



This pdf document provided by SOULL can be cited as:

Christensen, Ralph: "Die Gesetzesbindung in medientheoretischer Analyse

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

All rights reserved.

RALPH CHRISTENSEN

Die Gesetzesbindung in medientheoretischer Analyse

Die Rechtstheorie ist eine Grenzpostendisziplin. Sie importiert Fragestellungen und Methoden aus anderen Fächern in der Hoffnung, die eigenen Probleme damit besser zu verstehen. Mit Kategorien der Medientheorie soll hier versucht werden, das Problem der Gesetzesbindung zu präzisieren. Ich behaupte nicht, dass Medien die letzte grundlegende Schicht jeder Erkenntnis sind (medial turn). Allerdings hoffe ich im Bindungsproblem eine Bedeutungsschicht sichtbar zu machen, die bisher vernachlässigt wurde. Herkömmlich wird die Bindung des Richters vor allem vom Gesetzbuch her begriffen. Mit Hilfe der Medientheorie lässt sich vielleicht die Rolle des Verfahrens genauer bestimmen.

1. Das Verfahren als blinder Fleck des Rechts

Das Verfahren und damit die Verkörperung von Recht ist für die herkömmliche Rechtstheorie nur ein dienendes Instrument. Die Argumentation der Beteiligten und der Verlauf des Verfahrens gelten als defizitäre und nachträgliche Verkörperungen der Gerechtigkeit, die von ihrer Anwendung vollkommen unberührt bleibt. Gegenüber dem Inhalt der Rechtsidee ist das Verfahren ein neutrales Mittel der Rechtsfindung. Es kostet Zeit und Geld und wird häufig kritisiert, weil es sich gegenüber dem Erkenntniszweck verselbstständigt. Aber wie jeder Diener ist es eben schwer entbehrlich. Erst seit kurzem ist man darauf aufmerksam geworden, 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 (...)“.¹ Neben der Rolle als Diener der Erkenntnis wird dem Verfahren noch eine pädagogische Rolle zugebilligt. Aber prägend bleibt die Vermittlung eines Ergebnisses, dessen Maßstäbe außerhalb des Verfahrens liegen.

¹So KLAUS RÖHL, Allgemeine Rechtslehre. 2. Aufl., Köln 2001, 506 f., der sich auf die sozialpsychologischen Forschungen von ALAN LIND/TOM TYLER, The Social Psychology of Procedural Justice. New York 1988, bezieht.

Warum kommt das Verfahren als Verkörperung des Rechts in der Rechtstheorie nicht vor? Erkenntnishindernis ist die herkömmliche Lehre von den Rechtsquellen. Danach wird Recht nicht im kommunikativen Zusammenhang des Verfahrens erzeugt, sondern in Quellen gefunden. Diese Quellen sind Bücher. Dort findet man das Recht. Und daraus bezieht es seine Legitimität. Zugleich aber lässt der große Aufwand an diskursiven Ordnungsmaßnahmen die Fragilität dieser Figur erahnen. Ständig wird der angeblich objektive Sinn zwischen Autor und Text hin und her geschoben. Autorität hat das Buch, weil der Autor sich in ihm offenbart hat. Der Autor zählt, weil sein Gedanke im Buch beschlossen ist. Was garantiert also den objektiven Sinn?

