



This pdf document provided by SOULL can be cited as:

Christensen, Ralph (2019): "Was bedeutet Pluralismus für die Werte Rechtsstaat und Demokratie in Art. 2 EUV ?" In: SOULL – Sources of Language and Law, <https://legal-linguistics.net> (Last update: 7.7.2020)

All rights reserved.

Was bedeutet Pluralismus für die Werte Rechtsstaat und Demokratie in Art. 2 EUV ?

1. Die Bedeutung von Art. 2 EUV

Art. 2 EUV ist eine Norm, die erst durch den Vertrag von Lissabon geschaffen wurde. Zwar nimmt er Formulierungen aus dem alten Art. 6 Abs. 1 EUV auf, aber erweitert diese. Satz 1 spricht von Werten, auf denen die Union gründet. Satz 2 spricht davon, dass diese Werte allen Mitgliedsstaaten gemeinsam sind „in einer Gesellschaft gemeinsam, die sich durch Pluralismus, Nichtdiskriminierung, Toleranz, Gerechtigkeit, Solidarität und die Gleichheit von Frauen und Männern auszeichnet.“

Gewicht erhalten diese Fragen vor allem dadurch, dass die Einhaltung dieser Werte nicht nur Voraussetzung für den Beitritt ist,¹ sondern auch „Geschäftsgrundlage“ für die Mitgliedschaft in der Union.² Die Verletzung dieser Werte könnte damit auch zur Grundlage eines Sanktionsverfahrens nach Art. 7 EUV werden.³ In der Literatur wird sogar davon gesprochen, mit Art. 7 EUV sei die Union von einer werthafte zu einer „wehrhaften“ Gemeinschaft geworden.⁴

Mit diesem Satz 2 verbinden sich drei Fragen: 1. Liefert er eine Beschreibung oder ein Ziel? 2. Bezieht er sich auf die Mitgliedsstaaten oder auch auf eine eventuell entstehende europäische Gesellschaft? 3. Können die in Art. 2 Satz 2 EUV angesprochenen Werte zur Grundlage eines Verfahrens nach Art. 7 EUV werden?

¹Vgl. dazu *Th. Rensmann*, Grundwerte im Prozess der europäischen Konstituierung, in: Blumenwitz/Gornig/Murswieck (Hrsg.), Die Europäische Union als Wertegemeinschaft, 2005, S. 49 ff., 46.

²Vgl. dazu *C. Calliess*, Europa als Wertegemeinschaft – Integration und Identität durch europäisches Verfassungsrecht?, in: JZ 2004, S. 1033 ff., 1036, 1040.

³Vgl. dazu *A.v. Bogdandy*, Zur Übertragbarkeit staatsrechtlicher Figuren auf die Europäische Union, in: Festschrift für Badura, 2004, S. 1033 ff., 1036.

⁴*Th. Rensmann*, Grundwerte im Prozess der europäischen Konstituierung, in: Blumenwitz/Gornig/Murswieck (Hrsg.), Die Europäische Union als Wertegemeinschaft, 2005, S. 49 ff., 69; vgl. auch *A.v. Bogdandy/M. Joannidis*, Das systemische Defizit, in: ZaöRV 2014, S. 283 ff., 292.

Im Ergebnis wird man sagen müssen, dass die Beschreibung der Gesellschaft imperativisch gemeint ist und sowohl die Gesellschaft der Mitgliedsstaaten betrifft, als auch eine etwaige europäische Gesamtgesellschaft. Fraglich ist allerdings, ob die Werte des Satzes 2 wirklich zur Grundlage eines Sanktionsverfahrens werden könnten, denn zum Teil wird in der Literatur gesagt, dass sich hier kaum ein justiziabler Gehalt ausmachen ließe.⁵

2. Pluralismus und Recht

Kann man Recht nur von einem Zentrum aus denken? „Seit Menschengedenken zeigt sich Macht in Form von Pyramiden.“⁶ Man versteht Staat und Recht als Einheit, die von einem höchsten Punkt aus organisiert ist. „Das Postulat der Einheit des Volkes sperrt die Staatslehre in eine Zwangsjacke, die es ihr unmöglich macht, die politische Geschichte der Gegenwart juristisch adäquat zu erfassen.“⁷ Dasselbe gilt für das Denken des Rechts. Eine Alternative könnte der Gedanke des Rechtspluralismus sein. Rechtspluralismus oder „legal pluralism“ zählt heute neben „governance“, „constitutionalism“ oder „human rights“ zu den Leitbegriffen der internationalen Diskussion:⁸ „Legal pluralism is the fact. Legal centralism is a myth, an ideal, a claim, an illusion. Nevertheless, the ideology of legal centralism has had such a powerful hold on the imagination of lawyers and social scientists that its picture of the legal world has been able successfully to masquerade as fact and has formed the foundation stone of social and legal theory.“⁹

Mit dem Rechtspluralismus wird eine zweite Denkweise von Staat und Recht sichtbar: „Carl Schmitt denkt den Staat von der Einheit her – die ist eine parmenidische Konzeption des Staates. Das ewige Sein des Einen wird säkularisiert zur Einheit des Staates, des Volkes. Dagegen ließe sich ein heraklitisches Konzept denken, das die Vielheit in ihrem geschichtlichen Werden und Vergehen erfasst. Weder für das Volk, noch für den Staat entsteht ein Problem, wenn es bzw. er als Konglomerat begriffen wird.“¹⁰

Der Pluralismus führt eine eine Alternative ins Staatsdenken ein, die sich ger-

⁵Vgl. dazu *R. Streinz*, Kommentar zu EUV/AEUV, Art. 2, Rdnr. 8, 3. Aufl. 2018; dazu aber auch *D. Murswieck*, Die heimliche Entwicklung des Unionsvertrages zur Europäischen Oberverfassung. Zu den Konsequenzen der Auflösung der Säulenstruktur der Europäischen Union und der Erstreckung der Gerichtsbarkeit des EU-Gerichtshofs auf den EU-Vertrag, in: *NvWZ* 2009, 481 ff., 482.

⁶*P. Schiffauer*, Leviathan oder Hydra, in: Müller/Burr (Hrsg.), *Rechtssprache Europas*, Berlin 2004, S. 58.

⁷*P. Schiffauer*, Leviathan oder Hydra, in: Müller/Burr (Hrsg.), *Rechtssprache Europas*, Berlin 2004, S. 42.

⁸Vgl. dazu *R. Seinicke*, Recht und Rechtspluralismus. Manuskriptfassung des Referats für den Special Workshop 5 auf der Tagung der internationalen Vereinigung für Recht und Sozialphilosophie vom 15. bis 19.08.2011 in Frankfurt am Main, S. 1 ff., 1. Dazu auch *ders.*, Das Recht des Rechtspluralismus, Tübingen 2015.

⁹*Griffiths, J.*, What is legal Pluralism? in: *Journal Legal Pluralism* 1986, S. 1 ff., 4.

¹⁰*P. Schiffauer*, Leviathan oder Hydra, in: Müller/Burr (Hrsg.), *Rechtssprache Europas*, Berlin 2004, S. 36.

ade im Europarecht bewährt. Der Zentralismus erfährt im europäischen Mehrebenensystem eine Kränkung dadurch, dass mehrere Zentren miteinander auskommen müssen. Auch ist das Unionsrecht selber in internationale Rechtsbeziehungen eingebettet. Ist dadurch der Mythos des Zentralismus nur abgeschwächt oder wird hier eine grundlegende Unangemessenheit nur besonders sichtbar? „‘Demos‘ kann nicht als Einheit gedacht werden, also auch nicht als Einheit einer Gesellschaft, sondern muss entworfen werden als Zusammensein einer Vielheit, verbunden durch Bindekräfte zivilen Lebens, die den Zusammenhalt dieser Vielheit organisieren.“¹¹ Dies hat natürlich auch Konsequenzen für den Begriff der Souveränität: „Souveränität und souverän sind in der Union unaufhebbar geteilt. Das kann, muss aber nicht die Handlungsfähigkeit der Union beeinträchtigen.“¹² Man muss vielmehr sagen, dass dies auf „die mögliche Herausbildung einer neuen Form von Staatlichkeit hinweist, die bestehende nationale Identitäten in der organisierten Vielheit eines europäischen Demos aufhebt.“¹³ Diese neue Form gilt es nun zu beschreiben: „Wenn das von einem Demos verfasste System die letzten Entscheidungen einem einzigen Organ zuweist, ist die Souveränität unitarisch ausgeprägt. Weist die Verfassung diese Entscheidungen dem Zusammenwirken mehrerer Organe auf der gleichen Stufe zu, können wir von geteilter Souveränität in einem föderalen Staat sprechen. Weist die Verfassung diese Entscheidungen dem Zusammenwirken von Organen unterschiedlicher Stufen zu, so schlage ich vor, von geteilter Souveränität in einem polykephalen Staat zu sprechen.“¹⁴

Der polykephale Staat entwickelt also eine Form des Rechtspluralismus. Heute erscheint dieser Begriff mit neuer Provokationskraft.¹⁵ Historisch gesehen war er vor dem Aufkommen des modernen Staatsbegriffs die Regel.¹⁶ In Antike und Mittelalter gab es für Stände und Personen häufig ein jeweils eigenes und ungleiches Recht.¹⁷ Auch die in der Geschichte entstandenen großen Imperien mussten immer mit mehreren Zentren und mehr als einem Recht auskommen.¹⁸

¹¹P. Schiffauer, *Leviathan oder Hydra*, in: Müller/Burr (Hrsg.), *Rechtssprache Europas*, Berlin 2004, S. 44.

¹²P. Schiffauer, *Leviathan oder Hydra*, in: Müller/Burr (Hrsg.), *Rechtssprache Europas*, Berlin 2004, S. 47.

¹³P. Schiffauer, *Leviathan oder Hydra*, in: Müller/Burr (Hrsg.), *Rechtssprache Europas*, Berlin 2004, S. 53.

¹⁴P. Schiffauer, *Leviathan oder Hydra*, in: Müller/Burr (Hrsg.), *Rechtssprache Europas*, Berlin 2004, S. 50.

¹⁵Vgl. dazu R. Seinicke, *Recht und Rechtspluralismus*. Manuskriptfassung des Referats für den Special Workshop 5 auf der Tagung der internationalen Vereinigung für Recht und Sozialphilosophie vom 15. bis 19.08.2011 in Frankfurt am Main; A. Peters, *Rechtsordnung und Konstitutionalisierung: Zur Neubestimmung der Verhältnisse*, in: ZÖR 2010, S. 3 ff.

¹⁶Vgl. dazu R. Seinicke, *Recht und Rechtspluralismus*. Manuskriptfassung des Referats für den Special Workshop 5 auf der Tagung der internationalen Vereinigung für Recht und Sozialphilosophie vom 15. bis 19.08.2011 in Frankfurt am Main, S. 1 ff., 2 f.; M. Stolleis, *Vormodernes und postmodernes Recht*, in: *Quaderni Fiorentini* 2008, S. 543 ff., 547.; L. Benton, *Historical Perspectives on Legal Pluralism*, in: *Hague Journal on the Rule of Law* 2011, S. 57 ff.

¹⁷Vgl. dazu auch F. Sturm, *Personalitätsprinzip*, in: Erler/Kaufmann (Hrsg.), *Handbuch der Rechtsgeschichte*, Berlin 1984, Spalte 1587 ff.; N. Krisch, *Beyond Constitutionalism the Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford 2010.

