der Sprachauslegung besteht darin, diesen Konflikt zu bewältigen. Beide Streitparteien berufen sich auf die Konventionen des Sprachgebrauchs und rechtfertigen so ihre jeweilige Lesart des Normtexts. Der Gegner verkenne demgegenüber die Gepflogenheiten der Sprachgemeinschaft. Das macht die semantische Lage des Rechtsstreits paradox: Die Kontroverse über Bedeutung ist nur aufgrund der Konventionalität von Sprache sinnvoll. Zugleich aber wird das, was die Konvention an „Geltung“ einbringt, durch den semantischen Konflikt in Frage gestellt; der Konflikt dementiert seine eigene Basis. Wie immer kann allein *Praxis* aus dem Paradox befreien, hier: die juristische Entscheidungsarbeit, die zugleich über sprachliche Bedeutung zu entscheiden hat.

Hier muss also die Argumentation beginnen. Über die Plausibilität der verschiedenen Lesarten ist ein Streit zu führen. Evidenzen können dabei nicht epistemisch vorausgesetzt werden. Ein solcher Anschein konnte nur entstehen, so lange ein homogener Juristenstand über Konflikte entschieden hat, die im selben gesellschaftlichen Teilbereich liegen. Ohne diese Voraussetzung findet der Konflikt der Parteien in der Sprache nicht seine vorgegebene Ordnung, sondern nur seinen jeweils verschiedenen Ausdruck.

Die Bedeutung sprachlicher Ausdrücke - in Gestalt von Bedeutungsbeschreibungen bzw. einer "Erklärung der Bedeutung" - vermag ohne Argumentation keinen Grund dafür zu liefern, eine ihr konforme Verwendung des betreffenden Ausdrucks sei zwingend. Ihre Transparenz ist gestört durch die konkurrierende Bedeutungsbeschreibung der Gegenpartei. Zwar beziehen sich beide Parteien auf denselben Text. Aber sie transkribieren ihn unterschiedlich. Ein der Argumentation vorausliegender Maßstab für die Validierung der konkurrierenden Lesarten, das hat die Lexikologie gezeigt, steht nicht zur Verfügung. Die Transparenz einer störungsfreien Bedeutungsbeschreibung muss im Verfahren erst hergestellt werden. Die *Semantisierung des Normtexts* in Gestalt eines ihm beigelegten Wortsinns begründet nicht etwa eine Rechtsmeinung, sondern formuliert sie nur; sie ist also nicht Mittel der Argumentation, sondern deren Gegenstand. Der Jurist ist somit darauf verwiesen, *Gründe* für sie ins Feld zu führen. Juristisches Entscheiden ist, semantisch gewendet, Arbeit *an* der Bedeutung sprachlicher

Ausdrücke. Für die Semantik, auf die sich der Jurist festlegen muss, hat er zu argumentieren. Der Wortlaut des Gesetzes liefert eine – in demokratisch-rechtsstaatlicher *Geltung* stehende - Vorform des Texts der Rechtsnorm. Der Jurist kann nicht einfach mit Hilfe irgend einer unter den Bedeutungen des Normtexts entscheiden, er entscheidet vielmehr einen tatsächlichen Konflikt *um* die Bedeutung des Gesetzes. Dafür genügen nicht Sprachargumente allein, vielmehr braucht er *Sachargumente im Plausibilitätsraum der Sprache*. Die Sprache öffnet die Rechtserkenntnis also auf die Argumentation hin. Im Bewusstsein der Sprecher vorhandene sprachliche Selbstverständlichkeiten prallen auf das fremde Selbstverständnis und verschwinden im Streit der Argumente. Wenn man in dieser Situation entscheiden muss, bieten sich damit zwei Wege an. Einmal kann man versuchen, durch den Prozess der Argumentation neue verfahrensbezogene Evidenzen zu erzeugen. Der Richter hätte dann die Aufgabe, die vorgetragene Argumente aufzunehmen, zu verarbeiten und in den Stand der Geltung zu setzen. Diesen Vorgang müsste er in der Entscheidungsbegründung dokumentieren. Das Verfahren stünde im Zentrum, und zwar nicht als nachträgliches Abspulen eines vorgegebenen Erkenntnisprogramms, sondern als ein Vorgang, der die Entscheidung konstituiert. Diesen Weg geht die herkömmliche Lehre nicht. Eine im Verfahren erst herzustellende Evidenz ist unsicher und lange dem Streit ausgeliefert. Deswegen will man im sicheren Hafen der epistemischen Evidenz bleiben. Dazu muss allerdings die Sprache der Gesetze als Lieferant ersetzt werden durch eine andere Größe, und genau dies ist der Ort für den Auftritt der Werte. Der Bezug auf diese objektiv vorgegebene Größe soll eine neue Grundlage bieten für epistemische Evidenz und damit das argumentative Risiko des Verfahrens ausschließen.

Es stehen sich in einem Rechtsstreit nicht einfach zwei Sozialsysteme gegenüber, an die dann das Recht verteilt wird, sondern es stehen sich zwei Rechtsauffassungen gegenüber, zwei unvereinbare Vorstellungen von Recht und Unrecht. Deswegen könnte die alteuropäische Lösung nur funktionieren, wenn das Recht des Rechts schon vorgegeben wäre. Aber dieses Programm läuft nicht. Es fehlt die Schnittstelle zur Sprache. Denn sobald die beherrschende Rechtsidee semantisch bestimmt wird, wird sie zu einer Spielmarke unter anderen und kann das Spiel nicht mehr beherrschen. Andererseits kann die Semantisierung nicht vermieden werden, weil sich widersprüchliche Rationalitäten gerade als Rechtsbegriffe artikulieren.

Von der Ausgangslage im Verfahren her muss die Berufung auf die Hierarchie von Begriffen, Prinzipien und Rechtsidee illusionär erscheinen. Seinem Begriff nach ist Recht in der Situation des Verfahrens "wesentlich umstritten". Der Begriff liefert keinesfalls die Berufungsinstanz für die Entscheidung über die sich antagonistisch gegen über stehenden Rechtsmeinungen. Vielmehr beanspruchen diese den Begriff. Kann daher der Begriff den Zusammenprall der Positionen nicht befrieden, so kann es das Prinzip als die sprachliche Regel erst recht nicht. Sofern nämlich die diametralen Ansprüche auf Recht sich als ausschließliche gegenüber stehen, beanspruchen sie die Regel für sich. Das aber heißt nichts anderes, als dass über deren Semantisierung in der jeweils vorgetragenen Position die

Rechtsidee selbst in den Sog des Streits gerät und diesen damit nicht beherrschen oder auch nur schlichten kann. Kurzum, Recht ist in dem Moment, in dem es ansteht, durch und durch von Widerstreit gezeichnet. Es ist nicht vorhanden, sondern steht zur Entscheidung an.

Die vom alteuropäischen Programm vorausgesetzte Einheit des Rechts ist also nicht praktisch nicht verfügbar. Das Volk der Begriffe hat sich zerstreut, der Adel der Prinzipien ist zu Vergnügungszwecken auf dem Lande und bei der Rechtsidee ist eine Audienz nicht möglich. Wenn aber das alteuropäische Programm in der Praxis gar nicht läuft, welches Programm läuft dann?

