



This pdf document provided by SOULL can be cited as:

Christensen, Ralph: "Wörterbuch und Wortlautgrenze.

Gesetzesbindung als Fiktion" In: SOULL – Sources of Language and Law, <https://legal-linguistics.net> (Last update: 7.7.2020)

All rights reserved.

Wörterbuch und Wortlautgrenze

Gesetzesbindung als Fiktion

Juristen sind gewalttätig. Das sagt jedenfalls Art. 92 GG, der dem Richter die Ausübung der rechtsprechenden Gewalt überträgt. Das deutsche Wort „Gewalt“ changiert allerdings zwischen legitimer Autorität und willkürlichem Zwang. Die Einordnung hängt davon ab, wie die Richter mit der ihnen übertragenen Gewalt umgehen. Verleihen sie der besseren Interpretation die Kraft zur Entscheidung oder begreifen sie als Texthooligans das Spiel der Interpretation nur als Anlass zur blinden Gewaltanwendung. Da jede staatliche Gewalt nach dem Verfassungsrecht kontrolliert werden soll, stellt sich die Frage, wie man Hooliganismus gegenüber dem Gesetz vermeiden kann. Das Ordnungsrecht kennt im fast parallelen Fall der Fußballhooligans Maßnahmen vor, während und nach dem Spiel.¹ Unterschiede ergeben sich daraus, ob man sich mehr auf die Polizeikräfte oder die Fanbeauftragten verlässt. Auch im Bereich des Rechts unterscheiden sich die Vorschläge danach, ob es mehr auf Sprache und Interpretation oder den Richter ankommt.

I. Die Auflösung der richterlichen Gewalt in die Interpretation

Die Kontrolle richterlicher Gewalt wird in der herkömmlichen Auffassung vor allem der Sprache und Interpretation übertragen. Nach dem klassischen Positivismus liefert der Gesetzgeber dem Richter mittels der Sprache des Gesetzes den Inhalt seines Urteils. Man will im Sinne der Gewaltenteilung sicherstellen, dass Gesetze und nicht Menschen herrschen.

¹Vgl. dazu *Marius Breucker*, Präventivmaßnahmen gegen reisende Hooligans, in: NJW 2004, S. 1631 ff.; *ders.*, Sicherheitsmaßnahmen für die Fußballweltmeisterschaft 2006. Prävention durch Polizei und Deutschen Fußballbund, in: NJW 2006, S. 1233 ff.; *Einiko Franz/Thomas Günther*, Fußball-Weltmeisterschaft 2006: Die Welt zu Gast bei Irren? – Nein, bei Freunden!, Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter 2006, S. 201 ff.

1. Vor dem Spiel: Die Macht der Regel

Vor dem Spiel gilt der Grundsatz, dass im Gesetz bereits alles geregelt ist. Abgesehen von der richtigen Interpretation und eventuell der Verwendung von Wörterbüchern sind Vorfeldmaßnahmen überflüssig. Das, was im Rechtssystem tagtäglich vorgeht, die gerichtlichen Verfahren, die dort vorgetragenen Argumente und die Begründungsarbeit der Richter kommen darin aber nicht vor. Man trifft sich mit Laien nur zur Ermittlung der Fakten. Die Rechtslage kann man allein aus dem Gesetz ablesen. Das Verfahren ist ein gegenüber dem Inhalt der Rechtsidee neutrales Mittel der Rechtsfindung. Es kostet Zeit und Geld und wird häufig kritisiert, weil es sich gegenüber dem Zweck der Rechtserkenntnis verselbständigt. Höchstens eine didaktische Rolle billigt man ihm zu. “Die juristische Diskussion um die Nebenfolgen des Verfahrens konzentrierte sich lange auf die negativen Aspekte. Erst in neuerer Zeit werden zunehmend auch positive Funktionen des Verfahrens diskutiert. Den Anstoß dazu gaben Soziologen und Psychologen. Unter der Überschrift ‘Procedural Justice’ haben sie darauf aufmerksam gemacht, dass das Verfahren mehr leistet, als ein Instrument zur Suche nach Wahrheit und Recht, indem es unabhängig von seinem Ergebnis dazu beiträgt, die Akzeptanz der Entscheidung bei den Betroffenen zu verbessern, und darüber hinaus teilweise sogar materielle Gerechtigkeit zu ersetzen vermag.”² Das Verfahren dient also nur der Vermittlung eines Ergebnisses, was schon unabhängig von seinem Verlauf und den von den Prozessbeteiligten vorgebrachten Argumenten allein durch Rechtserkenntnis festliegt. Heute beginnt man nach der konstitutiven Rolle des Verfahrens für das Recht³ zu fragen: “Bei Gericht wird das Recht nicht festgestellt, sondern mehr oder weniger erst hergestellt.”⁴ Das Mehr oder Weniger wäre noch zu präzisieren.

2. Während des Spiels: Die Monopolisierung der Sprache

Während des Spiels gilt der Grundsatz, dass die Mittel von Sprache und Interpretation vollkommen ausreichen, um alle Probleme zu lösen. Es genügt also, im Wörterbuch nachzuschlagen. In unserem Beispielfall geht es um die Entnahme von Zahngold aus der Asche von Verstorbenen durch Friedhofspersonal. Bisher

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

³ Grundlegend insoweit *Alexander Somek*, Rechtssystem und Republik, Wien/New York 1992, S. 475 ff. Hier wird schon der herkömmliche Bedeutungsidealismus verabschiedet, vgl. ebd., S. 305 ff. und die Bedeutung als nachträglich begriffen, ebd. S. 311 ff. Deswegen kommt dem Prozess eine tragende Rolle beim Problem der Rechtsbestimmtheit zu. Allgemeinere Ansätze in diese Richtung wären *Graf-Peter Callies*, Prozedurales Recht, Baden-Baden 1999, wonach sich „die Frage der Rechtsstaatlichkeit nicht mehr statisch als Frage nach den ‚herrschenden‘ Gesetzen, sondern dynamisch als Frage nach dem Wie des Prozessierens von Recht (stellt)“; S. 15; *Karl-Heinz Ladeur*, Prozedurale Rationalität – Steigerung der Legitimationsfähigkeit oder der Leistungsfähigkeit des Rechtssystems?, in: Zeitschrift für Rechtssoziologie 7, 1986, S. 265 ff.; *Niklas Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, 3. Aufl., Frankfurt am Main 1975; *Ulfrid Neumann*, Materiale und prozedurale Gerechtigkeit im Strafverfahren, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 101, 1989, S. 52 ff.; *Klaus Röhl*, Verfassungsgerechtigkeit (Procedural Justice), Einführung in den Themenbereich und Überblick, in: Zeitschrift für Rechtssoziologie 14, 1993, S. 1 ff.

⁴ *Klaus Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 2. Aufl., Köln u.a. 2001, S. 509.

hatten die Gerichte dies als Störung der Totenruhe bestraft. Das OLG Nürnberg will dies ändern und stattdessen den Verwahrungsbruch bestrafen. Dazu bezeichnet es zunächst den möglichen Wortsinn als äußerste Grenze richterlicher Interpretation: “Bei der Bestimmung des maßgeblichen Wortsinns ist auf die Bedeutung eines Ausdrucks oder Wortverbindung im allgemeinen Sprachgebrauch abzustellen.” (S. 11) Was fängt man mit dieser Formel an? Zunächst einmal führt sie in eine pragmatische Richtung, indem sie auf das tatsächliche Sprechen verweist. In der sprachlichen Praxis findet man aber immer eine Vielzahl von in sich widersprüchlichen Verwendungsweisen, welche nur vorsichtige und sehr begrenzte systematische Verknüpfungen zulassen. Dieses Problem jeder Lexikografie verschwindet aber völlig aus der Sicht des Gerichts, wenn es einen allgemeinen und homogenen Sprachgebrauch der Gegenwart unterstellt. Nun hat die Gegenwart noch niemand sprechen hören, so dass man auf die Methode zur Ermittlung dieses Sprachgebrauchs gespannt ist. Das Gericht verwendet drei Wörterbücher und drei Enzyklopädien, um dann eine gemeinsame Schnittmenge zu bilden. Die Vorstellung ist also offenbar, dass eine gelingende Verständigung eine gemeinsame Sprache voraussetzt. Diese wäre dann so etwas wie die gemeinsame Schnittmenge aller Sprecher.