¹⁸Vgl. dazu R. Seinicke, *Recht und Rechtspluralismus*. Manuskriptfassung des Referats

Erst mit dem Aufkommen des modernen Staatsbegriffs konnte der Zentralismus als Vorstellung des Normalfalls etabliert werden. Nur in der Rechtsanthropologie war der Zentralismus niemals operabel. Die Vielzahl normativer Ordnungen war hier unübersehbar.¹⁹ Hier musste man schon immer eine rechtliche Pluralität feststellen. Erst der Nationalstaat der Moderne hat ihn in den Hintergrund gedrängt. Mit der Internationalisierung der Wirtschaft und auch des überkommenen Nationalstaats konnte der Gedanke des Pluralismus ins Zentrum des Rechts zurückkehren.²⁰

Im Europarecht ist der Pluralismus im Recht selbst angekommen: „An die Stelle der geschlossenen Begriffskonzepte zu ‚Recht‘ tritt ein offener, nicht-essentialistischer Begriff von ‚Recht‘.“²¹ Diese neue Form von Recht und Souveränität ist noch kaum durchdacht. „Welche Transformation muss der Staat durchlaufen, um zentrische Macht in einer polyzentrischen Struktur fest einzubinden? (...) Kann die neu heranwachsende Struktur in der Form eines ‚polykephalen‘ Staates begriffen werden? (...) Dabei ist „der ‚polykephale‘ Staat diejenige föderale Form (...), auf die hin die Schere zwischen politischen Wunschvorstellungen und politischen Möglichkeiten mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit und Aussicht auf Erfolg konvergieren könnte.“²² Eine besondere Bedeutung kommt dabei dem Recht zu: „Der Typus einer polykephalen Staatsform lässt sich beschreiben als eine Pluralität (Vielfalt) von durch eigene Machtzentren integrierte Gesellschaften (= Staaten), die untereinander durch eine einzige Rechtsordnung integriert sind.“²³ Es stellt sich allerdings eine grundlegende Frage: „Sie lautet: kann sich nach dem polykephalen Modell eine stabile Form politischer Organisation herausbilden, ein ‚Staat‘ im Sinne von ‚stato‘, einer in sich ruhenden Ordnung, und wenn ja, unter welchen Bedingungen ist

für den Special Workshop 5 auf der Tagung der internationalen Vereinigung für Recht und Sozialphilosophie vom 15. bis 19.08.2011 in Frankfurt am Main, S. 2, m.w.N.

¹⁹Vgl. dazu *R. Seinicke*, Recht und Rechtspluralismus. Manuskriptfassung des Referats für den Special Workshop 5 auf der Tagung der internationalen Vereinigung für Recht und Sozialphilosophie vom 15. bis 19.08.2011 in Frankfurt am Main, S. 3; *K. Llewellyn/E. A. Hoebel*, The Cheyenne Way; *B. Malinowski*, Sitte und Verbrechen bei den Naturvölkern; *Fr. v. Benda-Beckmann*, Rechtspluralismus in Malawi. Geschichtliche Entwicklung und heutige Problematik; *B. Hooker*, Legal Pluralism. An Introduction to Colonial and Neo-Colonial Laws.

²⁰Vgl. dazu *C. Teubner*, Die zwei Gesichter des Janus: Rechtspluralismus in der Spätmodernen, in: *E. V. Schmidt, u.a.*, Liber Amicorum Josef Esser, S. 191 ff.; *ders.*, Globale Bukowina. Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus, in: *RJ* 1996, S. 255 ff.; siehe *B. de Sousa Santos*, Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law, in: *Journal of Law and Society*, 1987, S. 279 ff.; *J. Waldron*, Legal Pluralism and the Contrast Between Hart’s Jurisprudence and Fullers’s, in: *Cane* (Hrsg.), The Hart-Fuller Debate in the Twenty – First Century, S. 135 ff.; *B. Tamanaha*, Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global, in: *Sidney Law Review* 2008, S. 375 ff.

²¹*R. Seinicke*, Recht und Rechtspluralismus. Manuskriptfassung des Referats für den Special Workshop 5 auf der Tagung der internationalen Vereinigung für Recht und Sozialphilosophie vom 15. bis 19.08.2011 in Frankfurt am Main, S. 11.

²²*P. Schiffauer*, Leviathan oder Hydra, in: Müller/Burr (Hrsg.), *Rechtssprache Europas*, Berlin 2004, S. 25.

²³*P. Schiffauer*, Leviathan oder Hydra, in: Müller/Burr (Hrsg.), *Rechtssprache Europas*, Berlin 2004, S. 27.

dies möglich?“²⁴

Bei dieser Debatte geht es nicht um eine pluralistische Gesellschaft unterhalb eines einheitlichen Rechts. Es geht auch nicht nur darum, dass das staatliche Recht andere Formen sozialer Regulierung anerkennt und respektiert. Es geht um den Pluralismus im Recht selbst: Wir müssen „den Begriff ‚Recht‘ aus unser (Rechts-)Sprache heraus entwickeln und dürfen dabei nicht vergessen, dass wir diese Sprache nie nur abbilden, sondern immer auch ein Stück fortsprechen. Wir verändern unsere (rechts-)begriffliche Episteme, während wir mit ihrer Hilfe ihre (Rechts-)Begriffe zu fassen versuchen – wir arbeiten also an und auf dem Boden, auf dem wir stehen.“²⁵

a) Das Recht als Rahmen

Für das Recht bringt die Europäische Union ein neues Problem hervor: „Durch solche Integration untereinander verbundene Staaten müssen zwangsläufig ihre Verfassung ändern: Der manifestierte Wille der politischen Intersubjektivität geht auf Gründung einer integrierten Einheit, die in sich eine Vielheit ursprünglich integrierter Einheiten in der Weise enthält, dass die Machtzentren bei den letzteren verbleiben, während auf der neu integrierten Ebene ein Handlungszentrum geschaffen wird, überwiegend in den Formen des Rechts, embryonal auch in Formen administrativ-exekutiver Befugnisse.“²⁶ Das Recht hat hier die wichtige Rolle einer Klammer oder eines Rahmens für souveräne Staaten.

Lässt sich das Recht als Rahmen einer solchen Gemeinschaft in einer Weise denken, die nicht die Autonomie der integrierten Staaten und damit ihre Souveränität aufhebt? Ein solches Recht müsste pluralistisch sein.

Die Frage, ob das Recht pluralistisch funktionieren kann, muss den Begriff des Rahmens genauer bestimmen. Kann es also einen Rahmen geben, der unterschiedliche Rahmungen toleriert?

Es geht dabei nicht mehr um ein Amalgam verschiedener Rechte, sondern um einen Rechtsbegriff, der als reflexiver Begriff von niemand festgelegt werden darf. Die Rechtsgemeinschaft muss den Begriff des Rechts als leeren Signifikant vor sich herschieben,²⁷ nur dann kann Pluralismus im Recht funktionieren.

Das Problem in der Wortverbindung Rechtspluralismus liegt zunächst darin, dass aus dem Streit der Parteien im Verfahren das eine Urteil hergestellt wird. Das

²⁴ P. Schiffauer, *Leviathan oder Hydra*, in: Müller/Burr (Hrsg.), *Rechtssprache Europas*, Berlin 2004, S. 27.

²⁵ R. Seinicke, *Recht und Rechtspluralismus*. Manuskriptfassung des Referats für den Special Workshop 5 auf der Tagung der internationalen Vereinigung für Recht und Sozialphilosophie vom 15. bis 19.08.2011 in Frankfurt am Main, S. 10.

²⁶ P. Schiffauer, *Leviathan oder Hydra*, in: Müller/Burr (Hrsg.), *Rechtssprache Europas*, Berlin 2004, S. 35.

²⁷ Vgl. dazu E. Laclau, *Dekonstruktion, Pragmatismus, Hegemonie*, in: Mouffe (Hrsg.), *Dekonstruktion und Pragmatismus*, S. 111 ff., 147; U. Stäheli, *Der Code als leerer Signifikant?* in: *Soziale Systeme* 2, 1996, S. 257 ff.; vgl. auch *ders.*, *Sinnzusammenbrüche. Eine dekonstruktive Lektüre von Niklas Luhmanns Systemtheorie*, S. 317.

Recht kann also nicht an jeden verteilt werden, sondern ist ein knappes Gut.²⁸ Wenn sich zwei Parteien darum streiten, ob das Tragen eines Kopftuchs Ausdruck der Würde der Frau oder Verletzung der Würde der Frau ist, ob eine Karikatur Ausdruck der Kunstfreiheit oder Verletzung der Religionsfreiheit ist, dann ist der Begriff des Rechts auf beiden Seiten unterschiedlich gerahmt.²⁹ Einmal ist er eingeordnet in ein Sprachspiel, welches soziale Provokation als Mittel künstlerischer Selbstverwirklichung unter gewissen Vorgaben zulassen kann, zum anderen steht es im Kontext religiöser Überzeugungen, welche das Recht als Mittel zur Verwirklichung des Seelenheils verstehen. Die in den Kontexten erkennbaren Rahmungen sind dabei keine beiläufigen, sondern zentrale Elemente. Der Konflikt entsteht dadurch, dass ein Ereignis auf gegensätzliche Art gerahmt wird. Was ist nun ein Rahmen? Erkennbar werden Rahmen schon in der Wahrnehmung, denn niemand ist in der Lage, einen Sachverhalt versionsfrei zu beschreiben. In der Argumentationstheorie beschreibt Harald Wohlrapp den Rahmen in einer „B-als A-Struktur“.³⁰ Er bezieht sich dabei auf Entwicklungen in der Philosophie³¹, der Wissenschaftstheorie³², Soziologie³³ und Sozialpsychologie³⁴. Der Rahmen wird bestimmt durch seinen Prädikator A³⁵ Die Summe der Aussagen über das Objekt kann man als „inferenzielles Potenzial des Rahmens ansehen.“³⁶ Bisher hat man das Recht als den äußersten und stabilsten Rahmen angesehen. Er sorgt dafür, dass niemand aus der Fassung gerät. Heute zeigt sich, dass das Recht im Text der Kultur selbst gerahmt ist und zwar unterschiedlich.

Im traditionellen Denken war jeder Rechtsstreit ein Streit mit vorgegebenen Regeln. Das Recht war der vorgegebene Rahmen aller Rahmen, es war das Medium aller Medien, weil es den Geist des Vergleichs von unterschiedlichen Parteien in seinem Raum definiert. Garantiert wurde dies durch die metaphysisch aufgeladene Figur des Gesetzbuches als geschlossene Sinntotalität. Die theoretische Plausibilität dieser Fiktion wird jetzt aufgelöst, weil das Medium Buch seine eigenen Grenzen im Computer erkennt. Zwar können wir noch nicht sehen, welche Auswirkungen dieses Medium auf das Recht haben wird. Allerdings ist jetzt schon deutlich, dass der Untergang des alteuropäischen Rechtsdenkens von diesem Medium beschleunigt wird. Die Grenzen des Buches werden sicht-

²⁸R. *Seinicke*, Recht und Rechtspluralismus. Manuskriptfassung des Referats für den Special Workshop 5 auf der Tagung der internationalen Vereinigung für Recht und Sozialphilosophie vom 15. bis 19.08.2011 in Frankfurt am Main, S. 1 ff., 1.

²⁹Vgl. zur Rahmenstruktur beim Argumentieren *H. Wohlrapp*, Der Begriff des Arguments, S. 237 ff.

³⁰*H. Wohlrapp*, Der Begriff des Arguments, S. 238 f.

³¹Vgl. zur Als-Struktur des Verstehens *M. Heidegger*, Sein und Zeit, § 32; bei Wittgenstein heißt dies Aspekt, vgl. *L. Wittgenstein*, Philosophische Untersuchungen, Abschnitt XI.

³²*L. Fleck*, Entstehung und Entwicklung einer wissenschaftlichen Tatsache. Einführung in die Lehre vom Denkstil und Denkkollektiv; *P. Feyerabend*, Wider den Methodenzwang, Kap. 17.

³³Vgl. dazu grundsätzlich *E. Goffman*, Frame Analysis; *H. Willems*, Rahmen und Habitus.

³⁴*P. Watzlawick/P. B. Weakland/R. Fisch*, Lösungen. Zur Theorie und Praxis menschlichen Wandels, Kap. 9.

³⁵Zum Begriff des Prädikators vgl. *W. Kamlah/P. Lorenz*, Logische Propädeutik, Vorschule des vernünftigen Redens, Mannheim 1967, S. 70 ff.