Es läuft das Programm der Recht-Fertigung unter den Vorgaben der Hegemonie. Das heißt, eine Recht-Fertigung geschieht nicht als begründetes Ergebnis einer sozialen Interaktion im Verfahren, sondern als taylorisierter Vorgang eines richterlichen Monologs. Die Ersetzung von Argumentation durch Sprachvollzug vollzieht sich dabei im Schutze des Enthymens. Unter dieser Figur ist eine Subsumtion ohne Obersatz zu verstehen. Das Enthymen beruht also auf der Ableitung des Falls aus dem Allgemeinen, ohne dies ausdrücklich zu machen. Der Schluss des Enthymens lässt die entscheidenden Prämissen unerwähnt, indem es deren Statt in einer Leerstelle voraussetzt, dass ein jeder um deren Wahrheit weiß. Seine durchschlagene Kraft gewinnt aus der Glaubhaftigkeit eines Systems von Überzeugungen. Es beruht auf Plausibilität. Schon Aristoteles hatte daher das Enthymen als Umgang mit Wahrscheinlichkeit verhandelt. Man äußert gewisse Prämissen nicht, da sie sich ohnehin verstehen und daher als unnötig, langweilig und quälend empfunden würden. Brisanter wird dies, wenn diese Figur der Aufrechterhaltung zweifelhafter Prämissen dient. Das Recht könnte auch Unrecht sein. Vor dieser Frage bewahrt allein der bleibende Stand der Überzeugung. Und den erreicht man am besten, indem man sie nicht ausspricht und so dem Angriff der möglichen Negation aussetzt. Das Enthymen zielt auf Vereinnahmung. Selbstverständliche Prämissen bleiben unausgesprochen und zur geflissentlichen Komplettierung anheim gestellt. Es erscheint formal als unmittelbarer Schluss von a auf b und belässt es beim Stillschweigen über das „aufgrund c“, das c so scheinbar unangetastet belässt.

Im Schweigen des Obersatzes überhört man das Dröhnen der Hegemonie. So vollzieht sich die Usurpierung des Obersatzes durch die Macht. Das gelingt umso besser, je stärker eben diese Macht zur Bemächtigung ist. Denn damit wird sie in ihrer schlichten Wirkungsfaktizität unbefragbar. Und das ermöglicht es, das Paradox durch Verschweigen zum Verschwinden zu bringen. Mit der Vereinnahmung des letzten Obersatzes von Recht kann die hegemoniale Macht als die Kraft der Deparadoxierung auftreten.

Die Frage nach dem Recht von Recht wird damit ersetzt durch die Frage, was unter den gesellschaftlichen Verhältnissen plausibel ist. Nach einer Antwort braucht in der azentrisch ausdifferenzierten Gesellschaft nicht lange gesucht zu werden. Politik, Wirtschaft, Wissenschaft, Technologie, Mediensystem, Sozialwesen, Moral und Polizey und „leider auch“ das Recht selbst stehen nur allzu gern und permanent bereit, sich des Rechts anzunehmen, um es durch Zweit-

codierung für sich einzunehmen. Auf diesem Wege soll es gelingen, aus ihrer gesellschaftliche Ubiquität das normative Kapital universaler Rationalität zu schlagen. Recht droht so vom Austragungsort von Konflikten zum Vehikel von Durchsetzung von Macht zu verkommen. Das gilt für das Kosten-Nutzen-Denken ebenso wie etwa für den Kalkül der Bedrohung und Abwehr. Macht, Effizienz, Wahrheit, Machbarkeit, oder Sicherheit statt Gerechtigkeit, um es mit Günther Teubert auf den Punkt zu bringen, der zugleich auf die unliebige Konsequenz hinweist, dass die dem Recht aus guten demokratischen Gründen abgeforderte und allein zugebilligte Ordnungsleistung damit in den Imperialismus der jeweiligen Rationalitäten umschlägt.

Kann die Systemtheorie diesen Vorgang der Zweitcodierung erklären? So ist etwa Politik im Recht theoretisch ausgeschlossen, weil Politik nur Politik machen kann und Recht nur Recht. Man könnte also denken, dass eine außerrechtliche Beeinflussung des Rechts unmöglich ist, weil das Recht entweder seine Autonomie behauptet, oder untergeht. Aber immerhin räumt Luhmann die Möglichkeit von Grenzverletzungen ein: "Damit sind tiefgreifende Umgestaltungen des Rechts etwa als Folge politischer Umwälzungen natürlich nicht ausgeschlossen (...). Es ist bezeichnend genug, dass die nationalsozialistische Umfärbung des deutschen Rechts nicht primär über Gesetze geleitet wurde, sondern sich drastischer personalpolitischer Mittel bedient. Nur durch außerrechtliche Beeinflussung der richterlichen Entscheidungspraxis war zu erreichen, dass das gesamte Recht innerhalb kurzer Frist nach Maßgabe einer neuen 'Gesinnung' uminterpretiert wurde."¹⁵⁸ Diese Konzession ist auch folgerichtig. Denn die grundlegende Codierung eines Sozialsystems ist eine Unterscheidung und eine solche kann man immer nur semantisch treffen. Eine Semantik lässt sich aber gegen Kontexte nie abdichten und ist deswegen beständig davon bedroht, Teil des Spiels zu werden.

Hier bewährt sich die von Teubner vorgeschlagene perverse Konstellation Systemtheorie und Dekonstruktion wechselseitig auf ihren blinden Fleck aufsitzen zu lassen. Die Grundunterscheidung der Dekonstruktion ist die von Signifikant/Signifikat, wobei wir auf der Seite des Signifikats immer nur weitere Signifikanten finden. Dadurch hat sie Schwierigkeiten, Stabilität zu erklären. Hier hilft die Ersetzung durch die Unterscheidung von System und Umwelt. Umgekehrt hat die Systemtheorie Schwierigkeiten, die Beziehung Recht/Gesellschaft zu präzisieren. Hier kann ihr die Unterscheidung von Text/Kontext anstelle der Unterscheidung von System und Umwelt helfen. Die Vorstellung, dass jede Wiederholung zu einer Verschiebung der Regel führen kann, macht aus der Form etwas Gespenstisches und Unscharfes. Dieser Nachteil bei der Beschreibung von Stabilität hat aber den Vorteil, Veränderungen besser erklären zu können. Es wird damit deutlich, dass die Codierung nicht so unberührt über den Programmen schwebt, wie es die Systemtheorie meist nahe legt. Sie ist vielmehr über Semantisierung ständig von imperialistischen Übernahmen bedroht.

Daraus ergibt sich die Aufgabe des gerichtlichen Zentrums, die imperialistische

¹⁵⁸ Niklas Luhmann, Legitimation durch Verfahren, S. 149.

Besetzung des Codes durch die Peripherie abzuwehren. Der von dort vorgeschlagene Begriff des Rechts muss einem re-entry unterzogen werden. Ist der im Rahmen der fremden Codierung entwickelte Begriff des Rechts recht oder unrecht? Nur durch diese Arbeit der Reparadoxierung kann man den Zustand, den Luhmann als vorhanden beschreibt, erreichen. Indem das Recht als leerer Signifikant erhalten bleibt, werden die kollidierenden Sozialsysteme gezwungen, in der sozialen Interaktion des Verfahrens herauszufinden, wo die Grenzen der Universalisierung ihrer Logik liegen. Das Recht kann also als "gentle civiliser" funktionieren, wenn die Gerichte das wahrnehmen, was Teubner mittels eines Wiethölter Zitats als Hauptaufgabe der Juristen bezeichnet: "Rechtspflege als Pflege der Rechtsparadoxien selbst, ihre Erhaltung und Behandlung zugleich."¹⁵⁹

Welche Mittel werden zur Problemlösung vorgeschlagen? An die Stelle der klassischen Rechtsquellenhierarchie soll die Differenz Zentrum/Peripherie treten. Zentrum sind die Gerichte. Peripherie sind die Kontaktstellen zu den autonomen Gesellschaftssektoren. Eine Hierarchie unterscheidet nach oben/unten, hier soll nach außen/innen unterschieden werden.¹⁶⁰ Es kommt eine weitere Ersetzung hinzu: An die Stelle der Erkenntnis von kollektiv verbindlichen Entscheidungen in übergeordneten Rechtsquellen oder substantiellen Normen tritt die "wechselseitige Beobachtung der Knoten im Netzwerk des Rechts".¹⁶¹ Eine dritte Komponente liegt darin, dass das Recht nicht einfach zwingende Normen verkündet, sondern den Sozialsystemen zu lernen hilft, was für ihr Zusammenwirken mit der Umwelt unverzichtbar ist.¹⁶² Zusammenfassend kann man sagen: Der Baum der Rechtserkenntnis wird ersetzt durch das Netzwerk der Recht-Fertigung.