Die Sprache erscheint hier als eine dem Sprechen und Verstehen vorgegebene objektive Größe und nicht als Resultante sprachlicher Interaktion. Sie ist eher ein Berg als ein Markt. Die Überhöhung der Sprache zum Naturgegenstand soll hier das Gewicht der Begründung steigern. Der entscheidende Senat will darlegen, dass der abweichende Sprachgebrauch anderer Gerichte und wissenschaftlicher Kommentare die Wortsinnengrenze überschreitet. Dazu müsste man den Wortsinn dem juristischen Streit entziehen und überordnen können. Wie will man aber einem verständlichen Sprachgebrauch die Berechtigung absprechen? Wenn der Sprachgebrauch in der gemeinsamen Schnittmenge einiger Lexika liegt, kann man abweichende Verwendungen aus der Sprache ausschließen und eine Grenze feststellen, ohne dafür argumentieren zu müssen: “Die von der Kammer in Anknüpfung an ein Urteil des OLG Bamberg vom 29.01.2008 (NJW 2008, 1543, 1544; ebenso Fischer, StGB 56. Aufl., § 168 Rn. 7; Dippel, in: LK 11. Aufl., § 168 Rn. 28; Rudolphi/Rogall, in: SK-StGB, § 168 Rn. 5) vertretene Gegenansicht ist mit dem allgemeinen Sprachgebrauch nicht vereinbar. Sie überschreitet die Wortsinnengrenze und führt damit zu einer gegen Art. 103 Abs. 2 GG verstoßenden strafbegründenden Analogie.”⁵

Aber Wörterbücher sind nicht dafür gemacht, anderen die Sprache abzuschneiden. “Das Wörterbuch ist die präzise Synopsis des versteckten sozialen Wissens.”⁶ Wörterbücher ordnen also das kollektive Wissen.⁷ Aber jede Ordnung ist auch

⁵OLG Nürnberg, S. 12.

⁶*Franz Josef Hausmann*, Wörterbücher und Öffentlichkeit. Das Wörterbuch im Urteil der gebildeten Öffentlichkeit in Deutschland und in den romanischen Ländern, in: Wörterbücher, Band 1, 19-28 (HSK 5.1), S. 20.

⁷*Ulrich Johannes Schneider/Helmut Zedelmaier*, Wissensapparate. Die Enzyklopädistik der frühen Neuzeit, in: *Richard van Dülmen/Sina Rauschenbach* (Hrsg.), Macht des Wissens. Die Entstehung der modernen Wissensgesellschaft, Köln/Weimar/Wien 2004, S. 349 ff., 349.

eine Auswahl, womit das Wissen schon transformiert wird und eventuell auch Steuerungsimpulsen unterliegt. Lexikografen verstehen sich dann auch nicht als reine Informationsübermittler, sondern als Kulturwissenschaftler.⁸ Dies kollidiert allerdings mit der Erwartung des OLG Nürnberg, welche gerade darin besteht, im Lexikon eine Abbildung des Sprachgebrauchs der Gegenwart zu finden. Wenn man schon an Wörterbücher glauben will, sollte man auch an die Definition des Wörterbuchs im Wörterbuch glauben. Die Erklärung im Duden lautet: „Nachschlagewerk, in dem die Wörter einer Sprache nach bestimmten Gesichtspunkten ausgewählt, angeordnet und erklärt sind.“⁹ Ein Wörterbuch ist also nach bestimmten Gesichtspunkten gestaltet. Es ist keine Schublade, worin schon vorher feststehende Informationen einfach eingeräumt werden. Dies wird auch in der Lexikologie genauso eingeschätzt: „Lexikografie ist nicht nur die vermeintlich objektive Präsentation von sprachlichen Fakten, nicht nur interesseloses Zusammenstellen von Daten, sondern auch interessenverhaftetes Schreiben von Texten, damit geistige Verarbeitung von Daten zu neuen Informationen und damit Selektion; dies führt zu einem gezielten Angebot potentieller Information.“¹⁰ Sie erheben nicht den Anspruch die normativ richtige Regel des Sprechens wiederzugeben, sondern sammeln nur Gebrauchsbeispiele, die sie entsprechend ihrer Funktion systematisieren. Also auch mit dem Wörterbuch kann man die vorgeblich objektive Bedeutung nicht feststellen. Das Gesetz existiert nur in einer Vielzahl von Lesarten, und ohne Verfahren und die dort vorgetragenen Argumente weiß man nicht, welche Lesart die beste ist. Man will im Gesetz eine Regel finden und sie in der Entscheidung abbilden. Aber niemand hat eine versionslose Beschreibung. Es fehlt die Regel für die Anwendung der Regel.

3. Nach dem Spiel: Die Schwierigkeiten in der Anwendung

Es gilt der Grundsatz, dass sich die Ordnungskräfte nach dem Spiel rasch entfernen sollten, bevor diese massiven Probleme sichtbar werden. Verstecken will man sie durch die Annahme weiterer Rechtsquellen hinter dem Normtext. Diese sollen sicherstellen, dass die Regel nicht streitig wird und ihre Anwendung funktioniert: Es wird uns damit empfohlen, vom bloßen Text auf den Geist des Gesetzes zurückzugehen. Denn Auslegung ist „Rekonstruktion des dem Gesetze innewohnenden Gedankens.“¹¹ Diese heißen dann Prinzipien und bilden eine

⁸Vgl. dazu grundlegend *Oskar Reichmann*, Resümee der Tagung. I: Das Wörterbuch: Artikel und Verweisstrukturen. Jahrbuch 1987 des Instituts für Deutsche Sprache, hrsg. von *Gisela Harras*, Düsseldorf, S. 394 ff., 395.

⁹Duden, Das große Wörterbuch der deutschen Sprache in 10 Bänden, 3., völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, hrsg. vom Wissenschaftlichen Rat der Dudenredaktion, Stichwort Wörterbuch, Mannheim u.a. 1999.

¹⁰*Herbert Ernst Wiegand*, Wörterbuchforschung, Untersuchungen zur Wörterbuchbenutzung, zur Theorie, Geschichte, Kritik und Automatisierung der Lexikografie. 1. Teilband, Berlin/New York, S. 60.

¹¹*Matthias Pechstein/Cornelia Drechsler*, Auslegung und Fortbildung des Primärrechts, in: *Karl Riesenhuber* (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, Berlin 2006, S. 91 ff., 91.

eigene Seinsschicht¹², aber auch sie kann man nicht einfach anwenden, weil sie untereinander in Konflikt¹³ liegen. Es bedarf einer darüber hinausgehenden Wertung,¹⁴ welche sich aus der Rechtsidee, der Gerechtigkeit oder ähnlichen Kandidaten ergeben soll. Mit der Ausdehnung des Begriffs der Auslegung auf einen Fundus an Rechtsprinzipien, zusammengehalten von der Rechtsidee, hat sich die argumentative Bewegung der klassischen Lehre zur Totalität gerundet. Dabei ist diese Totalität strukturiert wie die stratifizierte Gesellschaft: Über dem vom Adel der Prinzipien beherrschten Volk der Begriffe thront die Rechtsidee wie ein König – woran sich zeigt, dass die Bewusstseinsformen der vorangegangenen gesellschaftlichen Formation auch in der nachfolgenden zunächst noch dominant bleiben. Aber der König ist machtlos. Sobald er inhaltlich bestimmt wird, verliert er die Kontrolle.