Lesen kann man einen Text nur, wenn man schon begonnen hat, ihn zu verstehen. Der Leser braucht eine Verständnishypothese. In der herkömmlichen Methodenlehre wird nun diese Hypothese mit dem medialen Paradigma des Buches aufgeladen. Aus dem Wirtschaftsgut wird eine metaphysische Figur, deren Aufgabe darin besteht, das Ganze des Rechts von einem ungreifbaren Horizont in eine beherrschbare Figur zu verwandeln. Auf das Buch setzt man diese Hoffnungen, weil es mit seinem ersten und seinem letzten Satz scheinbar klare Grenzen aufweist und man glaubt, von seiner Sinnmitte aus das Ganze beherrschen zu können. Das Buch mit all seinen Enden aus Anmerkungen, Fußnoten und Schlussbemerkungen wird zur Sinntotalität gerundet.² Diese wiederum soll dann dem Verstehen des Lesers Form und Maß geben. Vor allem die klassische Hermeneutik hat diese Form des Buches zum ontologischen Strukturmoment des Verstehens gemacht: „Der Sinn dieses Zirkels, der allem Verstehen zugrunde liegt, hat aber eine weitere hermeneutische Konsequenz, die ich den ‘Vorgriff der Vollkommenheit’ nennen möchte. Auch das ist eine offenbar formale Voraussetzung, die alles Verstehen leitet. Sie besagt, dass nur das verständlich ist, was wirklich eine vollkommene Einheit von Sinn darstellt.“³ Mit diesem Vorgriff soll nahegelegt werden, dass im Text eine objektive Sinneinheit vorhanden ist, die den Leser zu führen vermag. Dieser Sinn ist der für den Leser objektiv vorgegebene Bezugspunkt. Aus der Sicht der Leser mag sich der Sinn eines Textes wandeln.⁴ Aus der Sicht des Textes ist die jeweilige Lesart nur eine unter vielen, welche die Sinnfülle des Textes im Prinzip nie erschöpfen können. Deswegen lässt sich vom Standpunkt der klassischen Hermeneutik her sagen, dass das Werk gerade im Wandel identisch bleibt. An das Buch knüpft also ein objektives Überlieferungsgeschehen an. Seine Form soll als immanentes Maß im Verstehen des Richters die Bindung an das Gesetz garantieren. Ein Verfahren braucht man dazu nicht.

²Siehe dazu MICHAEL WETZEL, Die Enden des Buches oder die Wiederkehr der Schrift. Weinheim 1991, XII.

³HANS-GEORG GADAMER, Wahrheit und Methode. 6. Aufl., Tübingen 1990, 299.

⁴Ebenda 379.

2. Das Verblassen der Leitmetapher Buch

Heute beginnt man nach der konstitutiven Rolle des Verfahrens für die Gerechtigkeit zu fragen.⁵ Dass diese Frage jetzt gestellt wird, liegt daran, dass sich die mediale Infrastruktur des Rechts grundlegend geändert hat. Ein Jurist sitzt nicht mehr vor Büchern, sondern vor dem Computer. Die Grenzen der Welt des Buches wurden schon sichtbar, als mit Telegrafie, Rundfunk, Film und Fernsehen andere Medien zum Buch in Konkurrenz traten.⁶ Aber die Massenmedien konnten die Welt des Buches und seine stille Hermeneutik zunächst nicht gefährden. Erst mit den digitalen Medien hat der Text die Grenzen des Buches als Sinntotalität verlassen.⁷ Jetzt werden Probleme sichtbar, die bisher im Schatten der hermeneutischen Selbstverständlichkeiten lagen. Die Triangulierung des Verstehens in Text, Autor und Leser mit vorgeprägten Rollen verliert ihren Halt im Buch mit dem Übergang zum Hypertext. Der Autor wird anonym, der Leser übernimmt seine Funktion und dem Text fehlen objektiv vorgegebene Grenzen. Es gilt also, das Verstehen neu zu denken.

Mit den neuen Medien wird die Verknüpfung des Textes mit anderen Wissenssegmenten im Hypertext außen angeschrieben. Damit wird die Zuordnung von Zeichenkette und Bedeutung plurifiziert. Beim stillen Lesen könnte man an die einzige Bedeutung des Textes als Sinntotalität glauben. Denn der Leser muss seine eigene Auslegungskultur und den Wissensschatz, den er dem Text zuführt, nicht bemerken. Er kann alles, was er schafft objektiv attribuieren, und so glauben, dass allein der Text spricht. Der Hypertext macht dagegen die Vielzahl der Verknüpfungen von Zeichenkette und Bedeutung im Außen sichtbar.