2. Kann das Netzwerk der Recht-Fertigung die Hierarchie ersetzen?

Die traditionelle Lehre hatte den 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. Die so genannte „vertikale Auslegung“¹⁶³ soll 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 oder einer anderen 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. Auch die Einheit des Rechts löst sich in eine Vielzahl von Beobachtungsperspektiven auf, so dass man ohne letzten Halt

¹⁵⁹ Rudolf Wiethölter zitiert nach Gunter Teubner, *Rechtsverfassungsrecht*, S. 25.

¹⁶⁰ Gunter Teubner/Andreas Fischer-Lescano, *Kompatibilität durch Vernetzung statt Rechtseinheit*, S. 10

¹⁶¹ Ebd., S. 15.

¹⁶² Ebd., S. 26.

¹⁶³ Albert Bleckmann, *Die systematische Auslegung im europäischen Gemeinschaftsrecht*, in: *ders.*, *Studien zum Europäischen Gemeinschaftsrecht*, 1986, S. 41 ff., 44.

wieder im Äußeren landet.

Richterliche Entscheidungen müssen notwendig mehr sein als die Erkenntnis von Rechtsquellen. So wie in der Geschichtswissenschaft Quellen erst in der Naration konstituiert und anerkannt werden, so werden auch in der juristischen Argumentation des Verfahrens die von den Parteien herangezogenen Rechtsquellen erst durch die anschließende Diskussion und die Affination des Gerichts anerkannt. Wenn aber die Quelle der Argumentation nicht übergeordnet, sondern eingeordnet ist, dann muss man das Modell vertikale Erkenntnis durch eine horizontale Vernetzung ersetzen.

Teubner formuliert diesen Gedanken folgendermaßen: "Juristisch ist damit eine Neubewertung der Kasuistik angesagt. Es gilt der Vorrang der partikularen Fallerrfahrung und des Einzelfallgesetzes vor dem vorschnell generalisierenden Zugriff des allgemeinen Gesetzes. Doch müsste dies von einer entschiedenen Politisierung des Fallrechts begleitet sein, die nicht bloß den individuellen Interessenausgleich im Einzelfallkonflikt anstrebt, sondern sich explizit als Experiment an gesellschaftlichen Institutionen versteht. Wenn dies nicht nur eine leere Formel zur Wiederbelebung des stillen Zivilrechts sein sollte, dann müsste sich dies in prozeduralen Änderungen des Rechts niederschlagen, in Änderungen, die von der Kollektivierung der Klagebefugnis über öffentliche Beteiligungs- und Anhörungsrechte, über anspruchsvollere Beweisverfahren bis hin zu einem lernenden nachträglichen Umgang mit rechtskräftigen Urteilen reicht."¹⁶⁴ An die Stelle einer schon im Gesetz vorhandenen Einheit tritt hier ein "Stolpern des Rechts von Fall zu Fall."¹⁶⁵ Der Zusammenhang im "blinden Experimentalismus"¹⁶⁶ wird nur durch die Argumentation verbürgt als wechselseitige Beobachtung der Knoten im Netz. Jeder Spruchkörper im Zentrum des Rechts ist verpflichtet, die Entscheidungen anderer Gerichte zu beachten. Das heißt, er muss ihnen nicht folgen, aber er kann mit einem neuen Argument abweichen.

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.

¹⁶⁴ Gunter Teubner, *Rechtsverfassungsrecht*, S. 43.

¹⁶⁵ Ebd.

¹⁶⁶ Ebd.

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.

In einer empirischen Studie wurde mit Hilfe der Datenbank Juris eine statistische Abhandlung über die Zitierpraxis deutscher Gerichte erstellt¹⁶⁷, 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 enthielten.¹⁶⁸ Bei Urteilen aus dem Jahr 1988 war dieser Anteil mit 3503 von 5603 Urteilen noch etwas höher.¹⁶⁹ Daraus ergibt sich, dass in weit mehr als der Hälfte aller Begründungstexte dieser Gerichte auf mindestens ein Urteil eines anderen Gerichts Bezug genommen wird.¹⁷⁰

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).¹⁷¹ In dieser Untersuchung wird deutlich, dass es eine überragende Bedeutung der Praxis der eigenen Gerichtsbarkeit gibt.¹⁷² 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 %.¹⁷³ 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 bei nachgeordneten Instanzen der Anteil bestätigender Bezugnahmen höher ist als bei den obersten Bundesgerichten.¹⁷⁴

Der Befund einer wachsenden Bedeutung von Präjudizien bestätigt sich auch beim

¹⁶⁷ *Wagner-Döbler/Philipps*, Präjudizien in der Rechtsprechung. Statistische Untersuchung anhand der Zitierpraxis deutscher Gerichte, in: *Rechtstheorie* 1992, S. 228 ff.

¹⁶⁸ Ebd., S. 233.

¹⁶⁹ Ebd., S. 238.

¹⁷⁰ Ebd., S. 230.

¹⁷¹ Ebd.

¹⁷² Ebd.

¹⁷³ Ebd.

¹⁷⁴ Ebd., S. 233.

EuGH.¹⁷⁵ Eine Inhaltsanalyse¹⁷⁶ 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' Auslegungscanones sind dem nachgeordnet.“¹⁷⁷

Wie lässt sich diese Entwicklung von der Kohärenz der Gesetze zu jener der Urteile 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 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 nur selten 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. Die 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

¹⁷⁵Vgl. dazu die grundlegende Arbeit von *Mariele Dederichs*: Häufigkeit und Bedeutung methodischer Argumente in den Begründungen des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, im Erscheinen 2003, auf die das folgende Referat Bezug nimmt.

¹⁷⁶Vgl. zu dieser Methode *Mariele Dederichs/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, 2003, im Erscheinen. Außerdem grundlegend zu dieser Methode *Langridge*, Inhaltsanalyse: Grundlagen und Methoden, 1994; *Merten*, Inhaltsanalyse. Einführung in Theorie, Methode und Praxis, 1995; *Früh*, Inhaltsanalyse. Theorie und Praxis, 1998; *Bert*, Inhaltsanalyse, 1999. Speziell für die Anwendung auf das Recht auch *Jutta Limbach*, Die sozialwissenschaftliche Inhaltsanalyse richterlicher Entscheidungen, in: JA 1976, S. 353 ff.; *Wambsganz*, Computerunterstützte Inhaltsanalyse zweier Strafrechtskommentare, 1999.

¹⁷⁷*Mariele Dederichs*, Häufigkeit und Bedeutung methodischer Argumente in den Begründungen des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, im Erscheinen 2003.

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.¹⁷⁸

Im Rahmen der herkömmlichen Lehre hat man mit der Erklärung dieses Phänomens Probleme. Um trotz der offensichtlich aktiven Rolle der Gerichte die herkömmliche Vorstellung objektiv vorgegebenen Rechts zu retten, erklärt man 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 einzugrenzenden 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 in der Praxis der Gerichte 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.¹⁷⁹ Normativität

¹⁷⁸ *Mariele Dederichs*, Häufigkeit und Bedeutung methodischer Argumente in den Begründungen des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, im Erscheinen 2003.