Die juristische Interpretationstheorie beruht damit auf einer Wunschkonstellation¹⁵, dem Wunsch nach Instrukktivität.¹⁶ Danach kann der Richter immer, wenn das Gesetz keine eindeutige Auskunft liefert, über die Prinzipien zur Sinneinheit des Rechts vorstoßen. Das ist ein holistischer Ansatz, der vertikal von der Sinneinheit des Systems her jede Einzelheit beherrschen will. Deswegen heißt die entsprechende Methode auch „vertikale Auslegung“¹⁷. Sie soll den Richter vom bloßen Text ins Innere des Rechts führen. Aber die Abfahrt nach innen funktioniert in der Praxis nicht. Das Recht versammelt sich nicht zu einem inneren Wesen. Man findet statt dessen nur eine Vielzahl weiterer Normtexte auf derselben Regelungsebene. Keine dieser Normen stellt die zentrale Steuerungseinheit oder den Gesamtsinn dar, sondern nur eine weitere mögliche Verknüpfung. Auf der Fahrt nach innen geht es den Juristen wie dem Neurowissenschaftler, der statt des gesuchten Zentral-Ichs nur eine Vielzahl von homunculi findet.¹⁸ Auch die Einheit des Rechts löst sich in eine Vielzahl von Beobachtungsperspektiven auf, so dass man ohne letzten Halt wieder im Äußeren landet.

¹²Vgl. grundlegend zu diesem Begriff: *Josef Esser*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 4. Aufl., Tübingen 1990, mit Klassifikation der Prinzipien S. 87 ff.; sowie *Ronald Dworkin*, Bürgerrechte ernstgenommen, Frankfurt am Main 1984, S. 56 ff.; *Robert Alexy*, in: *Werner Krawietz u. a.* (Hrsg.), Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz, Berlin 1979, S. 59 ff.; *Jürgen Habermas*, Faktizität und Geltung, 4. Aufl., Frankfurt am Main 1994, S. 254 ff.; *Hans-Joachim Koch/Helmut Rüssmann*, Juristische Begründungslehre, München 1982, S. 97.

¹³Vgl. dazu *Franz Bydlinski*, in: *Juristische Blätter* 1996, S. 684; *Robert Alexy*, Theorie der Grundrechte, Baden-Baden 1985, S. 143 ff.

¹⁴*Robert Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, Frankfurt am Main 1996, S. 390; *Ernst A. Kramer*, Juristische Methodenlehre, Bern 1998, S. 188.

¹⁵Vgl. dazu *Hartmut Winkler*, Docuverse, Regensburg 1997, S. 11.

¹⁶Vgl. dazu *Martin Morlok*, Neue Erkenntnisse und Entwicklungen aus sprach- und rechtswissenschaftlicher Sicht, in: *Bernhard Ehrenzeller, Peter Gomez, Markus Kotzur, Daniel Thürer, Klaus A. Vallender* (Hrsg.), Präjudiz und Sprache, Zürich/St. Gallen 2008, S. 31.

¹⁷*Albert Bleckmann*, Die systematische Auslegung im europäischen Gemeinschaftsrecht, in: *ders.*, Studien zum Europäischen Gemeinschaftsrecht, 1986, S. 41 ff., 44.

¹⁸Vgl. zu dieser Bewegung der Ersetzung einer Zentralinstanz durch viele Einzelinstanzen *Daniel C. Dennett*, Wo bin ich? in: *Douglas R. Hofstadter/Daniel C. Dennett* (Hrsg.), Einsicht ins Ich. 5. Aufl., Stuttgart 2002, S. 209 ff. Siehe auch *David H. Sanford*, Wo war ich?, ebd., S. 224 ff.

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. Die Auslegung führt damit nicht zur Sinnmitte des Rechts, sondern in die Beobachtung zweiter Ordnung. Sie argumentiert nicht mit der Rechtsidee, sondern mit anderen Entscheidungen. Die Theorie des Gesetzespositivismus verschwindet also in der Praxis eines Richterpositivismus.

II. Die Auflösung der Interpretation in die richterliche Gewalt

Betrachten wir also anstelle des Gesetzes den Richter. Er führt keinen Monolog sicher angeleitet durch die Regel, sondern er reagiert auf Texte. Das beginnt mit Klageschrift und Klageerwiderung und führt über viele Schriftsätze zu Gesetz, Kommentar und Vorentscheidung. Der Richter setzt nicht die wirkliche Bedeutung an die Stelle des Gesetzestextes, sondern verknüpft den Text des Gesetzes mit vielen anderen Texten. Statt geräuschlos funktionierender Regeln findet man lärmende Kontexte. Die Einfalt des Sinns verschwindet in einer Flut von Schriftsätzen. Es geht nicht um die Relation Text und Sinn, sondern um die Relation Text und viele andere Texte.

1. Vor dem Spiel: Die Macht der Präjudizien

Vor dem Spiel müssen wir eigentlich nur den entscheidenden Mann beobachten. Es stellt sich die Frage: Was macht der Richter? Die Rechtssoziologie beschreibt dies folgendermaßen: Ausgangspunkt ist zunächst die Akte. Von dieser geht der Blick ins Gesetz. Dann greift der Richter zum Kommentar und von dort aus zu Vorentscheidungen.¹⁹

Präjudizien sind zu verstehen „als Exempel richtigen fachsprachlichen Gebrauchs der einschlägigen Begriffe.“²⁰ Sie sind „Verweise auf die semantische Gleichbehandlung und damit die ‚Richtigkeit‘ eines Rechtsbegriffs. Diese Bestimmung der Bedeutung durch die Bezugnahme auf erhebliche Sprachverwender ist auch genau das Verfahren, das gute Wörterbücher anwenden: Sie erläutern einen Begriff durch die Heranziehung beispielhafter Verwendungen.“²¹

¹⁹ *Peter Stegmaier*, Wissen, was recht ist. Richterliche Rechtspraxis aus wissenssoziologischer-ethnographischer Sicht, Wiesbaden 2009, S. 204 f.

²⁰ *Martin Morlok*, Neue Erkenntnisse und Entwicklungen aus sprach- und rechtswissenschaftlicher Sicht, in: *Bernhard Ehrenzeller, Peter Gomez, Markus Kotzur, Daniel Thürer, Klaus A. Vallender* (Hrsg.), Präjudiz und Sprache, Zürich/St. Gallen 2008, S. 72.

²¹ *Martin Morlok*, Neue Erkenntnisse und Entwicklungen aus sprach- und rechtswissenschaftlicher Sicht, in: *Bernhard Ehrenzeller, Peter Gomez, Markus Kotzur, Daniel Thürer, Klaus A. Vallender* (Hrsg.), Präjudiz und Sprache, Zürich/St. Gallen 2008, S. 73.