³⁶*H. Wohlrapp*, Der Begriff des Arguments, S. 251.

bar, weil die Vielzahl seiner Lesarten außen im Hypertext angeschrieben wird. Früher konnte der Leser annehmen, seine Verknüpfung von Text und Context zur Bedeutung sei die einzig mögliche. Jetzt wird die Verknüpfung von Text und Context der Einsamkeit des Lesers entzogen und im Hypertext plurifiziert.

Mit dieser Veränderung der technischen Infrastruktur wird im Recht ein Problem sichtbar, welches bisher hinter der Fiktion des Gesetzbuches als geschlossene Sinntotalität verborgen war: der Zusammenstoß inkommensurabler Rationalitäten im Recht. Die Veränderung in der medialen Struktur löst also im alteuropäischen Rechtsdenken deswegen eine Katastrophe aus, weil sie ein bisher verborgenes Problem sichtbar macht. Es macht deutlich, dass die im Recht kollidierenden Handlungsrahmen nicht einfach vergleichbar sind. Zwar können wir im Medium Kunst Entwicklungsroman und Musik miteinander vergleichen, aber wir müssen dabei nicht über ihren Rang entscheiden. Diesen Streit können wir Hegel und Schopenhauer überlassen. Im Rechtssystem dagegen genügt es nicht zu sagen, eigentlich haben beide Seiten recht.³⁷ Im Europarecht wird dieses Problem noch dadurch verschärft, dass hier nicht einfach zwei Sozialsysteme, sondern ganze Rechtsordnungen miteinander kollidieren. Man kann nicht beiden Recht geben, sondern muss über den Anwendungsvorrang entscheiden.

Die philosophischen und sozialwissenschaftlichen Entwicklungen, die man heute unter dem Stichwort Rahmen zusammenfassen kann, treffen sich mit den Entwicklungen des neueren Medienbegriffs. In der Medienwissenschaft wird dieser Begriff zunehmend vom technischen Apparat abgelöst und wird als Geist des Vergleichs verstanden. In Anknüpfung an Derrida bestimmt die heutige Medientheorie ein Medium im Begriff des „A als B“. So bietet etwa das Medium Kunst die Chance, Skulptur mit Malerei zu vergleichen. Ein Medium ist damit ein Raum des Vergleichs.³⁸ Hier trifft es sich mit der in der Philosophie entwickelten Diskussion um den Rahmen.

An die Art, wie das System seine eigene Tätigkeit mittels einer Leitunterscheidung seinen Rahmen beschreibt, muss man anknüpfen, um seine diskursive Logik zu erfassen und zu verändern. Ist das Recht der umfassende Rahmen, all der Handlungsrahmen, welche in den Grundrechten garantiert sind, dann wäre das Recht das Medienmedium, welche alle Gegenstände, die man vergleichen kann, vergleichbar macht. Oder ist das Recht weniger? Ist das Recht vielleicht nur ein Medienproduktionsmedium? Oder anders formuliert: Ist es als Metarahmen oder als Rahmenproduktion zu verstehen? Ist es der Geist des Vergleichs oder produziert es, wenn es gelingt, diesen Geist des Vergleichs erst?

³⁷R. Seinicke, Recht und Rechtspluralismus. Manuskriptfassung des Referats für den Special Workshop 5 auf der Tagung der internationalen Vereinigung für Recht und Sozialphilosophie vom 15. bis 19.08.2011 in Frankfurt am Main, S. 1 ff., 1.; Th. Seibert, Zeichen, Prozesse, Berlin 1996, S. 106.

³⁸Vgl. dazu B. Groys, Unter Verdacht; ders., Einführung in die Antiphilosophie, S. 233 ff.; zur Anknüpfung von Groys an Derrida vgl. P. Sloterdijk, Derrida ein Ägypter. Über das Problem der jüdischen Pyramide, S. 68 f. sowie P. Weibel, Boris Groys: Die Kunst des Denkens, Nachwort in: Boris Groys, Die Kunst des Denkens, S. 243 ff., 250 f.

b) Verträgt das Unionsrecht mehrere Zentren?

„Reicht die Bindekraft des gemeinsam gesetzten Rechtes aus, um autonome Machtzentren in einer gemeinsamen Ordnung zusammenzuhalten und wenn ja, unter welchen Bedingungen?“³⁹ Die rechtsprechende Gewalt wird dem Richter von einer Rechtsordnung unter verfassungsrechtlichen Vorgaben übertragen. Diese den europäischen Rechtskreisen gemeinsame Tradition spiegelt sich etwa im Begriff des Gerichts, den der EuGH zur Frage nach dem Vorlageberechtigten im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens verwendet.⁴⁰ Urteile sind damit rechtsordnungsrelativ.⁴¹ Im Europarecht als Mehrebenensystem ist diese Zuordnung aber komplexer als in einer Einzelrechtsordnung. „In einer solchen Phase der Entfaltung der Sphäre des Rechts ist die Schaffung einer Rechtsordnung, die nicht auf einen eigenen Machtkörper gegründet ist, sondern eine Pluralität gleichberechtigter Machtkörper überwölbt, eine zwar noch riskante, nicht aber aussichtslose Option.“⁴² Schwierigkeiten entstehen vor allem, wenn man einen einheitlichen Geltungsgrund für das Recht fordert. Denn der grundlegende Narrativ der nationalen Verfassungsgerichte sieht diesen Geltungsgrund im Anwendungsbefehl der eigenen Verfassung. Die europäischen Gerichte nehmen dagegen einen Ablösungsprozess mit großer Eigenständigkeit an. Zwischen diesen beiden Erzählungen vermitteln Öffnungs- und Verweisungsregeln in den nationalen Verfassungen und im Europarecht. Erzählungsmischend und relativierend wirken hier vor allem die auf die Koordination der Rechtsordnung bezogenen Gerichtsverfahren, allen voran das Vorabentscheidungsverfahren. Aber trotzdem konkurrieren die nationale, europarechtliche und völkerrechtliche Perspektive. Kann man diese Spannung auflösen oder muss man mit ihr leben?

Die Spannung ist dann ein Problem, wenn man die Rechtsordnung als einheitliches in sich gegliedertes Ganzes begreifen will, welche von einem Sinnzentrum aus beherrscht wird. In der klassischen Kategorie der Totalität kann es immer nur ein Zentrum geben. Dieser Gedanke kommt zum Tragen, wenn die nationalen Verfassungsgerichte den Identitätskern ihrer Verfassung gegen den Zugriff des Europarechts verteidigen. Aber der Identitätskern ist, wenn er formuliert wird, nicht mehr zentral, und solange er zentral ist, nicht formulierbar. Die Verfassungsgerichte nehmen damit den Rechtsbegriff der herkömmlichen Theorie auf, welcher monistisch ist. Die maßgebende Formulierung dafür ist im deutschen Rechtskreis die Theorie von Larenz.⁴³ Die Rechtstexte werden von Prinzipien zur

³⁹ P. Schiffauer, *Leviathan oder Hydra*, in: Müller/Burr (Hrsg.), *Rechtsprache Europas*, Berlin 2004, S. 28.

⁴⁰ Das Gericht hat einen ständigen und obligatorischen Charakter, wobei es rechtskräftig auf der Grundlage eines rechtsstaatlich geordneten Verfahrens entscheidet. Vgl. dazu insbesondere EuGH, Rs. 61/65, 30.6.1966, Slg. 1966, S. 584 ff. (Vaassen-Göbbels); Rs. 14/86, 11.6.1987, Slg. 1987, S. 254 ff., Rn. 7 (Bretore de Salò/X); Rs. 109/88, 17.10.1989, Slg. 1989, S. 3199, Rn. 7 f. (Danfoss); Rs. C-393/92, 27.4.1994, Slg. 1994, I-1477, Rn. 21 ff. (Almelo).

⁴¹ N. Grosche, *Rechtsfortbildung im Unionsrecht*, S. 157.

⁴² P. Schiffauer, *Leviathan oder Hydra*, in: Müller/Burr (Hrsg.), *Rechtsprache Europas*, Berlin 2004, S. 29.

⁴³ Vgl. dazu R. Seinicke, *Richtige Reinheit oder reine Richtigkeit? Rechtslehre nach Hans Kelsen und Karl Larenz*, in: *JZ* 2010, S. 279 ff., 283 f.

einheitlichen Idee des Rechts versammelt. Dies ist dann der Identitätskern der Verfassung und wird etwa dem Art. 79 Abs. 3 GG angedient. Die Theorie von Kelsen steht auf der Grenze der Ablösung des Buches durch den Hypertext.⁴⁴ Er postuliert als Gipfel eines Erzeugungszusammenhangs eine Grundnorm, welche aus dem Recht zwar keinen widerspruchsfreien und hierarchischen Inhalt macht, aber immerhin noch einen ebensolchen Erzeugungszusammenhang herstellt. Das Recht ist zwar noch Sinneinheit, aber im Modus des „Als ob“.⁴⁵ Die Sinneinheit, geordnet in Form einer Pyramide, ist Larenz und Kelsen bei aller grundlegenden Verschiedenheit gemeinsam.⁴⁶ Solange das Buch noch das avancierteste Medium war, konnte man der Sinneinheit in der Form der Totalität auch kaum entkommen. Diese Form verlangt, dass man ein Buch zu einem Satz zusammenfassen kann: Die Welt als Wille und Vorstellung. Solche Bücher gab es eigentlich nie. Gerade Schopenhauers Hauptwerk kann man nicht durch einen einzigen Satz substituieren. Aber der einfache Leser hat eben Bücher so beobachtet, dass sie die Kategorie der Totalität erfüllen. Der von Larenz zum Organismus stilisierte Hegel liefert dafür eine Rechtfertigung und selbst Kelsens nüchterne Theorie kann sich dem nicht ganz entziehen. Die aus der früheren medialen Formation noch mitgebrachte Theorie behindert nun das Verständnis eines rechtlichen Mehrebenensystems, welches eben nicht auf ein Sinnzentrum reduziert werden kann.

Eine zweite Verständnisvariante geht in der Betrachtung eines rechtlichen Mehrebenensystems nicht von dem vorgebliehen Identitätskern einer jeweils beteiligten Verfassung aus, sondern begreift das Phänomen einer Globalisierung oder Internationalisierung des Rechts im Kontext der nötigen Erweiterung der Volkssouveränität angesichts der Globalisierung der Wirtschaft. Dabei soll die Transnationalisierung der Volkssouveränität durch ein Auseinandertreten von drei Bestandteilen gekennzeichnet sein, die national noch verbunden waren: „Die drei Komponenten sind zum einen die demokratische Vergemeinschaftung freier und gleicher Rechtspersonen, zum anderen die Organisation kollektiver Handlungsfähigkeiten und schließlich das Integrationsmedium einer Bürgersolidarität unter Fremden. Auf der europäischen Ebene treten diese Bestandteile in eine neue Konfiguration. Hier bestehen die beiden bemerkenswerten Innovationen darin, dass sich die Mitgliedsstaaten, die ihr Gewaltmonopol behalten, dem supranationalen Recht, wenn auch mit einem interessanten Vorbehalt unterordnen und in einem bestimmten Sinne ihre ‚Souveränität‘ mit der Gesamtheit der Unionsbürger teilen.“⁴⁷ Die geschilderte „Teilung der Souveränität“⁴⁸ kann Mehrpoligkeit gut

⁴⁴Vgl. *H. Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, S. 200 ff. Dazu auch *R. Seinicke*, Richtige Reinheit oder reine Richtigkeit? Rechtslehre nach Hans Kelsen und Karl Larenz, in: *JZ* 2010, S. 279 ff., 281.

⁴⁵Vgl. dazu *H. Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, S. 201 ff., 204 ff.; Formulierung der Grundnorm S. 219; grundsätzlich dazu *H. Dreier*, Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen, 2. Aufl. 1990, S. 39 f., der aber vor einer Reduktion der Position Kelsens auf den Neukantianismus warnt.