¹⁷⁹ Vgl. zur Diskussion *Schima*, Zur Wirkung von Auslegungsentscheidungen des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, in: *Birgit Feldner/Nikolaus Forgó* (Hrsg.), Norm und Entscheidung, 2000, S. 280 ff.; *Toth*, The Authority of Judgements of the European Court of Justice: Binding Force and Legal Effects, in: *Yearbook of European Law* 4 (1984), S. 1 ff.; *Pietrek*, Verbindlichkeit von Vorabentscheidungen nach Art. 177 EWGV, 1989; *Barcelò*, Precedent in European Community Law, in: *MacCormik / Summers* (Hrsg.), Interpreting Precedents: A Comparative Study, 1997, S. 407 ff.; *Ehricke*, Die Bindungswirkung von

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.

Es stellt sich daher die Frage, ob dieser lose und indirekte Zusammenhang durch Argumentation ausreicht, um die große Aufgabe der Kompatibilisierung von Regimekonflikten zu erfüllen.

3. Kann das Verfahren mit Inkommensurabilität umgehen?

Wenn weder eine geschlossene Totalität des Rechts zur Verfügung steht, in welche die Konflikte einrücken könnten, noch eine Superrationalität, welche die Teilrationalitäten in ihre jeweiligen Schranken weisen könnte, kommt eine Aufhebung der Konflikte in die harmonische Gesamtheit der Weltverfassungsinterpretation nicht in Betracht. Will man den Konflikten nicht einfach ihren Verlauf lassen, kommt als Ziel nur eine Kompatibilisierung in Betracht. Unter der Voraussetzung der Kollision von inkommensurablen Sinnsystemen stellt sich dann allerdings die Frage, ob eine solche Kompatibilisierung durch Argumentation überhaupt möglich ist.

Deswegen muss man die Frage stellen, worin die Aufgabe der Argumentation liegt. Teubner spricht insoweit von einem re-entry des fremden Sinnmaterials in der Welt des Rechts: "Niemals jedoch ist diese interne Rekonstruktion der Außenwelt mit dem, was in der Außenwelt abläuft, selbst identisch. Wenn das Recht etwa moralische Argumente intern rekonstruiert, so haben diese den Bezug auf das Universalisierungskriterium und den moralischen Code verloren. Sie werden der Gleich-/Ungleichbehandlungsmaschinerie unterworfen, in die Programme des Rechts (Regeln, Prinzipien, Dogmatik) eingepasst und letztlich auf den Code des Rechts/Unrechts bezogen. Das gleiche geschieht mit Kostenkalkülen und Machtkalkülen und policy-Argumenten und wissenschaftlichen Konstrukten. Sie werden alle zu merkwürdigen Hybriden, die aber nunmehr allein unter der

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, 1997; *Armel*, Interpretation and Precedent in English and Community Law: Evidence of Crossfertilization?, in: *Andenas* (Hrsg.), English Public Law of Europe, 1998, S. 93 ff.

konstruktiven Verantwortung des Rechtsdiskurses stehen."¹⁸⁰ Um diese Aufgabe zu erfüllen, müsste die Codierung in der Argumentation semantisch verfügbar sein, was ihr dann aber sofort die herrschende Stellung entzöge. Eine Versklavung vom Recht her ist also nicht sinnvoll. Denn es würde auf kurz oder lang den Herrn wieder dem Knecht unterwerfen. Auch treten in einem solchen Konflikt nicht einfach fremde Sinnmaterialien auf, sondern Rechtsauffassungen, die sich ihrerseits der Codierung des Rechts bemächtigen wollen. Indem das Recht diese imperialistischen Angriffe abwehrt und gleichzeitig die fremden Sinnmaterialien zwingt, in den Kampf um das Recht im Raum der Sprache einzutreten, übt es keinen direkten Zwang als Oktroyierung eines festen Rahmens aus. Vielmehr wirkt es indirekt als Zwang zur Selbstreflektion und zum Lernen. Die beteiligten Sozialsysteme werden gezwungen, ihre eigene Rahmung zu sehen und andere auszuprobieren. Entscheidend ist dabei nicht, dass die beteiligten Sozialsysteme zu einem re-entry ihrer Codierung gezwungen werden, sondern dass der von ihnen vorgeschlagene Begriff des Rechts einem re-entry unterzogen wird. Die Codierung des Rechts muss durch Paradoxierung immer erst freigeräumt werden, bevor die Argumentation das Verfahren wieder entparadoxieren kann.

Kann aber das Recht als historische Maschine wenigstens lokale Kommensurabilität herstellen? "Genau dies, Versklavung und Kommensurabilisierung, geschieht im re-entry von rechtsfremden Sinnmaterialien im Rechtsprozess. Sie alle werden ihrem eigentlichen Sinnzusammenhang entfremdet und erscheinen als Abwägungsposten in der historischen Maschine der rechtlichen Gleich-/Ungleichbehandlung von Fällen. Moralische Maximen, ethische Identitäten, pragmatische Empfehlungen, ökonomische Kostenargumente, politische Strategien untergehen eine seltsame Transsubstantialisation; nach dem re-entry erscheinen sie nur noch als einfache Komponenten des Rechtsdiskurses: Rechtswerte, Rechtsprinzipien, Normzwecke, Interessen, Abwägungsposten. Es handelt sich also nicht um eine Moralisierung, Politisierung, Ökonomisierung etc. des Rechts, sondern umgekehrt um die Verrechtlichung moralischer, ökonomischer, politischer Phänomene mit dem Effekt, dass ihre diskursiven Differenzen nivelliert werden. Effizienzgesichtspunkte, policy-Effekte und moralische Prinzipien werden auf diese Weise – um es zu wiederholen: nur innerhalb der Grenzen des Rechtsdiskurses – im Einzelfall gegeneinander verrechenbar."¹⁸¹

Kann das Recht als Übersetzungsmaschine eine Serie produktiver Missverständnisse erzeugen? Es gibt keine Möglichkeit, eine 1:1-Übersetzung von einer Sprache in die andere, sonst müsste es Propositionen geben, die den Ersetzungsprozess kontrollieren. Diese müssten aber sprachlich formulierbar sein und würden so eine weitere Sprache darstellen. Übersetzen kann man also nur, wenn man die eigene Sprache verändert. Wenn man die eigene Rahmung oktroyiert, entstehen Missverständnisse, die vollkommen unproduktiv sind. Als Beispiel denke man an Textübersetzungen von Übersetzungcomputern.¹⁸² Die Vorstellung der Ver-

¹⁸⁰ Gunter Teubner, *Altera pars*, S. 211.

¹⁸¹ Gunter Teubner, *Altera pars*, S. 211.

¹⁸²Vgl. dazu die Übersetzung eines methodischen Textes von Bydlincki durch einen Überset-

rechenbarkeit von Inkommensurabilität erscheint zu optimistisch. Zwar ist das Recht wirklich eine historische Maschine, die an Gleich- und Ungleichbehandlung von Fällen orientiert ist. Aber die Vernetzung von Präjudizien reicht nicht für die Entscheidbarkeit von Entscheidungen. Sie bleiben unentscheidbar. Denn im Netz der Präjudizien finden wir nicht nur "nested oppositions" als schreiende Widersprüche.¹⁸³ Sondern vor allem steht die Bindung an Präjudizien unter dem Vorbehalt der Argumentation. Teubner selbst entwickelt dazu eine weitere Überlegung: Auch würde die Gleichbehandlung als interner Gerechtigkeitsaspekt des Rechts die ökologische Fragestellung nach der Auswirkung der Entscheidung in den Sozialsystemen ausschließen. Die fremde Rationalität würde aus dem Recht exkludiert und einem Rechtsstreit unterworfen, ohne an der Erstellung der Regel mitwirken zu können. Das wäre Exklusion als Unterdrückung des Widerstreits. Gerade hier setzt Teubner an, um in Anknüpfung an Wiethölter eine Umänderung der Denkart zu fordern, nämlich den produktiven¹⁸⁴ Umgang mit Paradoxien.

a) Prinzip der Nachsicht und Rahmung 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. Es lässt sich auch nicht behaupten, dass eine der beiden Lesarten des streitigen Sachverhaltes und der Gesetzestexte außerhalb von Sprache und Bedeutung liegen und nur unverständliches Gestammel darstelle. Die Vorstellung der Sprache als ein gemeinsamer Regelapparat versagt.