Ohne Präjudizien lässt sich also Recht nicht finden.²² Empirische Untersuchungen in Form von Inhaltsanalysen gerichtlicher Begründungen zeigen, dass Präjudizien für den Richter die wichtigste Entscheidungsgrundlage sind.²³ „Falls eine Gerichtssentscheidung eine einschlägige Rechtsgrundlage nicht nennt, wird dies von der Fachgemeinschaft durchaus als fehlerhaft vermerkt. Falls keine Hinweise auf entsprechende frühere Urteile sich finden, ist dies entweder der großen Selbstverständlichkeit der Entscheidung geschuldet oder aber der Tatsache, dass das Gericht in einer Rechtsfrage noch Neuland betreten hat.“²⁴ In der weit überwiegenden Anzahl der Entscheidungen besteht das systematische Argument also im Verweis des Gerichts auf seine eigene Rechtsprechung. Das heißt, die Systematik wird vollzogen als Beobachtung zweiter Ordnung. Entschieden werden kann nur Unentscheidbares. Daran ändern auch die Präjudizien nichts. Aber möglich ist eine Entscheidung von Unentscheidbarem nur, weil es bereits Entschiedenenes gibt. Der Richter vollzieht den Sprung zur Entscheidung an einer Kette von Lesarten entlang.

2. Während des Spiels: Der Ausschluss aus der Sprache

Diesen Sprung muss der Richter aber noch selber vollziehen. Die richtige Lesart des Gesetzes wird durch die Präjudizien nicht als abstrakte Regel aufgezeigt. Dies wäre auch nicht hilfreich, denn dadurch würde das Präjudiz an der gleichen Schwäche wie die Norm leiden. Ein Präjudiz liefert aber ebenso wenig die gesuchte konkrete Aussage. Es ist immer die konkrete Entscheidung eines anderen, in der Vergangenheit liegenden Verfahrens. Gesucht ist aber die konkrete Regel des aktuellen Falles. Ob und wie weit die Fälle gleich liegen, ist noch durch den Richter festzustellen. Dieser Schritt es, der den aktuellen Fall erst zur eigenen Entscheidung macht. Und genau dieser Schritt ist ein Einfallstor für fehlerhafte Rechtsprechung. So besteht neben dem bereits erörterten Problem auf theoretischer Ebene auch noch eines auf der Ebene der praktischen Umsetzung. Berücksichtigt der Richter einschlägig scheinende Präjudizien nicht, muss er dies begründen. Anderenfalls verlässt er den Raum der Rechtsanwendung: Er schließt die Präjudizien aus der Sprache des Rechts aus.

Es handelt sich nicht um ein historisches Problem das heute längst überwunden ist. Vielmehr steckt die Gefahr im System und lässt sich von dort auch nicht verbannen. Denn ebenso wenig, wie es die Sprache in Gesetzesform vermag den Richter die Entscheidung aufzuzwingen, so schafft sie es auch nicht durch die Form der Präjudizien. Auch sie sind auslegungsfähig und –bedürftig. So wird der Rechtsbruch erst bei einer gewissen Intensität deutlich; wie etwa im Falle Görgülü, durch welchen das OLG Naumburg traurige Berühmtheit erlangt hat.

²² *Martin Morlok*, Der Text hinter dem Text, in: *Alexander Blankennagel, Ingolf Pernice, Helmut Schulze-Fielitz* (Hrsg.), *Verfassung im Diskurs der Welt*, Tübingen 2004, S. 133.

²³ *Hans Kudlich/Ralph Christensen*, *Die Methodik des BGH in Strafsachen*, Köln München 2009, S. 37 ff.

²⁴ *Martin Morlok*, Der Text hinter dem Text, in: *Alexander Blankennagel, Ingolf Pernice, Helmut Schulze-Fielitz* (Hrsg.), *Verfassung im Diskurs der Welt*, Tübingen 2004, S. 109.

Aus der von 1997 bis Anfang 1999 andauernden, nichtehelichen Beziehung von Herrn Görgülü mit einer deutschen Frau war ein Sohn hervorgebracht worden. Dieser kam am 25.08.1999 zur Welt und wurde von der Mutter umgehend zur Adoption frei gegeben. Er lebte fortan bei seinen Pflegeeltern, welche ihn auch adoptieren wollten. Nun wurde Herrn Görgülü nach gerichtlicher Feststellung seiner Vaterschaft (2000) vom Amtsgericht Wittenberg das alleinige Sorgerecht eingeräumt.

Hier trat nun der 14. Zivilsenat des OLG Naumburg auf den Plan, der in der Folge eine nicht nachzuvollziehende Hartnäckigkeit entwickelte, den Jungen von seinem Vater fernzuhalten. Mit Beschluss vom 20.06.2001 hob er den amtsrichterlichen Beschluss auf, wies den Antrag auf Sorgerecht zurück und schloss sogar das Umgangsrecht bis zum 30.06.2002 aus. Obwohl der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte im Urteil²⁵ der von Herrn Görgülü angestrebten Individualbeschwerde 26.02.2004 eine Verletzung des Art. 8 EMRK feststellte und zumindest ein Umgangsrecht forderte, ließ sich der 14. Zivilsenat des OLG Naumburg nicht beirren. Ein auf das EGMR-Urteil hin erlassener, Sorge- und Umgangsrecht gewährender Beschluss des Amtsgerichts Wittenberg vom 19.03.2004 wurde am 30.06.2004 wieder kassiert.²⁶ In seiner Begründung stelle der 14. Senat fest, dass das EGMR-Urteil unverbindlich sei; weder würde die Rechtskraft der alten Entscheidung dadurch beseitigt, noch würde sie eine Wiederaufnahme des Verfahrens gebieten.

Auch das Bundesverfassungsgericht daraufhin den Beschluss aufhob und klarstellte, dass die EMRK wie auch deren Auslegung durch den EGMR im Rahmen der Auslegung nationaler Gesetze Berücksichtigung finden müssen und insofern Teil der Bindung an Recht und Gesetz (Art. 20 III GG) sind, beeindruckte den 14. Zivilsenat wenig.²⁷ Nachdem der nun zuständige 8. Zivilsenat auf die Unzulässigkeit der Beschwerden hingewiesen hatte, wurden diese zurückgezogen und das Amtsgericht Wittenberg räumte Herrn Görgülü am 02.12.2004 (nun zum dritten Mal) das Umgangsrecht ein und bestimmte eine Umgangspflegerin. Diese amtsrichterliche einstweilige Anordnung wurde vom 14. Zivilsenat des OLG Naumburg bereits am 08.12.2004 außer Vollzug gesetzt. Den Beschluss hob er zwar bereits am 20.12.2004 wieder auf, beschloss aber zeitgleich über eine von den vorherigen Beschwerdeführern erhobene Untätigkeitsklage, indem er zum einen die die Beschleunigung des Hauptverfahren über das Umgangsrecht anordnet und zum anderen den Umgang des Herrn Görgülü mit seinem Sohn bis zum Ende dieses Verfahrens ausschloss.²⁸

Und so musste wieder das Bundesverfassungsgericht eingreifen. Seine einstweilige Anordnung vom 28.12.2004²⁹ setzte die Wirksamkeit der Umgangsregelung im OLG-Beschluss außer Kraft und ordnete unter anderem das Umgangsrecht ab

²⁵EGMR in: NJW 2004, 3397 = FamRZ 2004, S. 1456.

²⁶OLG Naumburg in: FamRZ 2004, S. 1510.

²⁷BVerfG in: NJW 2004, S. 3407.

²⁸OLG Naumburg in: NJOZ 2005, S. 2988.

²⁹BVerfG in: NJW 2005, S. 1105.