⁴⁶Vgl. dazu *R. Seinicke*, Richtige Reinheit oder reine Richtigkeit? Rechtslehre nach Hans Kelsen und Karl Larenz, in: *JZ* 2010, S. 279 ff., 284.

⁴⁷*J. Habermas*, Zur Verfassung Europas, S. 49.

⁴⁸Ebd.

erklären, aber löst natürlich noch nicht das praktische Orientierungsproblem.

Die Probleme der Mehrpoligkeit sind zwar aus dem Völkerrecht heraus bekannt.⁴⁹ Schon dort stehen sich bei einer Verweisung zwei gegensätzliche Perspektiven gegenüber.⁵⁰ Dieser Konflikt lässt sich allerdings auflösen in die Pragmatik von Verfahren.⁵¹ Dabei zeigen die Gerichte die Tendenz einer jeweiligen Öffnung nur unter Vorbehalt.⁵² Sie navigieren damit zwischen den Extremen der Fragmentierung des übergeordneten Europarechts und der Nivellierung der nationalen Rechtsordnungen.⁵³

Wie kann das Europarecht mit dem Problem der Kollision unvergleichlicher rechtlicher Rahmen und verschiedener Rechtsordnungen umgehen?

c) Autonomie und Dialog im Europarecht

Ist ein Dialog zwischen unterschiedlichen Systemen überhaupt möglich? Das hängt natürlich vom zugrundegelegten Begriff des Systems ab. Wenn man nach der klassischen Vorstellung von Luhmann operative Geschlossenheit annimmt, dann scheidet ein Dialog aus. Unterschiedliche Systeme können sich nur irritieren. Aber Luhmanns Grundaxiom „Es gibt Systeme“ war zu optimistisch. Es handelt sich eher um Unterscheidungszusammenballungen oder Sprachspiele, welche nicht die Stabilität und Konstanz haben, die sich Luhmann gewünscht hat. Der klassische Systembegriff setzt eine stabile Leitunterscheidung voraus, welche die Bewegung der Einzelunterscheidungen kontrolliert. Danach können Ordnungen sich zwar irritieren, aber bleiben im Prinzip getrennt.

Die Stabilität dieser Leitunterscheidung wurde mit dem von Teubner vollzogenen linguistic turn in der Systemtheorie unterhöhlt. Teubner spricht zunächst nur

⁴⁹Vgl. M. Jestaedt, Der europäische Verfassungsverbund, in: Calliess (Hrsg.), Verfassungswandel im europäischen Verfassungsbund, 2007, S. 93 ff., 114, 122 f.

⁵⁰Vgl. dazu N. Grosche, Rechtsfortbildung im Unionsrecht, S. 158.

⁵¹Viele nationale Verfassungsgerichte haben dem Gerichtshof Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt. Vgl. den österreichischen Verfassungsgerichtshofs EuGH, Rs. C-143/99 – *Adria-Wien Pipeline*, Slg. 2001, I-8365; Rs. C-171/01 – *Wählergruppe Gemeinsam*, Slg. 2003, I-4301; Rs. C-465/00 u.a. – *Österreichischer Rundfunk u.a.*, Slg. 2003, I-4989; siehe auch die Vorlage des belgischen Verfassungsgerichtshofs (ehemals Schiedshof) EuGH, Rs. C-93/97 – *Fédération belge des chambres syndicales de médecins*, Slg. 1998, I-4837; C-305/05 – *Ordre des barreaux francophones et germanophone u.a.*, Slg. 2007, I-5305; Rs. C-212/06 – *Gouvernement de la Communauté française und Gouvernement wallon*, Slg. 2008, I-1683; Rs. C-73/08 – *Bressol u.a.*, siehe auf Ersuchen des litauischen Verfassungsgerichts EuGH, C-239/07 – *Sabatauskas u.a.*, Slg. 2009, I-7523; siehe auch die Vorlage des italienischen Verfassungsgerichtshofs in der Rs. C-169/08, Slg. 2009 I-10821; auch das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung zur Vorratsdatenspeicherung die Möglichkeit einer verfassungsgerichtlichen Vorlage angedeutet, BVerfGE 125, 260 (308).

⁵²Vgl. zur Differenz von Monismus und Dualismus im Völkerrecht H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 1. Aufl. 1934, S. 129 ff. Zur Tendenz des EuGH gegenüber dem internationalen Völkerrecht die eigene europäische Rechtsordnung und ihren Grundrechtsschutz zu erhalten: EuGH, verb. Rs. C-402/05 P und C-415/05 P – *Kadi und Al Barakaat*, Slg. 2008 I-6351; zum Verfassungsrecht in Abgrenzung zum Europäischen Recht BVerfGE 123, 267 (399 f.).

⁵³Im Europarecht kann es dabei evtl. auch eine Pflicht der Mitgliedsstaaten zur Verfassungsänderung geben. Vgl. C. Grabenwarter, Staatliches Unionsverfassungsrecht, in: Bogdandy/Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, S. 121 ff.

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-/ Ungleichbehandlungs-maschinerie 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 konstruktiven Verantwortung des Rechtsdiskurses stehen."⁵⁴ Das ist der Stand der klassischen Systemtheorie, nur eben sprachlich reformuliert.

Dabei konnte es aber nicht bleiben. Denn Leitunterscheidungen sind in der Sprache immer gefährdet. Um die Aufgabe der Systemstabilität 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. Wenn man eine stabile Leitcodierung für ein System verlangt, ist ein solcher Dialog im Prinzip nicht möglich.

Wenn man allein von der Unterscheidung System/Umwelt ausgeht, kann man einen Dialog von Systemen nicht erfassen. Danach macht europäisches Recht nur europäisches Recht, nationales Recht macht nur nationales Recht. Man muss dann auch annehmen, dass eine außerrechtliche Beeinflussung des Rechts unmöglich ist, weil das Recht entweder seine Autonomie behauptet, oder untergeht. Aber schon Luhmann selbst räumt 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."⁵⁵ 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. Es stehen sich in einem Rechtsstreit nicht einfach zwei Rechtsordnungen gegenüber, sondern es stehen sich zwei Rechtsauffassungen gegenüber, zwei Vorstellungen von Recht und Unrecht.

Jede Rechtsordnung hat zwar eine eigene Leitunterscheidung, aber sie steht in jedem grundlegenden Konflikt in der Gefahr, dass sie von den Leitunterscheidun-

⁵⁴G. Teubner, *Altera Pars Audiatur: Das Recht in der Kollision anderer Universalitätssprüche*, in: ARSP, Beiheft 65 (1996), S. 199 ff., 211.

⁵⁵N. Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, S. 149.

gen eines anderen Systems übernommen wird.⁵⁶ In totalitären Systemen wird diese das Recht übernehmende Leitentscheidung politisch sein, heute im liberalen System wird diese Gefahr eher von den Leitentscheidungen der Wirtschaft oder des Finanzsystems ausgehen. Im Mehrebenensystem sind das die Grundunterscheidungen anderer Rechtsordnungen. Es ist die Aufgabe eines pluralistischen Europarechts, seine Leitunterscheidung von solchen Besetzungen soweit wie möglich frei zu halten. Das Europarecht muss in einer pluralen Welt ein offener Marktplatz sein, wo die kollidierenden Leitunterscheidungen der funktionalen Systeme die Bedingungen ihrer Koexistenz aushandeln. Es darf nicht von einem dieser Systeme einfach übernommen werden, sondern es muss Inkompatibilitätsnormen bereitstellen. Gefragt ist hier nicht eine Abwägung vermeintlich universeller Werte und Prinzipien, sondern die Identifikation konfligierender einzelner Rechtsordnungen, die sich des Verfahrens zur Universalisierung ihrer partialen Logiken bedienen.⁵⁷ Die Unterschiede sind zu reformulieren und zu kompatibelisieren. Der kritische Kollisionsbereich ist jeweils durch den Widerspruch von Normen, die im Kontext unterschiedlicher Teilbereichsrationalitäten gelesen wurden, zu identifizieren. Das kann auf unterschiedliche Weise geschehen, die Entwicklung von Inkompatibilitätsnormen wäre eine Technik, entscheidend ist aber die Etablierung praktischer Verfahren wie das Vorabentscheidungsverfahren. Dadurch eröffnet sich ein Zugang zur Arbeit an der jeweiligen Leitunterscheidung der beteiligten Systeme. Das Vorabentscheidungsverfahren wird dann zur Pflege der Paradoxien des Rechts,⁵⁸ zum ständigen Kampf des Rechts gegen seine einseitige Instrumentalisierung durch beispielsweise Politik, Wirtschaft oder Religion.⁵⁹ Die demokratietheoretische Herausforderung liegt darin, die jeweiligen Sprachspiele in Reflexionsprozesse aufzubrechen.⁶⁰

Das Europarecht kann als Mehrebenensystem nicht einfach eine schon vorhandene Ordnung durch Erkenntnis aufdecken. Seine Operationen laufen in einem Mehrebenensystem eher auf die rechtliche Moderation reflexiver Selbstveränderungsprozesse hinaus. Hier lässt sich Veränderung entlang der Grundzüge einer Argumentationssituation beschreiben. Ein juristischer Streit kann als auf beiden Seiten vorgenommene Entäußerung der Orientierungssysteme der beteiligten Systeme durch Argumentation aufgefasst werden, als das Einnehmen, Sichern oder Verändern ihrer Ausgangspositionen. Die Veränderung erfolgt dadurch, dass die beteiligten Rechtsordnungen mit ihren jeweiligen Orientierungen in Konflikt geraten: „Die Kontroverse nötigt die Teilnehmer, Teile ihres Orientierungssystems (ihrer Subjektivität) als Position zu entäußern, zur Disposition zu stellen und

⁵⁶Vgl. dazu grundlegend A. Fischer-Lescano/G. Teubner, Regime-Kollisionen. Zur Fragmentierung des globalen Rechts, S. 10 ff.

⁵⁷Vgl. dazu K.-H. Ladeur, Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik, S. 12 ff.

⁵⁸G. Teubner, Der Umgang mit Rechtsparadoxien: Derrida, Luhmann, Wiethölter, in: Joerges/Teubner (Hrsg.), Rechtsverfassungsrechts, S. 25 ff.

⁵⁹Vgl. R. Wiethölter, Rechtfertigungen eines Gesellschafts-Rechts, in: Joerges/Teubner (Hrsg.), Rechtsverfassungsrechts, S. 13 ff.

⁶⁰G. Teubner, Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie, in: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 63 (2003), S. 1 ff.

gemeinsam mit den Kontrahenten zu prüfen.“⁶¹

In einem solchen Konflikt treten nicht einfach systemfremde Sinnmaterialien auf, sondern Rechtsauffassungen, die sich ihrerseits der Codierung des Rechts bemächtigen wollen. Wenn man diese Übernahmeversuche abwehrt und gleichzeitig die fremden Sinnmaterialien in den Kampf um das Recht im Raum der Sprache eintreten, übt das Unionsrecht keinen direkten Zwang als Oktroyierung eines festen Rahmens aus. Vielmehr wirkt es indirekt als Zwang zur Selbstreflektion und zum Lernen. Die beteiligten Systeme werden gezwungen, ihre eigene Rahmung zu sehen und andere auszuprobieren. Entscheidend ist dabei nicht, dass die beteiligten Systeme 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. Auch hier ist es wichtig, nicht nur das Innere eines der beteiligten Systeme zu betrachten, sondern gerade ihren Konflikt.