Wie aber sollen sie sich einig werden können, wenn sie durch Antagonismus ihrer Überzeugungen in ein und derselben Sache bei Licht besehen nicht einmal „dieselbe Sprache sprechen“?

Der Rechtsstreit ist die Krise von Kommunikation par excellence. Jedenfalls dann, wenn man sich unter Kommunikation mehr vorstellt, als gezwungenermaßen überhaupt noch miteinander reden zu müssen. Mehr aber ist mit dem Eintritt in das Verfahren einer Entscheidung von Recht nicht zu erwarten. Zwar wird mit ihm die ursprüngliche Brachialität der Auseinandersetzung darin gemildert, dass der „Kampf ums Recht“ nur sprachlich ausgetragen werden kann. Sofern aber zugleich „das Element des Streitigen und des Kampfes“ ein „dem Rechtsbegriff“ „ureigenes“ ist,¹⁸⁵ kehrt dieses im Verfahren als der offene „Bürgerkrieg der Sprache mit sich selbst“ wieder.¹⁸⁶

Auf eine Formel gebracht sind die Parteien in den „Kampf um das Recht im Raum der Sprache“ verstrickt.¹⁸⁷ Die Sprache gibt keine den Parteien gemeinsame

zungscomputer, in: *Alexander Somek/Nikolaus Forgó*, S. 111.

¹⁸³ *Jack Balkin*, Nested oppositions, in: *Yale Law Journal*, 99/1, S. 669 ff.

¹⁸⁴ *Gunter Teubner*, *Rechtsverfassungsrecht*, S. 27 ff., 29.

¹⁸⁵ *Rudolf V. Jhering*, *Der Kampf ums Recht*, Frankfurt/M. 1992, S. 100.

¹⁸⁶ Diese Formulierung bei *Jean-Francois Lyotard*, *Das postmoderne Wissen*. Wien, 1982; Vgl. *Friedrich Müller/Ralph Christensen/Michael Sokolowski*, *Rechtstext und Textarbeit*, Berlin 1997, S. 68 ff.

¹⁸⁷ Im Sinne von *Jean-Francois Lyotard*, München 1987, S. 23, 232 f. und öfter.

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.

Der Streit geht über Sprache. Im Antagonismus der Ansprüche auf das „Idiom“¹⁸⁸ des Rechts steht jene Sprache zur Disposition, in der die jeweiligen Überzeugungen zur Sache zu ihrer Bedeutung als Ausdruck von Recht zu finden vermögen. Sie wird im vollen Ernst des Wortes der Fragwürdigkeit „ausgesetzt“. Jede Einlassung und Äußerung der Parteien zum Fall, setzt Sprache deren Einsatz im Dienste des jeweils eigenen Interesses einer Entscheidung über sie aus. Die Gegenseitigkeit des Anspruchs auf sie, lässt sie in die Kluft des diametralen Gegensatzes fallen.¹⁸⁹

Ein Konflikt ist soziologisch gesehen ein hochintegriertes System von Kommunikation.¹⁹⁰ Dass Sprache umstritten ist, heißt aber nicht, dass die Akteure im Rechtsstreit hoffnungslos aneinander vorbei reden 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 des von ihm wird stehenden Fußes mit dem Misserfolg der eigenen Maßnahmen dagegen abgestraft. Um also im Rechtsstreit bestehen zu können, sind die Parteien geradezu darauf angewiesen, genau auf den anderen zu hören.

Erst ein Perspektivenwechsel erklärt, wieso Verständigung trotz des elementaren Mangels an gemeinsamer Sprache möglich ist. Man wechselt dabei vom Sprecher zum interpretierenden Hörer. Verstehen ist kein Sprachverstehen. Es ist „Personenverstehen“.¹⁹¹ Das heißt, „dass das Verstehen einer sprachlichen Äußerung nicht als das Verstehen eines sprachlichen *Ausdrucks*, vielmehr als Verstehen einer handelnden *Person*, die sich in der Äußerung ausdrückt, aufzufassen ist.“¹⁹² Die Akteure sind dazu nicht in der Lage, weil sie die gleiche Sprache sprechen. Vielmehr sind sie dazu in der Lage, weil sie von sich aus in der ihnen eigenen Sprache¹⁹³ Vermutungen über die Absichten und Ziele des anderen anstellen können. Sie vermögen diese in Einklang mit dem Kontext bringen, dem diese Äußerungen stehen. Und sie können anhand der Reaktionen ihr Verständnis wiederum überprüfen und sich darauf weiter einstellen.

¹⁸⁸Allgem. dazu *Klaus Gloy*, „Der Abgrund zwischen den Sätzen“ - Eine Kluft zur Sprachtheorie, in: *Gebhard Warner/ders.*, Lyotard. Darstellung und Kritik seines Sprachbegriffs, Aachen 1995, S. 81 ff.

¹⁸⁹*Niklas Luhmann*, Konflikt und Recht, in: *ders.*, Ausdifferenzierung des Rechts, Frankfurt/Main 1999, S. 92 ff., 101.

¹⁹⁰Vgl. *Sybille Krämer*, Sprache, Sprechakt, Kommunikation. Sprachtheoretische Positionen des 20. Jahrhunderts, Frankfurt/M. 2001, S. 177.

¹⁹¹*Sybille Krämer*; Sprache und Sprechen oder: Wie sinnvoll ist die Unterscheidung zwischen einem Schema und seinem Gebrauch? Ein Überblick, in: *dies/Ekkehard König* (Hrsg.), Gibt es eine Sprache hinter dem Sprechen?, Frankfurt/M. 2002, S. 97 ff., 119.

¹⁹²Dazu, dass es im Grunde so viele Sprachen wie Sprecher gibt *Donald Davidson*, Die zweite Person, in: *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, Jg. 48, H. 3, 2000, S. 395 ff.

¹⁹³Siehe *Niklas Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, Frankfurt/M. 1997, v.a. S. 193 ff.

Zu den für das Interpretieren nötigen Vorstellungen gehört die, im anderen ein sprachbegabtes Wesen zu sehen. Von daher versuchen wir dem, was er uns darbietet, in einer uns vertrauten Weise Bedeutung zu verleihen. Dazu ist nötig, dem anderen zu unterstellen, dass er sehr wohl weiß, wovon er redet und was er tut. Und dafür wiederum ist nötig, dass wir bis zum „Beweis des Gegenteils“ unterstellen, dass sich der andere im großen und ganzen nicht anders durch die Welt bewegt, als wir es auch tun. Dieses „Prinzip der Nachsicht“ besagt nun gerade nicht, dass Verstehen zu völliger Konformität zwingen würde. Es bietet ganz im Gegenteil überhaupt erst die Grundlage, einen Anhaltspunkt dafür, Varianzen und Divergenzen festzustellen und ihnen in Hinblick auf die Bedeutung, in der der andere Sprache verwendet, Rechnung zu tragen.