08.01.2005 an. Im Folgenden befasste sich das Bundesverfassungsgericht noch zwei weitere Male³⁰ mit dem Handeln des 14. Zivilsenates und bezeichnete dieses letztlich ausdrücklich als willkürlich³¹; einen Verstoß gegen die Bindung an Recht und Gesetz³². Im Dezember 2006 sprachen dann endlich andere OLG-Richter Herrn Görgülü das Recht zum Umgang mit dem mittlerweile siebenjährigen (!) Kind zu.

Der Fall zeigt deutlich wie folgenschwer der Ausschluss aus der Sprache sein kann.³³ Recht ist Sprache und wer sich seinem sprachlichen Zusammenhang verweigert, verweigert sich auch dem Recht. Umso schlimmer ist es, wenn es sich bei den Sprachverweigerern um Richter handelt.

3. Nach dem Spiel: Die Schwierigkeit der Heterogenität

Nach dem Spiel betrachten wir die verletzten Dienstpflichten. Das OLG Naumburg hätte sich mit den Entscheidungen des EGMR auseinandersetzen müssen. Jeden Amtswalter und damit auch den Richter trifft die Dienstpflicht, höchstrichterliche Entscheidungen zwar nicht zu befolgen, aber zu beachten. Das heißt, er darf davon nur abweichen, wenn er neue Argumente vorweisen kann. Sonst handelt er willkürlich. Dies wird sogar vom Verfassungsgericht im Rahmen der Urteilsverfassungsbeschwerde überprüft. Im Falle des OLG Naumburg kam es sogar zu einem Strafverfahren wegen des Vorwurfs der Rechtsbeugung.³⁴

Liegt die Bindung des Richters also bei den Präjudizien? Auch Präjudizien können den juristischen Wunsch nach Instrukktivität nicht erfüllen. Die Vergangenheit des Rechts ist keine vorgegebene Größe, in der die Einzelentscheidung ihren fraglosen Platz findet, sondern eher eine Projektionsfläche. Ständig muss man passende und unpassende Präjudizien unterscheiden, häufig auch überzeugende und nicht überzeugende. Der Richter muss die Kette der Vorentscheidungen selbst knüpfen. Dabei kann jede Gegenwart ihre eigene Vergangenheit erfinden und wie das OLG Naumburg einfach weglassen, was ihr nicht passt. Manchmal steht am Anfang langer Zitatenketten, die bei den Gerichten schon zum Textbaustein geronnen sind, lediglich ein obiter dictum. Dieses wurde nebenbei und ohne Begründung eingeführt und bildet dann die Grundlage für alle späteren Bezüge. Ganz ohne Metaphysik findet man so einen grundlosen Grund. Schon bei schriftlicher und erst recht bei computerunterstützter Überlieferung macht aber allein die Vielzahl der erfassten Entscheidungen deutlich, dass Tradition nicht homogen ist, sondern heterogen, umstritten und widersprüchlich. „Diese verschiedenen Anwendungsfälle sind, genau betrachtet, durchaus nicht identisch miteinander, sondern unterscheiden sich in mehr oder weniger vielen, stärker

³⁰ *BVerfG* in: NJW 2005, S. 1765 und *BVerfG* NJW 2005, S. 2685.

³¹ *BVerfG* in: NJW 2005, S. 2865 (2867).

³² *BVerfG* in: NJW 2005, S. 2865 (2868).

³³ Vgl. hierzu: *Rolf Lamprecht*, Wenn der Staats seine Unschuld verliert, in NJW 2007, S. 2744 ff.

³⁴ Vgl. OLG Naumburg, in: NJW 2008, S. 3585 sowie Besprechung von *Volker Erb*, in: NStZ 2009, S. 189 ff.

oder weniger stark geprägten Aspekten.“³⁵ Damit bedarf der Versuch, sich in eine Kontinuitätslinie zu stellen, der ausführlichen Diskussion.³⁶

Um sich an Entscheidungen zu orientieren, muss man sehr viel entscheiden. Deswegen muss die Verantwortung des Richters also verwaltet werden: „Durch Organisation und Verfahren, die Raum und Anlass bieten für einen mit Gründen arbeitenden Rechtsdiskurs. Wenn Recht konventionalistisch sprachlich geschaffen wird, so sollte dies auch in Rede und Gegenrede geschehen, aus der sprachlichen Kommunikation heraus entstehen und nicht monologisch gesetzt werden. Die Rationalitätchancen des Dialogs sollten in den rechtlichen Bestimmungsprozess eingebracht werden. Von daher ist die Mündlichkeit der Gerichtsverhandlung zu pflegen, von daher ist das Einzelrichtertum, das leider zunehmend um sich greift, kritisch zu sehen.“³⁷ Das Gesetz ist viel mehr als ein Text. Es muss in einem Verfahren inszeniert werden.

III. Die richterliche Gewalt und ihre Teilung im Verfahren

Gesetzespositivismus und Richterpositivismus sind beide gescheitert. Die Verwirklichung des Rechts ist aber keine bloße Lektüre, sondern ein praktisches Verfahren, dessen überraschende Wendungen sich der Prognose eines Lesers von Gesetzbuch oder Entscheidungssammlung regelmäßig entziehen. Das Verfahren als Performanz des Rechts ist weder eine Ausführung des Gesetzes, noch eine Befolgung von Präjudizien, sondern eine Inszenierung, in der sich immer wieder Neues ereignet.³⁸ Seine Ausgangspunkte sind die Fallerzählung und die geltenden Normtexte. Das Verfahren organisiert einen Streit sowohl um die Fallerzählung als auch um die Lesarten des Normtextes. Die Normtexte gelten zwar, das ist unstrittig. Aber ihre Bedeutung für den Fall ist noch offen. Darum wird gestritten.

1. Vor dem Spiel: Der Sog des Verfahrens

Was passiert vor dem Spiel? Aus einem praktischen Streit wird allmählich ein Rechtsproblem. Die Beteiligten werden zunächst gezwungen, ihre Positionen sprachlich zu formulieren, und zwar in der Sprache des Rechts. Dazu gehört der

³⁵ *Martin Morlok*, Der Text hinter dem Text, in: *Alexander Blankennagel, Ingolf Pernice, Helmut Schulze-Fielitz* (Hrsg.), *Verfassung im Diskurs der Welt*, Tübingen 2004, S. 133.

³⁶ Das ist gerade bei Gerichten klar. Die vereinfachende Bezugnahme auf das OVG Münster oder den BayVGH als Helden eines gefährvollen Auslegungstreits lässt sich meistens durch Differenzierung nach Senaten und Entscheidungszeitpunkten auflösen.

³⁷ *Martin Morlok*, Neue Erkenntnisse und Entwicklungen aus sprach- und rechtswissenschaftlicher Sicht, in: *Bernhard Ehrenzeller, Peter Gomez, Markus Kotzur, Daniel Thürer, Klaus A. Vallender* (Hrsg.), *Präjudiz und Sprache*, Zürich/St. Gallen 2008, S. 74.

³⁸ Vgl. *Ralph Christensen/Kent D. Lerch*, *Performanz. Die Kunst, Recht geschehen zu lassen*, in: *Kent D. Lerch* (Hrsg.), *Recht vermitteln. Strukturen, Formen und Medien der Kommunikation im Recht*, Berlin / New York 2005, 55 ff., vor allem 71 ff., 122 ff.