3. Demokratie

Die Union, so wird gesagt, sei für eine Demokratie zu groß. „Der Glaube an eine Maximierung der Selbstbestimmung durch Verkleinerung des Gefäßes demokratischer Willensbildung korrespondiert dem individualistischen Paradigma der Demokratietheorie.“⁶² Diese Überlegung ist nur scheinbar überzeugend. „Kollektive, nach demokratischen Verfahren gefasste Beschlüsse werden aufgrund statistischer Wahrscheinlichkeit individuelle Freiheit umso geringer einschränken, je kleiner das Kollektiv ist. Gegenüber dieser Evidenz gelangt die Machtlosigkeit kleiner Kollektive so lange nicht ins Bewusstsein, wie sie den Anschein aufrecht erhalten können, da sie die Überlebensbedingungen ihrer Mitglieder sichern können.“⁶³ Weil sich die grundlegenden Probleme unserer Epoche nicht an Staatsgrenzen halten, wird dieser Anschein allmählich verschwinden.

Aber trotzdem hat Demokratie als Wert ein Risiko: Werte können dazu dienen, das eigentliche Wesen des Staates zu mystifizieren. Dies gilt vor allem für die Demokratie. Sie verleiht dem Staat die Fähigkeit, seine gewaltsamen Handlungen als nicht gewaltsam auszugeben. Die traditionelle Redeweise über die Demokratie dient dazu, „sich eine Möglichkeit vorzustellen, vom Staat zu sprechen, ohne von der Gewalt zu sprechen; es zu bewerkstelligen, dass unser Verhältnis zum Recht neutralisiert wird, eine entpolitisierte Wahrnehmung der Politik vorzuschlagen. Beispielsweise ist es frappierend festzustellen, dass in einem Text wie ‚*Eine Theorie der Gerechtigkeit*‘ von John Rawls die Begriffe von Gewalt, von Zwang, von Einengung nahezu fehlen. Dieses Vokabular ist diesem Autor fremd. Diese

⁶¹Vgl. dazu *G.-L.Lueken*, Inkommensurabilität als Problem rationalen Argumentierens, S. 209.

⁶²*P. Schiffauer*, Leviathan oder Hydra, in: Müller/Burr (Hrsg.), *Rechtssprache Europas*, Berlin 2004, S. 27.

⁶³*P. Schiffauer*, Leviathan oder Hydra, in: Müller/Burr (Hrsg.), *Rechtssprache Europas*, Berlin 2004, S. 27.

Optik, die Teil der Kantischen Abstammungslinie ist und die man bei Hannah Arendt oder in jüngerer Zeit bei Jürgen Habermas findet, setzt voraus, dass der Staat *grundsätzlich* nicht gewalttätig sein kann.“⁶⁴

Die Demokratie garantiere, dass die Normen, denen der Bürger unterworfen ist, von ihm selbst hervorgebracht sind. Also gibt es beim Staat nur nicht gewaltsame Zwänge, während die Gewalt ausschließlich ein Phänomen ist, was außerhalb des Staates in der Sphäre der Gesellschaft vorkommt. Wenn ein Bürger im Gericht verurteilt wird, vollzieht sich lediglich dessen eigener Wille. Demokratie funktioniert damit als Mystifikationsmaschine, welche die Gewalt des Staates nur als friedensstiftende Gegengewalt wahrnimmt. „In den juristischen Erörterungen über den Staat erscheint der Staat unlösbar mit dem Recht verknüpft. Als höchste Körperschaft des öffentlichen Rechts scheint seine Existenz die Form des Rechts vorauszusetzen. Dies gipfelt in der Lehre Hans Kelsens, die den Staat als juristisches Konstrukt versteht und im Satz Peter Häberles, es gäbe nicht mehr Staat als Verfassung.“⁶⁵ Aber schon Carl Schmitt nimmt die überschießende Macht des politischen Prozesses wahr.⁶⁶ „Hinter den Rechtsstaat führt kein Weg mehr zurück; aber er wird nicht zur Totalität des Staats. Politischer Wille erwächst in seinen eigenen Formen und hat eine überschießende Tendenz gegenüber seiner rechtlichen Verarbeitung.“⁶⁷ Selbst die Definition des Staates als legitime physische Gewalt bei Max Weber erliegt dieser Mystifikation. Denn geredet wird auch bei Weber nur noch über die Legitimität, während die Gewalt völlig verschwindet. Wir finden bei Weber Typen der Legitimität, aber keine Typen der Gewalt. Die Fragen, wie, durch wen und wodurch die Gewalt ausgeübt wird, sind vollkommen verschwunden. Diese Art von symbolischem Etatismus⁶⁸ gilt es zu durchbrechen: „Die Sprache verdeckt hier die Wirklichkeit, indem sie so tut, als ob der Staat anders handeln würde, als er tatsächlich handelt.“⁶⁹ Wenn man sich die vom Staat enteignete Sprache wieder aneignet und dem Staat seine Besonderheit entzieht, kann man die Reichweite der Demokratie genauer bestimmen: „Kein Staat soll töten, einsperren oder stehlen, ohne ein geregeltes rechtliches Verfahren.“⁷⁰

Erst nach Durchbrechung der Staatsmystifikation kann man versuchen, mit Hilfe von Demokratie und Rechtsstaat „die Macht, die wir (dem Staat) möglicher-

⁶⁴ G. de Lagasnerie, Verurteilen, Der strafende Staat und die Soziologie, Frankfurt am Main 2017, S. 63.

⁶⁵ P. Schiffauer, Leviathan oder Hydra, in: Müller/Burr (Hrsg.), Rechtsprache Europas, Berlin 2004, S. 33.

⁶⁶ P. Schiffauer, Leviathan oder Hydra, in: Müller/Burr (Hrsg.), Rechtsprache Europas, Berlin 2004, S. 32.

⁶⁷ P. Schiffauer, Leviathan oder Hydra, in: Müller/Burr (Hrsg.), Rechtsprache Europas, Berlin 2004, S. 34.

⁶⁸ Vgl. dazu G. de Lagasnerie, Verurteilen, Der strafende Staat und die Soziologie, Frankfurt am Main 2017, S. 74.

⁶⁹ G. de Lagasnerie, Verurteilen, Der strafende Staat und die Soziologie, Frankfurt am Main 2017, S. 79.

⁷⁰ G. de Lagasnerie, Verurteilen, Der strafende Staat und die Soziologie, Frankfurt am Main 2017, S. 83.

weise zugestehen wollen, auf rationale Grundlagen zu stellen.“⁷¹ Man muss Demokratie neu denken: „Demokratie in Europa lässt sich nicht reduzieren auf eine Definition. Der klassische Diskurs über Demokratie entfaltet das Thema der Selbstbestimmung der Völker, denkt aber dessen ungeachtet in Kategorien des auf sich allein gestellten freien Individuums. Demokratie wäre stattdessen zu denken als Selbstbestimmung eines verfassten Demos.“⁷²

Der Austausch des Legitimitätsmythos gegen die Betrachtung der Performanz von Legitimität führt zu neuen Problemen. Sie betreffen das Gesetz, das Verfahren und die Rolle des Richters. Eine mediale Reflexion führt in allen drei Bereichen nicht einfach zu einer Bejahung der blinden Performanz, sondern zu einer Präzisierung der rechtsstaatlichen Bindungen.

„Die Herstellung der Übereinstimmung des Willens einer unbestimmten Masse von Rechtssubjekten ist ein praktisch nicht lösbares Problem und die Regeln der Mehrheitsentscheidung entfalten dort keine Legitimationswirkung, wo es um die Voraussetzung für die Anwendung, die Herstellung des politischen Grundkonsenses geht. Herstellung von Verfasstheit durch Vertrag kann daher nur praktisch werden, wenn die handelnden Subjekte nicht Individuen, sondern selbst bereits verfasste politische Formen sind.“⁷³ „Die individualistischen Theorien einer vertraglichen (oder gewaltsamen) Zusammenfassung von Individuen und Personen sind unangemessen. Möglicher Ausweg wäre die Kategorie der ‚Intersubjektivität‘, die in der Erkenntnistheorie an die Stelle des Subjekts getreten ist. Warum soll sie es nicht in der Theorie des Staates tun?“⁷⁴

a) Die Aufgabe des Gesetzes

Sichtbar wird, dass die Rechtsnorm der Erkenntnis weder als Gegenstand vorgegeben ist, noch sich allein dezisionistischer Willkür verdankt. „Gebunden, wie wir uns heute das Handeln eines Richters vorstellen, der scheinbar frei, unabhängig von allen anderen Menschen entscheidet und in dieser Freiheit doch fester gebunden ist als jeder Gefangene, durch das Gesetz.“⁷⁵ Aber Regeln leben von der Abweichung.⁷⁶ Sicher, sie wird vom sogenannten Rechtsanwender hergestellt. Aber das ist eben nicht die Antwort auf die Frage nach Recht, sondern es ist vielmehr in Gestalt der Thematisierung des „Herstellens“ zuallererst einmal die Frage selbst. Eine an dem tatsächlichen Geschehen ansetzende Rechtserzeugungslehre kann den gegenstandskonstitutiven Anteil praktischer

⁷¹ G. de Lagasnerie, *Verurteilen, Der strafende Staat und die Soziologie*, Frankfurt am Main 2017, S. 88.

⁷² P. Schiffauer, *Leviathan oder Hydra*, in: Müller/Burr (Hrsg.), *Rechtssprache Europas*, Berlin 2004, S. 27.

⁷³ P. Schiffauer, *Leviathan oder Hydra*, in: Müller, F./Burr, I. (Hrsg.), *Rechtssprache Europas*, Berlin 2004, S. 41.

⁷⁴ P. Schiffauer, *Leviathan oder Hydra*, in: Müller/Burr (Hrsg.), *Rechtssprache Europas*, Berlin 2004, S. 33.

⁷⁵ P. Schiffauer, *Leviathan oder Hydra*, in: Müller/Burr (Hrsg.), *Rechtssprache Europas*, Berlin 2004, S. 61.

⁷⁶ Vgl. dazu auch P. Schiffauer, *Leviathan oder Hydra*, in: Müller/Burr (Hrsg.), *Rechtssprache Europas*, Berlin 2004, S. 62.

Rechtsarbeit theoretisch erfassen. Praktische Rechtsarbeit ist schon im Normalfall schöpferisch, normerzeugend. Und „Schaffen“ ist etwas anderes als krudes „Setzen“. Recht soll als anerkennenswerte Macht mehr und anderes sein als die Gewalt des Eingriffs, als Gewalt über Sprache; jedenfalls dann, wenn es nicht als bloßes Faktum der Entscheidung dem sprachphilosophisch bemäntelten Dezisionismus eines „Souveräns über die konkrete Sprachordnung“ dienen soll.⁷⁷ Doch kann der Jurist seine Entscheidung über die Bedeutung eines Normtexts nicht aus der Sprache normativ begründen. Er kann sie nur praktisch vollziehen. Und legitime Entscheidung statt nackter Sprachgewalt kann daraus nur unter dem Aspekt werden, *wie* er das tut. Wenn Sprache im Konfliktfall nichts anderes ist als der Vollzug der Entscheidung über sie, dann steht die Frage an, wer diese Entscheidung gegen wen trifft und was ihm das Recht dazu gibt, sie so und nicht anders zu treffen; es stellt sich die Frage nach der Gewalt über jene, die Juristen, die so zu sprechen gezwungen sind. Die Sprache als solche ist nämlich überfordert, wenn man ihr aufbürdet, aus dem tatsächlichen Prozess der Erzeugung von Recht eine bloße Erkenntnis von Bedeutungsgegenständen zu machen. Sprache funktioniert allein als Vorgang der Verständigung. Daher kann man Normativität nicht *aus ihr* beziehen; man kann sie nur in der Sprache herstellen.