Gerade mit Davidson wird klar, wie es überhaupt zu einer Situation des förmlichen Antagonismus von Sprachen im Rechtsstreit kommen kann. Die Akteure sind nicht irgendwelchen Einflüsterungen einer ihrer Rede unterliegenden Sprache ausgeliefert, denen sie gleichermaßen auf Gedeih und Verderb folgen müssten, um einander zu verstehen. Sie werden in dem, was sie zu sagen haben und in dem, was sie verstehen, nicht von der Sprache gesprochen. Vielmehr verhalten sie sich dafür in der Sprache zu ihr. Es bleibt ganz in der Hand der Akteure dem Auftreten des anderen den Sinn eines Ausdrucks von Überzeugungen zu geben und diesen entsprechend den eigenen zu handhaben. In dieser Distanz ist die Interpretation der Äußerungen offen. Als die Distanzierung einer Reflexion auf die Äußerung setzt Sprache die Stellungnahme frei. Die Äußerung öffnet sich kritisch der Affirmation und Negation gleichermaßen.

Sprache wird so geradezu zum Medium von Differenz und Dissens, wie Niklas Luhmann geltend macht.¹⁹⁴ Ganz überein mit Davidson sieht Luhmann in der Kommunikation kein „Mitteilungshandeln“, in dem die Akteure Botschaften austauschen würden, die sie aufgrund ihnen gemeinsamer Schematismen zu entziffern hätten. Kommunikation ist auch für ihn eine „Verstehensoperation“. In der kommt es zwar darauf dann, einen Sinn in die Äußerungen des Anderen zu bringen. Wie dies geschieht ist aber völlig offen. Denn „das Verstehen (ist) ein Vorgang, für den es unerheblich ist, ob richtig oder falsch verstanden wurde, ob sich Konsens oder Dissens ergibt, ob die Mitteilung angenommen oder abgelehnt wird.“¹⁹⁵ Möglich ist dies, weil Sprache in jedem ihrer Momente eben selbst eine kontrastiv kritische Scheide darstellt. Damit sieht auch Luhmann in der Sprache als der bloßen Möglichkeit sich in einer Äußerung der Interpretation darzubieten, konstitutiv ein „Potential zur Widerrede“¹⁹⁶. „Jede Aussage ist mit einer Gegenaussage korreliert; jede Bejahung verweist auf ihre Negation. Sprache stiftet also nicht einfach Konsens, sondern bietet immer auch die Möglichkeit zum Dissens.“¹⁹⁷

Im Rechtsstreit als Krise sind die Verhältnisse allerdings weit über einen bloßen

¹⁹⁴ Sybille Krämer 2001, S. 159 f.

¹⁹⁵ Sybille Krämer 2001, S. 161.

¹⁹⁶ Sybille Krämer 2001, S. 161.

¹⁹⁷ Sybille Krämer 2001, S. 161.

Dissens hinaus auf die Spitze getrieben. Im Antagonismus des Anspruchs auf das eine Recht sind die Positionen nicht nur konträr. Sie stehen in der Konkurrenz einer völligen Unvereinbarkeit miteinander. Mit einem Wort, sie sind inkommensurabel.¹⁹⁸ Und die Frage ist, wie damit selbst jenes Minimum an geteilten Überzeugungen möglich sein kann, das es für eine Interpretation der jeweiligen Äußerungen im gegenseitigen Sinne braucht.

b) Das transversale Medium der Argumentation Wie kann man mit dem Problem der Inkommensurabilität umgehen?

Genau die Möglichkeit eines Vergleichs aus der Setzung von gemeinsamen Bezugspunkten, die die Inkommensurabilität erst in Erscheinung treten lässt, bietet den Angriffspunkt ihn in Arbeit zu nehmen. Eine Ebene, auf der das Trennende festgestellt werden und mit der Formulierungen eines dafür zu schaffenden Idioms begonnen werden kann.¹⁹⁹ „Was zuvor unterliegen musste, weil es bestenfalls eine Stimme, aber noch keine Sprache hatte, kann sich jetzt artikulieren und Gehör finden. Die Inkommensurabilität, der zuvor unentdeckt geblieben oder übergangen worden war, kann nun expliziert und ausgetragen werden.“²⁰⁰ Vergleich beruht auf Setzungen und verweist damit auf ein den involvierten Personen verfügbares Handeln. Im juristischen Verfahren ist dies eben die Auseinandersetzung mit der gegnerischen Position, die diese in ihrem Sinn als Formierung von Recht aufnimmt und sich in der eigenen Äußerung dazu vor sich stellt.

Das Thema des Unrechts ist mit der Möglichkeit einer Arbeit an Inkommensurabilität nicht erledigt. Ganz im Gegenteil. Es bekommt damit erst seine Spitze.

Die Auseinandersetzung mit widerstreitenden Orientierungen ist immer nur aus der Perspektive der eigenen möglich. Was „gemeinsam“ sein muss, um sich die andere, die Fremde Welt zum eigenen Bilde zu machen, ist die praktische Unterstellung von Überzeugungen, um auf dieser Basis zu Einschätzung und Konstatierung von Differenz und Divergenz zu kommen. Das Maß des Sinns im anderen kann so aber immer nur der eigene Verstand sein. Dies aber vermag anderen nicht genuin zu Wort kommen zu lassen. Es übertönt ihn in der eigenen Rede von ihm. Das Nachsichtsprinzip als Transfer und Transponierung, das die Verständigung über die Kluft der Sprachen hinweg ermöglicht, nötigt zugleich zu Unterwerfung. Denn mit der unumgänglichen Perspektivierung der Gemeinsamkeiten wird nolens volens das eigene System immer als Standard dafür gesetzt, sich das andere in der eigenen Sprache zurecht zu legen.

Mit der Artikulierung der Inkommensurabilität, durch die im übrigen auch

¹⁹⁸ Entsprechend zur Definition von Inkommensurabilität *Geert Lueke Lueken*, Inkommensurabilität als Problem rationalen Argumentierens, Stuttgart-Bad Cannstatt 1992, S. 29 ff.

¹⁹⁹ Vgl. *Jean-Francois Lyotard*, München 1987, S. 33 f. *Wolfgang Welsch*, 1996, S. 322.

²⁰⁰ *Wolfgang Welsch* 1996, S. 324 mit Verweis auf *Jean-Francois Lyotard*, *Der Enthusiasmus. Kants Kritik der Geschichte*, Wien 1988, S. 114.

die eigene Position um ihre Selbstverständlichkeit gebracht und sich fremd wird, kann zwar der „Übergang vom ‚Schlachtfeld‘ zum ‚Gerichtssaal‘, von Unterdrückung zu Diskursivität“ vollzogen werden.²⁰¹ Gerade weil aber dadurch die Inkommensurabilität erst in aller Schärfe in Erscheinung tritt, vermag er durch diesen Übergang erst recht nicht mehr gelöst zu werden. „Zwar kommt es zu einer Transformation, die nicht nur die eine, die bislang unterdrückte Seite, sondern durchaus beide Kontrahenten betrifft. Sie vermögen jetzt in einen argumentativen Prozess des Austauschs ihrer Positionen einzutreten - aber dessen Ergebnis kann, sofern es sich wirklich um Inkommensurabilität handelt, nicht in einem Konsens und einer Entscheidung, sondern nur in der Klarheit darüber bestehen, dass hier keine Entscheidung mehr möglich ist. Legitimerweise kann sich nur ein Konsens über den Dissens - über den Inkommensurabilitätscharakter dessen, was ein bloßer Streit zu sein schien - einstellen.“²⁰²

Der Rechtsstreit ist die Einigkeit im Antagonismus der Versionen innerhalb des Deutungssystems Recht. Die Parteien wollen jeweils ihre Version in die Rechtsposition rücken, ohne dass es eine neutrale Bezugsversion gäbe, die hier die Schiedsrichterrolle übernehmen könnte. Die Gemeinsamkeiten, die die Auseinandersetzung ermöglichen, liegen weder in der Sprache noch in den Überzeugungen davon, was jeweils Recht sei. Sie liegen allein in den Praktiken, aus der eigenen Position sich die andere zurechtzulegen und die eigene darauf abzustellen. Sie sind keine in der Sache vorliegende oder mit der Sprache zuhandene. Sie können nur einander unterstellt und damit für die eigene Sicht hergestellt werden. Was bleibt sind die Praktiken des Bezugs der Akteure. Gewissermaßen als konkrete Ausformulierungen des „Prinzips der Nachsicht“.