Bezug auf einen oder mehrere Gesetzestexte, professionelle Hilfestellung, das Verfassen von Schriftsätzen usw.

a) Vom Konflikt zum Gesetz

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

Vor Gericht geht es nicht um Verständigungsprobleme, die man unter Berufung auf die gemeinsame Sprache beilegen könnte. Beide Parteien haben das Gesetz verstanden. Nur in gegensätzlicher Weise. Der Rechtsstreit ist die Krise von Kommunikation par excellence. Auf eine Formel gebracht sind die Parteien in den „Kampf um das Recht im Raum der Sprache“ verstrickt.³⁹ Die Sprache gibt keine den Parteien gemeinsame Verständigungsbasis ab. Vielmehr steht sie als Einsatz selbst auf dem Spiel. Die Parteien wollen sie durch ihr jeweiliges Verständnis vereinnahmen und dieses so als Recht im anstehenden Fall durchsetzen. Die Bedeutung der betroffenen Normtexte und Begriffe löst sich in eine Vielzahl konträrer Bedeutsamkeiten auf.

Dass Sprache umstritten ist, heißt aber nicht, dass die Akteure im Rechtsstreit hoffnungslos aneinander vorbeireden müssten. Im Gegenteil. Kompetitives Handeln wie der semantische Kampf ist Inter-Aktion auf dem höchsten Niveau der wechselseitigen Angewiesenheit der einzelnen Züge der Sprecher aufeinander. Jedes Missdeuten wird 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.⁴⁰ 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.

b) Justizgrundrechte

Die Beteiligten haben in diesem Verfahren subjektive Rechte wie effektiven Rechtsschutz, Justizgewährungsrecht und rechtliches Gehör. Das Justizgewährungsrecht soll ein faires Verfahren und Waffengleichheit der Prozessparteien gewährleisten. Vor allem aber das rechtliche Gehör gibt den Beteiligten die Möglichkeit, den Fortgang des Verfahrens zu beeinflussen.

³⁹Vgl. *Friedrich Müller/Ralph Christensen/Michael Sokolowski*, Rechtstext und Rechtsarbeit, Berlin 1997, S. 68 ff.

⁴⁰*Niklas Luhmann*, Konflikt und Recht, in: *ders.*, Ausdifferenzierung des Rechts, Frankfurt am Main 1999, S. 92 ff., 101.

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.

Was die beste Lesart des Gesetzes ist, kann nicht einfach festgesetzt werden, darüber muss man streiten. Auch im Streit ergibt sich eine kontrollierbare Objektivität, besonders wenn ein unabhängiger Dritter die für die jeweiligen Lesarten vorgetragenen Argumente beurteilt. Nur im Fegefeuer der Argumentation kann überprüft werden, ob eine Lesart des Gesetzes haltbar ist. Mit diesem Ansatz wird das semantische Modell einer isolierten Regelerkenntnis pragmatisch geöffnet. An die Stelle der beiden Pole des richterlichen Bewusstseins und des Normtextes ist die multipolare Beziehung des Verfahrens zu setzen. Die richterliche Gewalt verschwindet damit nicht in der Erkenntnis, sie wird aber durch rechtliches Gehör, Grundsätze des fairen Verfahrens sowie Begründungspflichten mediatisiert und geteilt. Das ist gerade kein Nachteil, sondern die Chance des Urteils auf demokratische Legitimität.

c) Dienstpflichten des Richters

Der Richter hat in seiner Leitung des Verfahrens Dienstpflichten zu genügen. Er ist an das Gesetz gebunden, hat den Parteien zuzuhören und muss ihre Argumente in der Begründung verarbeiten. Außerdem ist er verpflichtet, Entscheidungen anderer Gerichte zwar nicht zu befolgen, aber doch zu beachten. Er ist somit 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 darstellt⁴¹.

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 dem Grundgesetz passt diese überlieferte Vorstellung nicht. Dem Richter wird die rechtsprechende Gewalt übertragen, aber nur soweit er der in Artikel 97 GG angeordneten Gesetzesbindung genügt. Den Umstand, dass seine Entscheidung der Gesetzesbindung Genüge tut, muss der Richter in der Begründung seines Urteils darlegen. Dabei muss er sich mit den Interpretationen der Prozessbeteiligten und mit den einschlägigen Entscheidungen anderer Gerichte auseinandersetzen. So findet die Souveränität seiner Interpretation Grenzen.

⁴¹Vgl. *Friedrich Müller*, 'Richterrecht', Berlin 1986, S. 51.

2. Während des Spiels: Der Einsatz der Sprache

Während des Spiels ist eine Videoüberwachung nicht möglich. Die dem Recht eigene Dunkelheit verhindert dies. Aber die Sprache wird überwacht, und zwar nicht in ihrer Schließung, sondern gerade in ihrer Öffnung für die Verfahrensbeteiligten. Rechtliches Gehör, Waffengleichheit usw. müssen gewährleistet sein, damit die Verknüpfung der konkreten Entscheidung mit den bisherigen Episoden von Recht keine ist, die den Prozessparteien einfach übergestülpt wird. Der Streit muss den vom Parlament geschaffenen Normtext zugrunde legen, das Verfahren soll die beste Lesart validieren und die Begründung dies darstellen.

a) Normtext

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 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) Verfahren

Die im Verfahren entwickelten Lesarten sind nicht einfach Umsetzung eines vorgegebenen, sondern reformulieren produktiv den Text.⁴² Dabei ist die Lesart als die Inszenierung von Sinn aber nicht vollkommen autonom; vielmehr wird sie an dem Anspruch gemessen, gerade diesen Ausgangspunkt des Normtextes zu artikulieren.

Das Entwickeln einer Lesart ist eine Transformation, die den Ausdruck als Verkörperung von Sinn in Szene setzt und so auf diesen rückbezogen bleibt, ohne

⁴²Vgl. dazu *Christian Stetter*, *Schrift und Sprache*. Frankfurt am Main 1997, S. 126. Grundbedingung jeder Transkription ist eine Abstraktion von Zeit, Ort und Person.

von ihm vollkommen festgelegt zu sein. Dies ist genau die Spannung zwischen der Bedeutsamkeit eines Normtextes dank seiner Geltung und seiner Bedeutung an Recht, die er im Urteil als Ergebnis des Verfahrens findet.

Die Interpretation macht den Normtext lesbar, versetzt diesen jedoch zugleich in einen Status, aus dem sich Angemessenheitskriterien für den Lektürevorschlag ableiten lassen, den die Interpretation unterbreitet.⁴³ Jede Interpretation ist aber auf Gegenpositionen hin geöffnet, welche die Differenz zwischen Normtext und Interpretation auf Angemessenheit hin beobachten. Damit sind die Rahmenbedingungen eines rekursiven Spiels gesetzt, innerhalb dessen Interpretationen geprüft werden. Das ist der Streit der Lesarten im Verfahren.

Zur Erfassung der performativen Logik des juristischen Verfahrens bieten sich die Kategorien von Störung und Transparenz an.⁴⁴ Diese stellen zwei gegensätzliche Modi der Verständigung dar, die ihrerseits auf zwei entsprechende Modi der Sichtbarkeit verweisen: in der Störung zeigt sich das Medium selbst, während es in der Transparenz das Mediatisierte ist, welches wahrnehmbar wird.⁴⁵ Entscheidend ist nun, dass sich Verständigung in einem beständigen Wechselspiel von Störung und Transparenz vollzieht. Das Umschreiben des Normtextes stellt Sinn und damit Transparenz her. Mit der Wahrnehmung des Ausdrucks kann die Transparenz durch Problematisierung aufgestört werden. Diese Störung muss dann durch eine erneute Überführung in Transparenz beseitigt werden. Wenn die Gegenposition die erfolgten Interpretationen zur Disposition stellt, kann man auch sagen, dass hier in einem beständigen Übergang von Transparenz in Störung und von Störung in Transparenz „Implizites explizit gemacht wird und umgekehrt“.⁴⁶

Die Logik des Verfahrens fordert, den Text von Recht durch den Widerstreit der Lesarten in Arbeit zu nehmen. Praktisch lässt sich der Gang dieser Arbeit am Text von Recht als semantischer Aushandlungsprozess entlang der Grundzüge der Argumentationssituation beschreiben. Die von den Parteien vorgetragenen Lesarten des Normtextes schließen sich gegenseitig aus. Dies macht den Streit aus. Die Stellungnahme einer Partei ist jeweils Gegenposition zur Stellungnahme der anderen. Keine der beiden Lesarten ist damit evident. Denn ihre Transparenz wird von der gegnerischen Lesart gestört. Beide machen aber mit ihren widerstreitenden Lesarten deutlich, dass es um denselben Gesetzestext als Präskript geht.