Die Praxis des Gerichts ist aktive Rechtserzeugung. Die tragenden Leitsätze einer Entscheidung sind nie dem Gesetz oder seiner Bedeutung schlicht „entnommen“. Das Formulieren eines Leitsatzes ist ein Gestaltungsakt. Der Leitsatz als *eine* vertretbare Interpretation des Normtextes *neben anderen* hat nicht den fraglosen Geltungsanspruch einer objektiv vorgegebenen Größe. Während das alte Rechtserkenntnismodell den Konflikt der Interpretationen hinter einer scheinbar objektiven Bedeutung des Normtextes verstecken will, kann die Rechtserzeugungsreflexion den Sprachkonflikt und die in der Entscheidung steckende Gewalt sichtbar machen. Nur so kann diese den gewaltenhemmenden Argumentformen der juristischen Methodik unterworfen werden. Man sollte nicht lediglich die Oberflächenphänomene des Gesetzespositivismus korrigieren, sondern lieber sein Grundaxiom überwinden. Dieses liegt in der Annahme, dass sowohl die Rechtsnorm als auch die Einheit der Rechtsordnung im Ganzen objektiv verfügbar seien. Dort, wo Kelsen meinte aufhören zu müssen, beginnt für eine nachpositivistische, in den Augen der Reinen Rechtslehre „unreine“ Theorie erst die Arbeit. Das vom positivistischen Geschlossenheitsdogma ausgegrenzte oder hinter rhetorischen Fassaden versteckte Problem der Rechtsproduktion rückt ins Zentrum. Diese kreative Arbeit muss von rechtsstaatlichen Anforderungen her strukturiert werden.

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

⁷⁷Allgemein sieht dies etwa P. Muhr, Der Souverän über die konkrete Sprachordnung. Bemerkungen zu Kripkes elementarer Darstellung des Problems des Regelfolgens und des Arguments gegen private Sprachen in Wittgensteins Philosophische Untersuchungen, 1989, S. 88 ff.

nun die Zeichenkette als Gegenstand der Rechtsarbeit bestimmt wird, ist damit in keiner Weise gesagt, dass dem vom Gesetzgeber geschaffenen Normtext noch keine sprachliche Bedeutung zukäme. Das wäre nicht nur kontraintuitiv, man könnte dann die Zeichenketten des positiven Rechts auch gar nicht als solche erkennen. Normtexte sind keine bedeutungsleeren Zeichen. Sie haben in der Situation juristischer Entscheidung im Gegenteil eher zu viel als zu wenig Bedeutung. Mit dem Normtext wird eine große Anzahl von Verwendungsweisen verknüpft, die er in den Konfliktfall mitbringt. Jede der streitenden Parteien hat eine recht dezidierte Vorstellung davon, was der fragliche Normtext für ihr Anliegen, ihre Interessen „sagt“ oder „bedeutet“. Es gibt außerdem meist eine Mehrzahl dogmatischer Bedeutungserklärungen in der Literatur und eine Reihe von gerichtlichen Vorentscheidungen. Dazu kommen die *mitgebrachten Verwendungsweisen* aus der Rechtstradition, der Entstehungsgeschichte, der „Alltagssprache“ und der juristischen Fachsprache. Manche von ihnen, einschließlich die der Gerichte und der Literatur, schließen einander aus. Mitgebracht vom Normtext in die Entscheidungssituation wird also nicht „die Bedeutung“, sondern ein Konflikt um Bedeutungen. Und genau diesen muss der Richter am praktischen Fall entscheiden.

b) Die Aufgabe des Verfahrens

Mit der realistischen Einschätzung der Leistung des Normtextes kann die Stelle sichtbar gemacht werden, an welcher sich die Argumente des Verfahrens in den Text des Rechts einschreiben können. Der Richter hat im Rechtsstaat keine Kompetenzkompetenz, sondern eine umgrenzte Ermächtigung. Der Begriff „Kompetenzkompetenz“ kommt aus der obrigkeitsstaatlichen Tradition. Er bedeutet, dass der Staat die unbeschränkte Kompetenz hat, sich selber Kompetenzen zu verschaffen. Auf den Richter unter der Unionsverfassung passt diese überlieferte Vorstellung nicht. Dem Richter wird die rechtsprechende Gewalt übertragen, aber nur soweit er der Gesetzesbindung genügt. Den Umstand, dass seine Entscheidung der Gesetzesbindung Genüge tut, muss der Richter in der Begründung seines Urteils darlegen. Dabei muss er sich mit den Interpretationen der Prozessbeteiligten und mit den einschlägigen Entscheidungen anderer Gerichte auseinandersetzen. So findet die Souveränität seiner Interpretation Grenzen.

Über die Pflicht zur Begründung der Entscheidung ist der Richter an überprüfbare Maßstäbe gebunden.⁷⁸ Dieser Pflicht des Gerichts entspricht auf der Seite des Bürgers ein Recht auf Sprache. Er hat ein subjektives Recht darauf, dass der Richter seine Entscheidung nicht einfach nur fällt, sondern sie in der Begründung auch dem demokratisch legitimierten Normtext zurechnet. Direkt mit Hilfe von Rechtsmitteln gegen die Entscheidung und indirekt mit Hilfe der fachlichen Kritik ist dieses Recht auch einklagbar.

Das Bundesverfassungsgericht formuliert dieses aus Artikel 103 GG abzuleitende Recht folgendermaßen: „Art. 103 Abs. 1 GG gibt den Verfahrensbeteiligten das

⁷⁸Vgl. F. Müller/R. Christensen/M. Sokolowski, *Rechtstext und Textarbeit*, Berlin 1997, S. 138 ff.

Recht, sich nicht nur zu dem für die jeweilige gerichtliche Entscheidung maßgeblichen Sachverhalt, sondern auch zur Rechtslage zu äußern, und verpflichtet das Gericht, den Vortrag der Beteiligten zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen. Dabei kann es in besonderen Fällen geboten sein, die Verfahrensbeteiligten auf eine Rechtsauffassung hinzuweisen, die das Gericht seiner Entscheidung zugrunde legen will. Es kann im Ergebnis der Verhinderung eines Vortrags zur Rechtslage gleichkommen, wenn das Gericht ohne vorherigen Hinweis auf einen rechtlichen Gesichtspunkt abstellt, mit dem auch ein gewissenhafter und kundiger Prozessbeteiligter selbst unter Berücksichtigung der Vielfalt vertretbarer Rechtsauffassungen nicht zu rechnen brauchte. Allerdings ist zu beachten, dass das Gericht grundsätzlich weder zu einem Rechtsgespräch noch zu einem Hinweis auf seine Rechtsauffassung verpflichtet ist. Auch wenn die Rechtslage umstritten oder problematisch ist, müssen daher die Verfahrensbeteiligten grundsätzlich alle vertretbaren rechtlichen Gesichtspunkte von sich aus in Betracht ziehen und ihren Vortrag darauf einstellen.“⁷⁹

Eine Entscheidung, solange sie eine Rechtsentscheidung und keine bloße Gewalt sein will, muss dem Betroffenen Einfluss auf die Sprache geben, die in der Entscheidung an die Stelle seiner eigenen tritt. Wenn dagegen diese Sprache schon vorher feststeht, haben wir kein Recht vor uns, sondern nur sprachlich verbrämte Gewaltsausübung. Darin liegt die wichtige Rolle des Rechts auf Gehör.

c) Im Namen des Volkes

Im Wege der medientheoretischen Reflexion kann auch das Problem richterlicher Verantwortung präzisiert werden. Er als der Dritte entscheidet und verantwortet diese Entscheidung. Aber hier ist Vorsicht angebracht: „Wäre ich bei der Übernahme einer Verantwortung, beim Treffen einer Entscheidung aktiv, dann würde ich mir die Verantwortung einfach aneignen: Es ist *meine* Entscheidung, es ist *meine* Verantwortung. Und wenn sie meine ist, folgt daraus, dass sie meine eigene Möglichkeit entfaltet. Wenn eine Entscheidung und eine Verantwortung schlicht das entfalten, was mir möglich ist, dann handelt es sich weder um eine Verantwortung noch um eine Entscheidung. Die Entscheidung darf nicht folgen, darf nicht einfach ein Programm entfalten. Damit eine Entscheidung eine Entscheidung ist, muss sie das Programm unterbrechen oder mit ihm brechen, sie muss mit der einfachen Entwicklung oder Entfaltung einer Möglichkeit brechen.“⁸⁰ Diese als Sprachnormierung begriffene Einschreibung kann keiner geschlossenen Regeldetermination unterworfen werden, sondern nur einer Anzahl relativer Bindungen aus dem Rechtsstaatsprinzip und aus anderen methodenrelevanten Normen. Der Rechtsarbeiter vollzieht weder die Erkenntnis einer objektiv vorgegebenen Bedeutung, noch trifft er eine Entscheidung aus dem normativen Nichts. Und ob er seine Aufgabe angemessen löst, ist nicht an einer objektiven

⁷⁹BVerfGE 98, 218, 263, unter Bezug auf BVerfGE 83, 24, 35; 86, 133, 144 f. – Vgl. zur Verletzung des rechtlichen Gehörs durch Überraschungsentscheidungen auch BVerfG, in: NJW 2002, 1334 ff.

⁸⁰J. Derrida, Als ob ich tot wäre, 2000, S. 39 f.

Erkenntnisinstanz zu messen. Diese Frage ist vielmehr an den Standards einer sozialen Praxis zu bewerten, ohne in dieser Bewertung ganz aufzugehen.

An die Stelle des herkömmlichen Bildes von Rechts“anwendung“ tritt also nicht einfach eine freie und autonome Entscheidung des Richters. Eine Entscheidung treffen bedeutet: „Dass wir dabei nicht aktiv sind, sondern passiv. Und ich möchte den Begriff Verantwortung (...) von den Begriffen Handlung, Freiheit, Initiative usw. trennen. (...) Diese Position wendet sich gegen die Autonomie, dagegen, dass man sich selbst sein Gesetz gibt. Wir übernehmen Verantwortung in einer Situation der Heteronomie, d. h. in dem, was ich Leidenschaft nennen würde, im aktiv-passiven Gehorsam gegenüber dem Gesetz des anderen. Dies bedeutet, dass die Entscheidung – und wir können Verantwortung nicht ohne Entscheidung denken – nichts Aktives ist. Nun, für einen Philosophen ist dies schwer zu schlucken: eine Entscheidung, die die Entscheidung des anderen wäre und eine passive Entscheidung. Aber ich möchte behaupten, dass es so etwas wie eine aktive persönliche Entscheidung nicht gibt und das Rätsel der Verantwortung in dieser Aporie begründet liegt: Eine Entscheidung ist etwas Passives in einem bestimmten Verständnis von Passivität, etwas, das einem aufgetragen ist.“⁸¹

Darin zeigt sich, dass weder der Gesetzgeber noch der Normtext die Entscheidung eines konkreten Streitfalls ganz determinieren können. Der Richter und seine Verarbeitung des Verfahrens in der Urteilsbegründung wird zur entscheidenden Instanz. In der von ihm geschriebenen Begründung kann man Ansatzpunkte und Strukturen einer Verantwortung sichtbar machen, die nicht einfach subjektiv angeeignet werden kann.

Die Entscheidung wird getroffen „Im Namen des Volkes“. Das heißt, seine eigene Entscheidung gibt der Richter im Namen eines anderen: „Prinzipiell ist dies Unsinn, man kann nichts im Namen des anderen geben. Was man geben kann, gibt man prinzipiell nur im eigenen Namen. Wenn es dennoch möglich und notwendig ist, im Namen des anderen zu geben und diese Verantwortung zu übernehmen, bedeutet dies – und was ich jetzt sagen werde, mag sich sehr sonderbar und mit dem gesunden Menschenverstand äußerst unvereinbar anhören –, die Verantwortung, die wir übernehmen oder die wir übernehmen wollen, ist immer die Verantwortung für den anderen. Dies ist das Schwierigste, was es zu tun gibt. Wenn ich Verantwortung in meinem Namen für mich übernehme, und da ich nicht identisch mit mir bin, ich bin mir nur angewendet, dann bedeutet, die Verantwortung für mich selbst zu übernehmen, dass ich nach dem Gesetz eines anderen in mir handle.“⁸² Diese Verantwortung, die sich nicht einfach aneignen lässt, ist schwierig. Aber sie wird dem Richter von außen auferlegt, schon durch die Zwänge des Verfahrens und die darin vorgebrachten Argumente; verbunden mit der Pflicht, die Entscheidung zu begründen, im Namen des Volkes.