Im alteuropäischen Rechtsdenken löst dies eine Krise aus. Wenn sich der Richter aus dem Streit der Parteien in den Text des Rechts zurückziehen will, findet er statt der Einheit des Rechts den Konflikt der Verknüpfungsmöglichkeiten. Es handelt sich allerdings um nichts grundlegend Neues: Das Medium Computer macht nur sichtbar, dass das Gesetz schon immer als Hypertext funktionierte.

⁵Grundlegend insoweit ALEXANDER SOMEK, *Rechtssystem und Republik*. Wien 1992, 475 ff. Hier wird der herkömmliche Bedeutungsidealismus verabschiedet, vgl. ebd., 305 ff. und die Bedeutung als nachträglich begriffen, ebd. 311 ff. Deswegen kommt dem Prozess eine tragende Rolle beim Problem der Rechtsbestimmtheit zu. Allgemeinere Ansätze in diese Richtung wären GRALF-PETER CALLIESS, *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)", 15; KARL-HEINZ LADEUR, 'Prozedurale Rationalität – Steigerung der Legitimationsfähigkeit oder der Leistungsfähigkeit des Rechtssystems?', in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 7 (1986), 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), 52 ff.; KLAUS F. RÖHL, *Verfahrensgerechtigkeit (Procedural Justice)*. Einführung in den Themenbereich und Überblick, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 14, 1993, 1 ff.

⁶Vgl. dazu HELMUT SCHANZE, *Integrale Mediengeschichte*, in: DERS. (Hrsg.), *Handbuch der Mediengeschichte*, 252 ff., 263 ff.

⁷Vgl. dazu GEORGE P. LANDOW, *Hypertext. The Convergence of Contemporary Critical Theory and Technology*. Baltimore 1997, 57; sowie JAY DAVID BOLTER, *Writing Space. The Computer, Hypertext and the History of Writing*. Hillsdale 1991, 240.

Es war nie ein Buch im Sinne einer geschlossenen Totalität, sondern schon immer eine Kollektion stark modularisierter Segmente und eine Paragraphensammlung. In den Normtexten „sind die einzelnen Gliederungsteile bis auf die Satzebene herunter immer für sich allein verständlich, da keine Kohäsion zu benachbarten Abschnitten besteht.“⁸ Ihre Produktion unterliegt permanenten Verschiebungen, Novellierungen, Ergänzungen und Tilgungen. Das erfährt bereits der Jurastudent leidvoll jedes Mal, wenn die neue Lieferung zur Ergänzung seines „Schönfelder“ eingetroffen ist und er sich der Mühe einer Reorganisation unterziehen muss. Gesetzbücher, Verordnungen und Richtlinien sind also letztlich Ansammlungen von durch Paragraphen-, sowie Abschnittsbezeichnung und Betitelung etikettierte Knoten, auf die fallweise entsprechende intratextuelle Anker weisen. Wenn man also „als die wesentlichen Bestandteile von Hypertext ... die Modularisierung in Knoten und deren Vernetzung mit Hilfe von Kanten festgestellt“, dann ist Recht zweifellos Hypertext par excellence.⁹

Im Hypertext gerät das Orientierungsproblem zu einem Problem der gebändigten Produktion von Text. Aufgrund der Bindungen und Verpflichtungen, denen der Richter unterworfen ist, ist er für sein Prozessieren von Text in der Umgebung von Hypertext zwangsläufig „Leser“ und „Autor“ zugleich. Er ist einerseits gehalten, seinen Text zu „finden“. Zugleich kann er aber nicht „zu diesem“ finden, ohne ihn durch die Auswahl der Knoten und durch deren Verknüpfung gemäß den Anforderungen des Falls zu „erfinden“. Auf den Punkt gebracht, hat er genau jenen Text zu erstellen, auf dem seine Entscheidung von Recht beruhen soll. Er ist also in der vorderhand dilemmatischen Situation, für sich erst das schaffen zu müssen, dem er für seine Anordnung und Strukturierung von Text zu folgen hat.¹⁰