⁴³Ludwig Jäger, Transkriptivität. Zur medialen Logik der kulturellen Semantik, in: *Ludwig Jäger/Georg Stanitzek* (Hrsg.), *Transkribieren. Medien/Lektüre*. München 2002, S. 19 ff., 33 f.

⁴⁴Siehe *Ludwig Jäger*, *Störung und Transparenz. Skizze zur performativen Logik des Medialen*, in: *Sybille Krämer* (Hrsg.), *Performativität und Medialität*, München 2004, S. 35 ff., vor allem 41 ff.

⁴⁵Vgl. *Sybille Krämer*, Was haben ‚Performativität‘ und ‚Medialität‘ miteinander zu tun? in: *dies.* (Hrsg.), *Performativität und Medialität*, München 2004, S. 13 ff., 25.

⁴⁶Vgl. *Sybille Krämer*, Was haben ‚Performativität‘ und ‚Medialität‘ miteinander zu tun? in: *dies.* (Hrsg.), *Performativität und Medialität*, München 2004, S. 13 ff., 25.

c) Begründung

Wenn das Gericht entscheiden will, muss es den argumentativen Streit der Parteien nutzen. Am Ende des Verfahrens kann dann eine Lesart evident sein. Aber diese Evidenz ist keine, die an das Bewusstsein der beteiligten Personen gebunden ist, sondern eine Evidenz, die im Verfahren erst erzeugt wurde. Wenn alle gegnerischen Argumente integriert oder widerlegt sind, wird die verbleibende Lesart evident. Integrieren erfolgt, wenn Störung durch gelungene Absorbierung in Transparenz umgemünzt wird. Widerlegen gelingt, wenn die gegnerische Lesart durch Verdrängung getilgt wird, indem der von ihm behauptete Bezug zum Gesetzestext zerrissen wird. Alle Störung ist dann beseitigt und es bleibt nur noch die geltende Lesart in vollkommener Transparenz.

Das Urteil vollzieht weder die Erkenntnis einer objektiv vorgegebenen Bedeutung, noch trifft es eine Entscheidung aus dem normativen Nichts. Und ob es seine Aufgabe angemessen löst, ist nicht an einer objektiven Erkenntnisinstanz zu messen. Diese Frage ist vielmehr daran zu messen, ob es ihm gelingt, aus den vorgetragenen Argumenten im Verfahren und den vorliegenden Präjudizien eine Entscheidung zu treffen, die sich mit diesen beiden Vorgaben verträgt.

3. Nach dem Spiel: Die Schwierigkeit des Legitimationstransfers

Nach dem Spiel geht es häufig weiter. Die Beteiligten legen eventuell Rechtsmittel ein und, wenn diese erschöpft sind, vielleicht außerordentliche. Zugleich beginnt die Darstellung der Entscheidung in der Literatur. Es handelt sich wieder um das, was Robert Brandom mit der analytischen Metapher des „score keeping“ beschreibt.⁴⁷ Das heißt, die vom Gericht vorgenommene Verknüpfung des Urteils mit anderen Kommunikationsepisoden im Recht und in die dargestellte argumentative Basis werden einer normativen Bewertung unterzogen. Entscheidend ist dabei, wie weit es dem Gericht gelungen ist, die vom Recht ausgeübte Gewalt sprachlich zu vermitteln.

a) Sprache und Gewalt

Was passiert, wenn man den Positivismus von Gesetz und Richter aufgibt? An die Stelle des herkömmlichen Bildes von Rechts“anwendung“ tritt nicht einfach eine freie und autonome Entscheidung des Richters. Eine Entscheidung treffen bedeutet: „Dass wir dabei nicht aktiv sind, sondern passiv. Und ich möchte

⁴⁷Dieser Zusammenhang wird in der deutschen Übersetzung von *Robert Brandom*, *Expressive Vernunft*, Frankfurt am Main 2000, als deontische Kontoführung wiedergegeben. Das führt zu vielen Missverständnissen. Es sei typisch für den amerikanischen Pragmatismus, dass er auch noch das Verstehen der Logik kleiner shop-keeper unterwerfen. Tatsächlich ist im englischen Original von scorekeeping in Anlehnung an das Baseballspiel die Regel. Es handelt sich um eine analytische Metapher, welche grundlegende Strukturen sichtbaren machen soll. Durch den Bezug auf den Sport will Brandom das kompetitive und spielerische Moment eines geordneten Konflikts hervorheben. Gerade dieses zentrale Moment geht in der deutschen Übersetzung verloren.

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.⁴⁸ Die Pflicht zur Begründung soll diese Passivität sicherstellen.

Ein Urteil ist illegitimer Zwang, wenn es die vorgetragene Argumente der Parteien nicht aufnimmt. Es ist aber legitime Autorität, wenn es die Geltung⁴⁹ dieser Argumente berücksichtigt. Die Begründung kann die Legitimität des von den politischen Instanzen geschaffenen Gesetzestextes auf das einzelne Urteil übertragen,⁵⁰ indem sie die zugrunde gelegte Lesart des Gesetzes an den im Verfahren vorgetragene Argumenten überprüft. Die vom Gericht verwendete Lesart muss gelten, das heißt, alle relevanten Gegenargumente integrieren oder widerlegen.⁵¹ Dann ermöglicht sie einen Legitimitätstransfer. Solange und soweit Argumente nicht zugelassen oder durch Widerlegung bzw. Integration nicht in Geltungen versetzt wurden, handelt es sich um reine sprachlich nicht vermittelt Gewalt.

b) So tun, als ob

Weder Gesetz noch Richter allein garantieren das Funktionieren der Rechtsordnung. Es ist vielmehr ihr Zusammenspiel in der Vernetzung von Entscheidungen unter der Vorgabe des Gesetzes als Form, kontrolliert durch die Argumentation des Verfahrens.⁵² Im Recht verbindet die gerichtliche Entscheidung den Einzelfall mit dem Gesetz, indem sie eine Regel formuliert, deren Einheit als Form unterstellt wird, ohne konkret verfügbar zu sein. Es handelt sich also um eine Praxis, die im jeweiligen Einzelakt fortgeschrieben wird, ohne dass die Einheit all dieser Akte schon verfügbar wäre. Nur so kann Recht aus einer sich selbst stabilisierenden Praxis entstehen. Der Zusammenhang beruht auf einzelnen Episoden. Die Menge der bereits gelungenen Kommunikationserfahrungen bildet sozusagen ein Corpus von Präzedenzfällen, der betrachtet wird, als ob er eine Einheit bilden könnte. Man versucht, die gegenwärtige Kommunikation an die Kette bereits gelungener Kommunikation anzuschließen. Dabei könnte es nun so aussehen, als sei die in der Vergangenheit liegende Kette

⁴⁸ Jacques Derrida, *Als ob ich tot wäre*, 2000, 39. Vgl. zum Begriff der Entscheidung grundlegend die ausführliche Auseinandersetzung Derridas mit der Position von Carl Schmitt, in: Jacques Derrida, *Politik der Freundschaft*, 2000, Kap. 4, 5 und 6.