Daran zeigt sich der Ansatzpunkt normativer Vorgaben aus Rechtsstaats- und

⁸¹J. Derrida, *Als ob ich tot wäre*, 2000, S. 39. Vgl. zum Begriff der Entscheidung grundlegend die ausführliche Auseinandersetzung Derridas mit der Position von Carl Schmitt, in: *J. Derrida, Politik der Freundschaft*, 2000, Kap. 4, 5 und 6.

⁸²J. Derrida, *Als ob ich tot wäre*, 2000, S. 37.

Demokratieprinzip im juristischen Handeln. In der Diskussion um die richterliche Verantwortung hatte die herkömmliche Lehre zwei Bereiche unterschieden: einmal den der Bedeutungserkenntnis, wo der Richter auf den passiven Vollzug des Gesetzessinns beschränkt sein soll. Zum anderen den des „Richterrechts“, worin der Richter angeblich Prinzipien erkennt und diese dann genauso mechanisch anwendet wie vorher die Normtexte. Eine medientheoretische Reflexion kann diese „Zweiweltenlehre“ durch eine genauere Problemstellung überwinden. Der Richter ist Rechtsetzer, aber Rechtsetzer zweiter Stufe. Das heißt, die Rechtsnorm ist ihm nicht vorgegeben, sie wird von ihm hergestellt. Aber er muss sie dem vom Gesetzgeber geschaffenen Normtext plausibel zurechnen können. Darin liegt die *Geltungsanforderung* des Normtextes, die auf dem Weg über die Gesetzesbindung und andere Vorschriften eine richterliche Dienstpflicht darstellt⁸³. Geltung ist etwas, „das dem ‚geltenden Recht‘, das heißt: der Normtextmenge (der Gesamtheit aller Normwortlaute in den Gesetzbüchern) zugeschrieben wird. Die Geltungsanordnung besteht darin, Rechtspflichten zu erzeugen: gegenüber den Normadressaten im allgemeinen darin, sich in ihrem Verhalten, soweit die Normtexte für dieses einschlägig erscheinen, an diesen verbindlich zu orientieren; und gegenüber den zur Entscheidung berufenen Juristen im Sinn einer Dienstpflicht, diese Normtexte, soweit für den Entscheidungsfall passend, zu Eingangsdaten ihrer Konkretisierungsarbeit zu machen, sie also für das Erarbeiten einer Rechts- und einer Entscheidungsnorm tatsächlich heranzuziehen und methodisch korrekt zu berücksichtigen“⁸⁴. Obwohl der Richter die Rechtsnorm selbst herstellen muss, ist er bei dieser Arbeit einer Verantwortung unterworfen, die durch Vorgaben aus Rechtsstaat und Demokratie begründet ist und von Rechtstheorie und juristischer Methodik formuliert werden kann. Er soll ein Verfahren nicht einfach zu Ende bringen. Das wäre nur das Laufen der Maschine. Er soll vielmehr durch seine Leitung des Verfahrens sicherstellen, dass die rechtliche Geltung des Normtextes im Verfahren ersetzt wird durch die argumentative Geltung einer Lesart dieses Textes. Diesen Übergang von rechtlicher in argumentative Geltung muss er in seiner Begründung darstellen. Nur dann handelt es sich um eine Performanz des Rechts.

Damit ist eine Verantwortung formuliert. Die herkömmliche Sicht dagegen begrenzt und verendlicht das, was ein Richter leisten muss, auf die einzige Aufgabe korrekter Erkenntnis. Das ist überschaubar. Andernfalls ist Verantwortung unendlich weit entfernt und gleicht einem Gespenst. Aber in diesem scheinbaren Mangel der neuen Sichtweise liegt ein Gewinn: „Ich muss also einem Gespenst gehorchen, und die Entscheidung findet statt, während ich unter dem Gesetz oder vor dem Gesetz des anderen stehe, leidenschaftlich aktiv und passiv. (...) Und selbstverständlich ist eine begrenzte oder endliche Verantwortung eine Unverantwortlichkeit. Sobald man durch ein bestimmendes Urteil weiß oder zu wissen glaubt, was die eigene Verantwortung ist, gibt es keine Verantwortung. Damit eine Verantwortung eine Verantwortung ist, muss man, sollte man wissen, was immer man wissen kann. Man muss versuchen, das Maximum zu wissen,

⁸³Vgl. F. Müller, 'Richterrecht', Berlin 1986, S. 51.

⁸⁴Ebenda.

doch der Moment von Verantwortung oder Entscheidung ist ein Moment des Nicht-Wissens, ein Moment jenseits des Programms. Eine Verantwortung muss unendlich sein und jenseits jeder theoretischen Gewissheit und Bestimmung.“⁸⁵

Die medientheoretische Reflexion kann dem Richter seine Verantwortung nicht abnehmen. Doch kann sie helfen, das erreichbare Maximum zu wissen. Die Entscheidung verschwindet nicht in diesem Wissen; aber ohne dieses Wissen ist es keine verantwortliche Entscheidung. Jede Umsetzung des geltenden Rechts ist unvermeidbar auch dessen Verschiebung, Anreicherung, Komplizierung. Aber eine verantwortliche Umsetzung ist ein Gegenzeichnen des vom Parlament geschaffenen Textes. Gegenzeichnen heißt, „mit meinem Namen gegenzeichnen, aber in einer Weise, die dem anderen treu sein sollte. Ich würde *wahr* nicht *falsch* gegenüberstellen, sondern wahr im Sinne von Treue verstehen. Ich will etwas hinzufügen, dem anderen etwas geben, aber etwas, das der andere entgegennehmen und seiner- oder ihrerseits, tatsächlich oder als ein Geist, gegenzeichnen kann. Die Allianz also zwischen diesen beiden Gegenzeichnungen ist Anwendung. Man kann niemals sicher sein, dass es geschieht, es gibt kein Kriterium dafür, keine vorgegebene Norm, niemand kann im voraus Regeln, Normen oder Kriterien anfügen.“⁸⁶ Die Rechtsnorm wird konstruiert, aber nicht beliebig, sondern so, dass sie das Gesetz als Normtext anerkennt. Nur dann ist es die Konstruktion einer Rechtsordnung und damit – in diesem Sinn – Rechtsanwendung.

Das Urteil kann im Namen des Volkes ergehen, wenn es seine Legitimität nicht einfach aus dem Gesetzbuch ableitet, sondern im Verfahren inszeniert. Diese Inszenierung ist aber nicht einfach eine funktionierende Justizmaschine, sondern sie ist zu messen an den demokratischen und rechtsstaatlichen Vorgaben der Verfassung.

4. Rechtsstaat

Von der Praxis her gesehen erscheint Pluralismus zunächst als Traum von Theoretikern. Das Recht muss zwischen zwei konkurrierenden Ansprüchen entscheiden. Die Kunstwissenschaft kann sich damit begnügen, zu sagen, Skulpturen sind dreidimensional und Malerei zweidimensional, um sie dann im Raum des Museums gleichberechtigt nebeneinander zu stellen. Der Gerichtssaal ist aber kein Museum. Hier muss entschieden werden. Das Recht liefert im Unterschied zum Raum des Museums kein Nebeneinander, sondern ein „Entweder/Oder“ und damit Monismus. Aber vor das „Entweder/Oder“ der Entscheidung ist ein „Und“ gesetzt, die Entwicklung der streitigen Positionen im Verfahren. Hier müssen die Parteien argumentieren, und solange die mündliche Verhandlung nicht geschlossen wird, bleibt die Alternative noch offen. Es kann dem Gericht sogar gelingen durch Drohung mit einer Entscheidung, welche vielleicht für beide Seiten nachteilig ist, diesen Schwebezustand aufrechtzuerhalten. Die Parteien müssen sich dann vergleichen. An die Stelle der Entscheidung der Staatsgewalt

⁸⁵ J. Derrida, *Als ob ich tot wäre*, 2000, S. 41 f.

⁸⁶ J. Derrida, *Als ob ich tot wäre*, 2000, S. 33.

tritt dann die erzwungene Selbstregulation. Aber häufig wird das Gericht entscheiden müssen. Von konkurrierenden Ansprüchen bleibt dann nur einer übrig. Verschwindet jetzt der Pluralismus im Monismus?

a) Die Verschiedenheit des Rechts

Worin liegt der Unterschied zwischen der Performanz des Rechts und der Performanz der Macht? Der Macht geht es um Dezision, die mit Verfahren und Argumentation nichts zu tun hat. Nur das Ergebnis zählt. Aber der Traum des Dezisionismus von der Aufhebung des Konflikts in der Entscheidung ist nicht einlösbar. Der Konflikt bleibt. Denn es hätte ja auch anders entschieden werden können. Deswegen braucht man die Begründung. Aber natürlich reicht auch das nicht. Denn die Entscheidung hat etwas entschieden, was durch Erkenntnis nicht entschieden werden kann. Deswegen gibt es das Verfahren und die Argumentation. Sie ziehen die Streitparteien in die Entscheidung hinein. Auch dadurch wird der Konflikt nicht gelöst. Aber er hat im Durchlauf durch die Kühlsysteme des Verfahrens seine Temperatur geändert. Die abgegebene Hitze verändert natürlich auch das Kühlsystem. Es muss durch Rückkopplung neu justiert werden. Aber nur durch Änderung bleibt es stabil. Das Beispiel dafür ist die Mangold-Entscheidung. Die nationalen Rechtsordnungen haben sich verändert, aber auch der EuGH musste in den daran anschließenden Urteilen seine Position neu justieren.

Dem Recht geht es um Aufschub durch Supplemente. Nur dadurch gerät es in Metamorphosen und bleibt lernfähig. Recht wäre damit die Verzögerung und Erschwerung des Machtspruchs durch Verfahren, Argumentation und Begründung.

Ursache für die Fragmentierung des Europarechts ist die gesellschaftliche und sprachliche Differenzierung. Die Mitgliedsstaaten haben Rechtsordnungen mit eigenen Leitunterscheidungen. Sprache existiert damit in einer Mehrzahl getrennter Semantiken. Wenn die Logiken dieser Institutionen aufeinander prallen, entsteht ein Problem, das in den unterschiedlichen Theorietraditionen verschieden bezeichnet wird. In der analytischen Tradition spricht man von der Kollision inkommensurabler Rationalitäten, in der Systemtheorie von Regimekollisionen, in der postmodernen Tradition von Widerstreit.

Die Semantik der kollidierenden Rechtsordnungen von Union und Nationalstaat sind getrennt. Zwar steht in der Grundrechtscharta und im Grundgesetz häufig eine ähnliche Zeichengestalt, aber diese haben trotzdem unterschiedliche Bedeutungen. Aber neben der semantischen Verschiedenheit ist ihnen etwas gemeinsam: Dies ist der Streit um den Fall. Sie wollen beiden den Fall gegensätzlich entscheiden. Aber immerhin sehen sie einen einzigen Fall. An der Gemeinsamkeit des Streits lässt sich arbeiten. Wo Streit ist, kann entweder Krieg oder Kultur beginnen.

b) Das Gemeinsame des Streits

Dass Sprache umstritten ist, heißt aber nicht, dass die Akteure im Rechtsstreit hoffnungslos aneinander vorbeireden müssten. Im Gegenteil. Kompetitives Handeln wie der semantische Kampf ist Inter-Aktion auf dem höchsten Niveau der wechselseitigen Angewiesenheit der einzelnen Züge der Sprecher aufeinander. Jedes Missdeuten wird stehenden Fußes mit dem Misserfolg abgestraft. Um also im Rechtsstreit bestehen zu können, sind die Parteien darauf angewiesen, genau auf den anderen zu hören. Ein Konflikt ist soziologisch gesehen ein hoch integriertes System von Kommunikation.⁸⁷ Von zentraler Wichtigkeit ist vor allem, dass jede der beiden Seiten gewinnen will. Dazu muss sie allerdings die Position des Gegners verstehen, denn nur dann findet man Wege, sie argumentativ anzugreifen. Durch diesen ganzen Vorgang löst sich der Streit von der konkreten Person ab und wird objektiv; der tatsächliche Streit wandelt sich zum Rechtsstreit. Er führt dann in ein Verfahren, das ein unbeteiligter Dritter leitet. „Die Arbeit an und mit diesen Normtexten kann in einer Vielheit und in einer Vielheit von Sprachen zumal durchaus in einzelnen Fällen zu unterschiedlichen Resultaten führen, aber noch in dieser Unterschiedlichkeit ist ein Zusammenhalt organisiert durch die Arbeit am gleichen Text, deren Resultat sie ist.“⁸⁸

c) Kann das Unionsrecht pluralistisch funktionieren?