Welche Praktiken das im Rechtsstreit sein könnten, braucht allerdings erst gar nicht gefragt zu werden. Dies ist durch den Legitimierungs- und Begründungszwang im Rechtsstreit vorbestimmt: als Rationalitätsgebot für die Auseinandersetzung vor Gericht eben Zwang zu argumentieren. Es stellt sich also nicht die Frage, ob argumentiert werden kann und soll. Es stellt sich vielmehr die Frage, wie angesichts der kommunikativen Verhältnisse, das heißt unter den Bedingungen der Inkommensurabilität und des Entscheidungszwangs so argumentiert werden kann und soll, dass das als Arbeit an Inkommensurabilität unvermeidliche Unrecht darin nicht nur stumm ertragen werden muss, sondern vielmehr selbst noch einmal zur Sprache kommen kann.

c) Inkommensurabilität und Rahmenwechsel Juristisches Argumentieren ist die polemische Praxis von Sprache gebannt in die Formalitäten des Verfahrens. Dieses hat die Brücke zu schlagen dort, wo aufgrund der Inkommensurabilität der Überzeugungen ein Abgrund klafft. Notwendig ist dies, da ansonsten nicht einmal eine Unverträglichkeit Überzeugungen und Orientierungen darüber, was rechtens sei, vernehmlich werden kann. Was nichts mit einander zu tun hat, kann sich auch nicht widersprechen. Das Verfahren

²⁰¹ Wolfgang Welsch 1996, S. 322.

²⁰² Wolfgang Welsch 1996, S. 322.

also bringt dafür die Parteien im Streit zusammen, indem sie sich in ihm ihren Rollen als Gegner zu stellen haben. Mit dem Eintritt in das Verfahren wird der Widerstreit ihrer Überzeugungen als die Kontroverse einander entgegen stehender Positionen in Szene gesetzt.²⁰³ Das Verfahren stellt also eine Gemeinsamkeit genau dadurch her, dass es den Gegensatz praktiziert.

Das klingt nicht nur paradox, sondern ist es zunächst auch. In der Situation der Inkommensurabilität so, wie sie der Antagonismus der je für sich als solche berechtigten Rechtsmeinungen der Parteien vor Gericht schafft, versetzt der Einsatz von Argumentation die Beteiligten zunächst geradezu in die Lage eines Doublebind umzugehen. „Sie sind an ihre eigene Position gebunden und wollen sie nur aufgrund überzeugender Einwände ändern.“²⁰⁴ Zugleich sind sie so dem Interesse an einer für beide geltenden Entscheidung von Recht verpflichtet. Das Verbindende daran kann nur in einer Verbindlichkeit für beide liegen. Dies für die eigene Position zu erreichen, indem sie eben in den Stand eines kollektiven Geltenden gesetzt wird, löst die Dynamik des Argumentationsprozesses aus. Und es lässt zugleich den Widerstreit immer wieder durchschlagen, da sich dieser Anspruch nur durch die Verdrängung des Anspruchs der Gegenpartei genau darauf verwirklichen lässt. „Das Paradoxe der Situation ist dadurch gekennzeichnet, dass weiteres Argumentieren die Kontroverse stets zu radikalieren, statt sie einer (...) Lösung näher zu bringen scheint. Jeder der Kontrahenten mag eine noch so große Bereitschaft haben, zu überzeugen und sich überzeugen zu lassen, doch je stärker er diese Bereitschaft in Form von Einwänden und Begründungen in argumentatives, (...) umsetzt, in desto weitere Ferne scheint“ die Konfliktlösung zu rücken²⁰⁵

Die Lösung liegt hier, wie so oft, im Problem. Man muss sie nur vor sich sehen. Der entscheidende Hinweis liegt in der Rede von „Einwänden“ und „Begründungen“. Argumentieren als Begründungsspiel²⁰⁶ heißt nicht einfach nur, zur Sache zu reden. Argumentieren verlangt immer, sich in einer reflektierenden Einstellung seinen Überzeugungen Ausdruck zu verleihen, indem zugleich die Rolle der entsprechenden Äußerungen für das Spiel deutlich gemacht werden muss. Die Frage, woraus die Begründungen und Zurückweisungen geschöpft werden können, die dieses für die jeweiligen Äußerungen leisten, verweist dann auch auf die „Möglichkeit, mit einer paradoxen Doppelbindungssituation“, nämlich „aus ihr hervorzutreten.“²⁰⁷ Im bezug auf eine Quelle der Gründe und Einwände für

²⁰³ Allgemein zur Situationsinszenierung als Herstellung von Gemeinsamkeit und einer Begründungsbasis *Geert Lueke Lueken*, Inkommensurabilität als Problem rationalen Argumentierens, Stuttgart-Bad Cannstatt 1992, S. 288 ff.

²⁰⁴ *Geert Lueke Lueken*, Inkommensurabilität als Problem rationalen Argumentierens, Stuttgart-Bad Cannstatt 1992, S. 277.

²⁰⁵ *Geert Lueke Lueken*, Inkommensurabilität als Problem rationalen Argumentierens, Stuttgart-Bad Cannstatt 1992, S. 277.

²⁰⁶ *Geert Lueke Lueken*, Inkommensurabilität als Problem rationalen Argumentierens, Stuttgart-Bad Cannstatt 1992, S. 277, hier adaptiv um die ausdrückliche Konsensorientierung gekürzt. Eingehend dazu *Geert Lueke Lueken*, Inkommensurabilität als Problem rationalen Argumentierens, Stuttgart-Bad Cannstatt 1992, S. 237 ff.

²⁰⁷ *Geert Lueke Lueken*, Inkommensurabilität als Problem rationalen Argumentierens, Stuttgart-Bad Cannstatt 1992, S. 279.

ihre Äußerungen vermögen die Argumentierenden die Situation des Doublebind auseinander zu legen und sich aus der Verfangenheit darin zu lösen. Denn nun kann zum einen die Äußerung als These in Arbeit genommen werden. Damit kann als erstes das Interesse der Auseinandersetzung bedient werden. Die neuerliche Äußerung, die dies leistet, kann dann als zweites in einer Handhabung der Gründe, bzw. Einwände über ein Zurückweisen oder Akzeptieren in die Arbeit einer Behauptung der eigenen Position genommen werden. Damit kann das Interesse des Verharrens in den eigenen Überzeugungen bedient werden. Sei es, dass es sich bestätigt. Sei es, dass es durch Aufgeben gegenstandslos wird.

Konkret geschieht dies im Rechtsstreit dadurch, dass die Kontrahenten nicht einfach nur in ihren Rechtsmeinungen verharren und aus ihnen heraus agieren. Um sie als berechtigt auszuweisen, haben sich die Parteien in ihren Äußerungen in einen ihren Überzeugungen entzogenen Bezug zu setzen. In den zum Text, indem sie ihre Einlassungen als dessen Lesarten geltend machen. Die Arbeit des Juristen ist genuin Arbeit an Text. Ohne diesen Textbezug wäre das Verfahren von der Beliebigkeit eines Schauspiels, in dem einer als Richter und einige als Anwälte verkleidet sind und im Mobiliar eines Gerichtssaals umher laufen.²⁰⁸ Es wäre reine Staffage. Im Bezug zu den jeweils einschlägigen Normtexten verkörpert sich gewissermaßen der Sinn des Verfahrens als ein Streit um Recht sprachlich.²⁰⁹ Von daher ist es zugleich auch dieses Übereinkommen im Text, das ihn changierend in die sich diametral gegenüber stehenden Lesearten fallen, jeweils im Austausch der Argumente kippen lässt, ohne dass umgekehrt der Text in seiner Bedeutung als Recht anders gegeben wäre als darin.²¹⁰ Er liefert also kein Drittes an Sprache, zu dem die Äußerungen der Parteien in einer ihnen äußerlichen Beziehung stünden. Vielmehr der Text nur den Zwang, die eigene Position in ihn zu fassen und auf die andere zu beziehen.