⁴⁹Vgl. zu diesem Begriff in der heutigen Argumentationstheorie: Harald Wohlrapp, *Der Begriff des Arguments*, Würzburg 2008, S. 365 ff. Geltung heißt Einwandfreiheit, das heißt, alle Gegenargumente müssen entweder integriert oder widerlegt worden sein. Vgl. dazu ebd., S. 347 ff.

⁵⁰Vgl. Ralph Christensen/Hans Kudlich, *Theorie richterlichen Begründens*, Berlin 2001, S. 21 u. 330 sowie sodann zur Ausarbeitung des Ansatzes des Legitimationstransfers a.a.O., passim.

⁵¹Zu den Grundoperationen des Argumentierens: Harald Wohlrapp, *Der Begriff des Arguments*, Würzburg 2008, S. 185 ff.

⁵²Vgl. dazu grundsätzlich Robert Brandom, *Pragmatische Themen in Hegels Idealismus*, in: *Deutsche Zeitschrift für Philosophie* 47, S. 355 ff.

früherer Episoden vollkommen dem Urteil der Gegenwart ausgeliefert. Denn der gegenwärtige Sprecher muss ja aus der Vielzahl widersprüchlicher Kommunikationsepisoden diejenigen auswählen, die er für gelungen hält. Aber da der gegenwärtige Sprecher von seinem Gegenüber verstanden werden will und seine Leistung selber als gelungenes Kommunikationshandeln anerkannt werden soll, werden seine Möglichkeiten eingeschränkt. Die Herrschaft der Gegenwart über die Vergangenheit über die Auswahl wird relativiert durch ihr Anliegen, von der Zukunft anerkannt zu werden. Aber weil diese Herrschaft eben nicht aufgehoben wird, muss sie kontrolliert werden durch die Argumentation im Verfahren, Begründungspflicht, Rechtsmittel und wissenschaftliche Kritik.

Das Recht hat für sich selbst zu sorgen⁵³, indem es die Bedeutungen und Regeln, auf denen es beruht als seine in die Zukunft verlängerte Geschichte, dadurch immer wieder erst hervorbringt, dass diese sich in der Gegenwart des gelungenen Verständigungsaktes konkretisiert, das heißt öffentlich sozial praktiziert wird:

Damit entwickelt sich Recht über Konfirmierung und Kondensierung von Sinn. Die Struktur ist nicht fest, sondern ihre Einheit wird „als ob“ gesetzt und damit unabhängig von den konkreten Idiosynkrasien der Kommunikationsteilnehmer. Es gibt kein Fundament des Rechts im starken Sinne. Recht beruht auf vergangener Kommunikation und eröffnet künftige. Keine der in der Vergangenheit liegenden einzelnen Episoden ist für sich gesehen sakrosanct: „Denn die Bewertung dessen, was als Verständigung ermöglichende Tradition gilt, muss jedes Mal aufs Neue erfolgen. Einzelne Kommunikationsakte, die bisher als Teil der Tradition gegolten haben, werden eventuell im Licht neuer Äußerungen nachträglich als missglückt bewertet, andere, die bisher von der Tradition ausgeschlossen waren, nachträglich aufgenommen.“⁵⁴ Aber sie müssen sich in den Zusammenhang eines „Gesetzes“ stellen lassen, welches von diesen einzelnen Episoden ebenso konstituiert wird, wie es diese konstituiert.

Die Sprache ist dabei keine der Kommunikation vorgeordnete Regelmaschine, sondern sie entsteht aus der Verknüpfung gelungener Kommunikationserfahrungen aus einer mitlaufenden normativen Bewertung. Sie ist also tatsächlich dem Sprechen vorgeordnet, aber nicht so wie Gebirge und Flüsse, sondern so wie eine Institution, die wir ständig in unserem Handeln reproduzieren müssen. Sie ist kein Naturgegenstand, sondern ein Phänomen der dritten Art, wie auch der Markt. Sprache ist damit nicht länger der unerklärbare Erklärer des Verstehens und es gilt auch nicht einfach die Umkehrung dieses Verhältnisses. Sprache und Verstehen sind vielmehr gleichgeordnete Begriffe, die erst im Zusammenspiel zur sprachlichen Verständigung führen. Die Vernetzung des vorliegenden Falles zu vergangenen gelungenen Kommunikationsakten kann über das Wörterbuch und noch spezifischer über den Kommentar hergestellt werden. Aber auch diese

⁵³Dazu Jasper Liptow, in: *Georg Bertram/Jasper Liptow* (Hrsg.), *Holismus in der Philosophie*. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie, S. 129 ff.; sowie *ders.*, *Regel und Interpretation*. Eine Untersuchung zur sozialen Struktur sprachlicher Praxis, S. 148 ff. u. 220 ff.

⁵⁴Jasper Liptow, *Das Fallrecht als Modell sprachlicher Praxis*, in: *Friedrich Müller* (Hrsg.), *Politik (neue) Medien und die Sprache des Rechts*, Berlin 2007, S. 55 ff., 66.

Vernetzung bedarf noch der normativen Bewertung, weil sie eben eine heterogene Vielfalt von Möglichkeiten eröffnet.

c) Die Gesetzesbindung als Fiktion

Wenn wir nun den Wunsch nach Instruktion nicht länger für Realität halten, stellt sich die Frage, wie die Gesetzesbindung noch funktionieren kann. Offensichtlich ist Gesetzesbindung eine Fiktion. Aber Fiktion heißt, so tun als ob. Gerade in diesem Tun liegt die gesuchte Bindung, welche dann allerdings nicht semantisch, sondern nur pragmatisch zu beschreiben ist.⁵⁵ Die Bindung an das Gesetz wandert durch Textstufen und diese sind zu beobachten.

Niemand darf in einer Sprache beurteilt werden, deren Inhalt schon vorher festliegt. Der Betroffene muss an der Erfindung der für die Problemlösung erforderlichen Sprache mitwirken. Der Inhalt des Gesetzes ist also nicht objektiv vorgegeben. Wir können ihn aber auch nicht dem einzelnen Richter überlassen. Denn dieser darf nur in fremdem Namen entscheiden. Er kann seine Sprache nicht an die Stelle der divergierenden Sprache der Parteien setzen. Er muss eine dritte Sprache erfinden, die weder seine eigene, noch die der Parteien ist. Sie muss sich ergeben aus dem Streit des Verfahrens. Diese dritte Sprache ist also nicht neutral, sondern entsteht im semantischen Kampf. 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 er definiert den Inhalt des Gesetzes unabhängig von den Verfahrensbeteiligten, oder er lässt sich diesen Inhalt durch den Streit der Beteiligten vorgeben. Die Gesetzesbindung des Richters erlegt ihm also Verantwortung auf. Er kann nicht mit Hilfe einer Regel entscheiden, sonst wäre es keine Entscheidung. Er kann auch nicht ohne Regel entscheiden, sonst wäre es kein Recht. Worin liegt also die Bindung des Richters mit „ohne Regel“? Sie liegt darin, dass wir das Gesetz als Form unterstellen und über seinen Inhalt immer wieder streiten.

⁵⁵ *Martin Morlok*, Neue Erkenntnisse und Entwicklungen aus sprach- und rechtswissenschaftlicher Sicht, in: *Bernhard Ehrenzeller, Peter Gomez, Markus Kotzur, Daniel Thürer, Klaus A. Vallender* (Hrsg.), *Präjudiz und Sprache*, Zürich/St. Gallen 2008, S. 67 f.