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 muss im Verfahren der grundlegende Rahmen der Semantik erkannt und relativiert werden.

Lässt sich aber ein grundlegender Rahmen überhaupt relativieren oder nur durch einen anderen ersetzen? Wird also in einem Urteil nur über den geltend gemachten Anspruch oder gleichzeitig über den zugrundegelegten Begriff von Recht entschieden?

Die Bindungswirkung des Urteils bezieht sich in der Regel nur auf die Parteien. Sie kann durch Rechtsmittel vielleicht geändert werden und selbst wenn sie zunächst bestätigt wird, vom Fortgang der Rechtsprechung überholt werden. Entschieden werden die vorgebrachten Ansprüche aber gerade nicht der jeweils zugrunde gelegte Begriff von Recht.

Aber auch darüber wird nicht nur entschieden, sondern man braucht dazu noch eine Begründung. An diese Begründung werden im Rechtsstaat auch

⁸⁷ N. Luhmann, Konflikt und Recht, in: *ders.*, Ausdifferenzierung des Rechts, S. 92 ff., 101.

⁸⁸ P. Schiffauer, Leviathan oder Hydra, in: Müller/Burr (Hrsg.), *Rechtssprache Europas*, Berlin 2004, S. 44.

Anforderungen gestellt. Sie muss auf das eingehen, was die Parteien im Rahmen des rechtlichen Gehörs vorgetragen haben und den Relevanzhorizont von Vorentscheidungen und wissenschaftlichen Stellungnahmen abarbeiten. Die Begründungstexte der Gerichte speichern nicht einfach Vergangenheit, um sie der Gegenwart als mit sich identischem Sinn zur Verfügung zu stellen, sondern sie halten nicht aktualisierte Möglichkeiten fest und stellen sich neuen Kontexten zur Sinnverschiebung durch Lektüre bereit. Sie öffnen damit das Recht für „den unmarkierten Bereich des Ausgeschlossenen.“⁸⁹ Die Regel bleibt also durch ihre beständige Begründung gerade nicht fest und unangetastet, sondern sie verschiebt sich und macht Metamorphosen durch. Aber „Leben erneuert sich in der geringfügigen Abweichung von der Regel: So gering, dass die Veränderung nicht sogleich von der Notwendigkeit erstickt wird und im Keime doch die Möglichkeit des ungeahnt Neuen, des Schönen enthält.“⁹⁰ Das gilt gerade für das Recht. „Unser Regelwerk passt sich immer neuen Situationen dadurch an und überlebt, dass wir an feste Regeln gebunden, uns doch gestatten, geringfügig von ihnen abzuweichen.“⁹¹ Auch die Teilung der Gewalt gehört also zur Geschichte ihres Wirkens. Recht wird gebrochen. Das ist nicht durch hermeneutische Umsicht zu vermeiden. Denn immer neue Fälle wollen entschieden werden, und deshalb muss das Recht mit seiner Vergangenheit brechen. Aber dieser Bruch des Rechts kann verschieden aussehen. Entweder der Richter definiert den Inhalt des Gesetzes unabhängig von den Verfahrensbeteiligten, oder er lässt sich diesen Inhalt durch den Streit der Beteiligten vorgeben. Das Recht beendet nicht den Streit der Bürger in der Stabilität der Entscheidung. Sondern die für das Recht kontingenten Streitigkeiten der Bürger verschieben ständig das Recht und zwingen es in „Metamorphosen.“⁹² Solange wir diesen Streit nicht in einem letzten Begriff von Recht aufheben, bleibt Pluralismus im Recht möglich.

Wenn sich eine Partei auf ihr Recht beruft und einen Streit beginnt, wird ihr klar, dass dieses Recht nicht nur eines ist. Das Recht der anderen ist mit aufgerufen. Das zeigt sich schon sprachlich: Zwar habe ich als Individuum nur eine einzige Sprache, aber wenn ich sie verwende um mein Recht einzufordern, bemerke ich, dass meine Sprache nicht mein Eigentum ist. In der Verständigung über die Ansprüche wird das Recht plural. In der Entscheidung zieht es sich zwar zu einem Punkt zusammen, aber immer nur als vorläufiger und revisibler Stand im Spiel der Verständigung über die Vielfalt der Rechte. Wenn Recht nur Gewalt wäre, dann wäre es nur Eines. Recht ist aber sprachlich gehemmte Gewalt. Dadurch wird aus Einem Vieles.

⁸⁹ N. Luhmann, *Metamorphosen des Staates*, in: *ders.*, *Gesellschaftsstruktur und Semantik*, Band 4, S. 101 ff., 107.

⁹⁰ P. Schiffauer, *Leviathan oder Hydra*, in: Müller/Burr (Hrsg.), *Rechtssprache Europas*, Berlin 2004, S. 61.

⁹¹ P. Schiffauer, *Leviathan oder Hydra*, in: Müller/Burr (Hrsg.), *Rechtssprache Europas*, Berlin 2004, S. 62.

⁹² Vgl. dazu N. Werber, *Vor dem Vertrag. Probleme des Performanzbegriffs aus systemtheoretischer Sicht*, in: Wirth (Hrsg.), *Performanz. Zwischen Sprachphilosophie und Kulturwissenschaften*, S. 366 ff., 381 f.

5. Werte

Werte beinhalten die Gefahr, dass sie an die Stelle einer freiheitlichen Gesellschaft eine homogene Wertegemeinschaft setzen. Dies ist bei Art. 2 EUV aber abzulehnen, denn zum einen ist explizit der Pluralismus als Wert aufgezählt, der sich gerade gegen den rückwärts gerichteten Ruf nach einer homogenen Gemeinschaft richtet. Zum anderen bestätigen dies Freiheit und Menschenrechte als weiter genannte Werte. Denn diese setzen den Unterschied von Staat und Gesellschaft voraus, so dass sie sich kaum paternalistisch instrumentalisieren lassen.⁹³ Vor allem aber dürfte die polykephale Struktur der Union einen gesellschaftspolitischen Aktionismus verhindern.⁹⁴

Es gibt keine objektive Wertordnung. Werte sind vielmehr nur eine Verdichtung bzw. eine Redeweise für subjektive Präferenzen. „Apostel einer objektiven Moral wie Vittorio Hösle, der in der geistigen Verzweiflung des postmodernen Gedankenpotpourris einen Weg zu weisen suchen, kämpfen auf verlorenen Posten. Wer den Menschen zuerst als freies Individuum setzt, nach dem Modell der christlichen Schöpfungsgeschichte als fertig und mit Würde versehen, sucht in in jenem vorgestellten luftigen Raum der Freiheit vergebens nach festen Punkten, an denen Bindungen zu verankern wären. Jede postulierte Objektivität kann geglaubt werden oder auch nicht.“⁹⁵ Deswegen stellt sich die Frage, ob man über Werte überhaupt diskutieren kann. Führt die Ablehnung der objektiven Wertordnung nicht in einen Relativismus? Ist es also denkbar, in dieser Diskussion eine Objektivität zugrunde zu legen, ohne diese vorpragmatisch an die Welt zu delegieren? Die Beziehung zur Objektivität ist nicht von außen von der Welt her zu beginnen, sondern von innen durch Explikation dessen, was in der Praxis des Streits über Werte vorausgesetzt wird. Für einen Relativisten wäre ein Streit um Werte vollkommen sinnlos. Genauso wenig wie man über den Geschmack von Zahnpasta streiten kann, kann man über subjektive Präferenzen streiten. Der Relativismus würde das Sprachspiel einer Auseinandersetzung um Werte einfach abschaffen. Damit aber ist das Problem der Objektivität gegenstandslos. Die Existenz des Streits zeigt allerdings, dass es dieses Problem wirklich gibt. Eine Position, die ganze Bereiche der Sprache für sinnlos erklärt, widerlegt sich selbst. Es ist dem Relativisten zuzugeben, „dass Zugriff auf die Welt perspektivisch und von einer historisch kontingenten Menge menschlicher Bedürfnisse und Interesse bestimmt“ ist.⁹⁶ Allerdings könnte man an die Vorstellung einer praktisch normativ erzeugten Objektivität denken, die unabhängig ist von einem So-Sein der Welt. Es könnte sich ergeben, „dass so etwas wie die Idee dieses eigentlichen So-Seins für unsere sprachlichen Praktiken unverzichtbar ist.“⁹⁷ Es kommt darauf an, „Objektivität als eine Art perspektivische Form

⁹³Vgl. dazu *R. Streinz/Ch. Ohler/Ch. Herrmann*, Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU, 3. aktualisierte und erweiterte Aufl. 2010, S. 80.

⁹⁴Vgl. dazu *C. Calliess/M. Ruffert*, Kommentar zum EUV-Vertrag, Art. 2, Rdnr. 30.

⁹⁵*P. Schiffauer*, Leviathan oder Hydra, in: Müller/Burr (Hrsg.), Rechtsprache Europas, Berlin 2004, S. 54.

⁹⁶*R. Rorty*, Robert Brandom über soziale Praktiken und Repräsentationen, in: *ders.*, Wahrheit und Fortschritt, Frankfurt am Main 2003, S. 192.

⁹⁷*R. Brandom*, Expressive Vernunft, S. 821 f. (Fn. 1).

anstatt als einen nichtperspektivischen oder perspektiveübergreifenden Inhalt zu rekonstruieren. Das Gemeinsame aller diskursiven Perspektiven liegt dann darin, dass es einen Unterschied gibt zwischen dem, was an einer Begriffsanwendung objektiv richtig ist, und dem, was bloß dafür gehalten wird, und nicht, worin er besteht – also in der Struktur und nicht dem Inhalt“.⁹⁸ Objektivität wird von den Teilnehmern einer Praxis als Fundament ihrer Begründungen wechselseitig unterstellt und für diese veranschlagt. Gemeinsam sind ihnen also nicht vorausgesetzte Werte. Gemeinsam ist ihnen, sich jeweils perspektivisch so aufeinander zu beziehen, dass sie ihre Behauptungen als objektiv darstellen und ausweisen können.

Die Diskussion um Werte führt in eine Paradoxie, die darin besteht, dass wir an Werte gebunden sind, die wir selbst machen. Ein solches Paradox muss praktisch entfaltet werden. Dies geschieht, indem wir uns einig sind über die Existenz der Werte, aber über ihren Inhalt streiten. Zwischen dem „Dass“ des Werts und dem „Was“ seines Inhalts kann nicht die Erkenntnis, sondern nur die Praxis eine vorläufige Brücke schlagen. Werte sind also dem Handeln kein vorgegebener Maßstab, sondern eine perspektivische Form, welche die Kommunikationsteilnehmer sich gegenseitig unterstellen.

Nun können wir auf die Frage zurückkommen, die in Art. 2 Satz 2 EUV genannten Werte einen justiziablen Gehalt haben. Jedenfalls nicht in der Weise, dass man auf die Werte hinweisen könnte wie auf Tische und Stühle. Aber sie haben ihre Existenz im Streit um diese Werte. Würde dieser Streit abgeschafft oder ohne sachlichen Grund in einer Weise beschränkt, die ihn hinter den erreichten Stand zurückfallen lässt, dann wäre an ein Verfahren nach Art. 7 EUV zu denken.

⁹⁸Ebd.