Diese Situation lässt sich mit jenem Bild eines Hase/Enten-Kopfes erläutern durch das Wittgenstein den Aspektwechsel beim Sehen-Als erläutert.²¹¹ Dabei handelt es sich um eine Strichzeichnung, die man entweder als Kopf eines Hasen, oder aber als Kopf einer Ente sehen kann. Der Witz daran ist, dass diese Figur weder beides ist. Man sieht immer nur das eine zur Zeit. Noch ist die Figur nur eines von beiden und das andere dementsprechend eine Störung der Wahrnehmung. Man kann umstandslos immer das andere sehen. Wie bei all solchen Kippfiguren spielt sich hier jeweils also ein Gestaltwandel in toto ab, in der die Lineatur der Zeichnung changiert ohne je aufzuhören, genau diese

²⁰⁸Womit hier keineswegs etwas gegen die Bedeutsamkeit der Szenerie wiederum als Rechtszeichen etwas gesagt sein soll. Dazu *Thomas M. Seibert, Zeichen, Prozesse. Grenzgänge zur Semiotik des Rechts*, Berlin 1996, S. 155 ff.

²⁰⁹Dazu hier *Thomas M. Seibert, Zeichen, Prozesse. Grenzgänge zur Semiotik des Rechts*, Berlin 1996, S. 33 ff.

²¹⁰Allgemein dazu *Thomas M. Seibert, Zeichen, Prozesse. Grenzgänge zur Semiotik des Rechts*, Berlin 1996, S. 166 ff.

²¹¹Siehe *Ludwig Wittgenstein, Philosophische Untersuchungen. Werkausgabe Band 1*, Frankfurt/M. 1984, II xi. Dazu in Hinblick auf das Problem der Inkommensurabilität *Geert Lueke Lueken, Inkommensurabilität als Problem rationalen Argumentierens*, Stuttgart-Bad Cannstatt 1992, S. 56 ff.

Lineatur zu sein, die das tut. Analog verhält sich mit dem jeweils im Rechtsstreit zur Debatte stehenden Normtext. Der Widerstreit formuliert sich dann darin, dass der Text immer nur in die einer oder in die andere Lesart fallen kann. Diese Lesarten koexistieren nicht. Sie konkurrieren in derselben Stelle von Sprache, die der Normtext als komplexes Zeichen von Recht darstellt. Solange jedenfalls, solange nicht eine von ihnen Stück für Stück abgetragen, „gelöscht“, ist. Wie dies geschieht, was also dafür ein juristisches Argument zu sein vermag, ergibt sich genau aus dem Umgang mit Text, den das juristische Geschäft in seiner Selbstschöpfung als gesellschaftliche Praxis zu pflegen hat.

Ist es also möglich, die universale Rationalität kollidierender Sozialsysteme in die lokale Rationalität des Verfahrens zu überführen? Vorher kann man das nicht wissen. Aber die Chance dazu besteht. Denn das Prinzip der Nachsicht bei der sprachlichen Interaktion zwingt die Beteiligten, sich auf die fremde Sichtweise einzulassen. Trotzdem würden die Bedeutungen verschieden bleiben, solange sie von der jeweils grundlegenden Codierung beherrscht werden. Denn die grundlegende Unterscheidung bestimmt jede Äußerung und ihre Bedeutung. Deswegen stellt sich die Frage, ob auch der grundlegende Rahmen der Semantik erkannt und relativiert werden kann. Mark Twain erzählt die Geschichte, wie Tom Sawyer zum Streichen eines Gartenzauns gezwungen wird und deswegen von seinen Spielkameraden verspottet. Indem er den Arbeitscharakter des Streichens bestreitet und seine Kameraden neugierig macht, bringt er sie dazu, den Zaun mehrfach gegen Entgelt zu streichen. "Durch die inszenierte spielerische Alternative erweist sich also, dass die Bestimmung des Anstreichens als Arbeit nur eine Rahmung war. Und damit wird die Wirklichkeit in dieser Situation und im Folgenden transformiert: Zwar kann Tom auf Grund der Erfahrung dieser Rahmenaufhebung nicht etwa in Zukunft alle Arbeiten als Spiel angehen, aber er weiß, dass etwas, das als Arbeit gilt, auch Spiel sein kann. Und das öffnet seinen Blick und Mut für die Suche nach konkreten Alternativen. Bestandteil dieser Wirklichkeitstransformation ist offenbar eine Bedeutungsänderung in den Prädikaten 'arbeiten', 'Zaun streichen', 'spielen'. Etwas allgemeiner betrachtet, besteht also der Vorgang darin, dass eine Bestimmung irrt und die Negation solange festgehalten wird, bis sich in ihr der Rahmen zeigt, dessen Unbewusstheit die Widersprüchlichkeit, – hier das Problem zu beginnen – ausmacht. Das Bewusstwerden des Rahmens löst die Festigkeit auf, die Bestimmung erweist sich als nur mögliche Bestimmung, ihre Negation steht nicht mehr im Widerspruch zu ihr, womit das Problem nicht mehr notwendig ist."²¹² In den meisten Situationen des Rechtsstreits werden natürlich mehr Rahmen verknüpft sein als in der vorliegenden Geschichte. Aber das Beispiel zeigt doch, dass man die Möglichkeit einer Aufhebung von Rahmungen nicht ausschließen kann.

Ausgangspunkt des Rechts ist der Konflikt.²¹³ Dieser beginnt als Widerstreit,

²¹² Harald Wohlrapp, Überlegungen zu einer möglichen Lösung des Problems inkommensurabler Welten mit Hilfe des Konzepts und der Bewegung des Begriffes, in: Hegel-Jahrbuch 1981/82, S. 314 ff., 320.

²¹³ Niklas Luhmann, Konflikt und Recht, in: *ders.*, Ausdifferenzierung des Rechts, Frankfurt/Main 1999, S. 92 ff., 92, m. w. N. in Fn. 1.

d. h. als praktischer Konflikt ohne Erklärung außerhalb von Rechts- und Tauschverhältnissen: „Was diesen Zustand anzeigt, nennt man normalerweise Gefühl. 'Man findet keine Worte' usw.“²¹⁴ Streng genommen kann man ihn nur in der ersten Person formulieren, in der dritten wäre er schon objektiviert: „Der Widerstreit ist der instabile Zustand und der Moment der Sprache, in dem etwas, das in Sätze gebracht werden können muss, noch darauf wartet.“²¹⁵ Aus dieser Situation erwächst das Problem des Rechts: „Jedes Unrecht muss in Sätze gebracht werden. Eine neue Kompetenz (oder Klugheit) muss gefunden werden.“²¹⁶ Natürlich kann in der Situation des Zusammenpralls inkommensurabler Sinnsysteme keine gemeinsame Regel gefunden werden. Aber das Verfahren und der Zwang im Raum der Sprache um das Recht zu kämpfen, kann die Parteien zwingen mitzuwirken an der Erfindung einer solchen Regel. Das Recht kann dabei den Widerstreit nie endgültig zum Verschwinden bringen. Aber es kann ihn immerhin ein Stück weit kultivieren.

4. Von der Ableitung zur Erzeugung von Legitimität

²¹⁴ *Jean-Francois Lyotard* 1987, S. 33.

²¹⁵ Ebd.

²¹⁶ Ebd.