Der Richter ist für sein Navigieren im Hypertext Recht Steuermann und Kartograph zugleich, indem er Texteme aufhäuft und ihnen eine Ordnung einzieht. Damit er dem Kurs vom Normtext zum Fall folgen kann, muss er ihn selbst erst abstecken, indem er ihm in seinen Verweisen die Marken und Zeichen setzt. Aufgrund der Gesetzesbindung hat er für seinen Text von Recht auf der einen Seite die entsprechenden Knoten aufzusuchen. So weit mag er zwar Rezipient sein. Allein durch die Frage aber, welches die für eine Entscheidung des Falls einschlägigen sind, wird er zugleich Produzent. Die Antwort auf diese Frage, die sich im Text der Entscheidungsnorm jeweils niederschlagen soll, verlangt von ihm, jene Knoten sie in eine für den Fall bestimmte Konstellation zu bringen. Er hat für seine Navigation also vom Fall her ein System von Verweisen zu entwickeln, sie in einer den Fall betreffenden Weise zu verweben. Bei dieser Arbeit ist er aber auch schon wieder Rezipient, denn die Verpflichtung darauf,

⁸FRANK KRÜGER, Nicht-lineares Information Retrieval in der juristischen Informationssuche, Abschn. 511a Modularisierung, <http://www.jura.uni-sb.de/dissertationen/krueger/diss-511a.html>.

⁹Dazu hier nur FRANK KRÜGER, Hypertext fuer Juristen - Grundlagen und Probleme -, <http://www.fask.uni-mainz.de/user/krueger/publ/jurht-einf.html>.

¹⁰Vgl. allgemein RALPH CHRISTENSEN/MICHAEL SOKOLOWSKI, Theorie und Praxis aus der Sicht der Strukturierenden Rechtslehre, in: Rechtstheorie 2002, 327 ff.

dem Fall auch gerecht zu werden, so, wie sie sich etwa im Recht auf rechtliches Gehör niederschlägt, zwingt den Juristen, sich auf die Fülle von Text einzulassen, mit der ihn die Beteiligten am Verfahren konfrontieren; auf all die Vorträge, Einlassungen und Schriftsätze, die vorgebracht werden und die ihrerseits die Vernetzung zum Text der Rechtsfrage beanspruchen.

Die alteuropäische Vorstellung, dass man das Ganze des Rechts als Figur erkennen könne, hat in der Praxis nie funktioniert. Dadurch, dass das Recht im neuen Medium Computer zum offenen Hypertext wird, beginnt Verständnis des Gesetzbuches als geordnetes Ganzes auch als Theorie zu verblässen.

3. Das Recht als Medienkonstellation

Heute sieht man, dass der über das Gesetzbuch gebeugte Leser einen Schatten wirft. Genau in diesem Schatten liegen die für die Legitimität des Rechts entscheidenden Faktoren. Der Richter muss die Entscheidung nämlich nicht nur treffen. Eine Entscheidung könnte ja auch anders getroffen werden. Er muss die Entscheidung vielmehr begründen. Aus dem Leser wird damit der Autor eines Textes. Die Souveränität des Richters als Autor ist aber eingeschränkt. Er muss in seiner Begründung den Bezug zum Gesetzestext wahren und die im Verfahren vorgebrachten Argumente verarbeiten. Im Medium Buch findet sich also nicht der von der Hermeneutik gesuchte objektive Sinn, sondern es findet sich ein anderes Medium: die im Verfahren gesprochene Sprache. Auch dieses Medium findet seinen Sinn nicht in der aktuellen Äußerung, sondern im Hinblick auf ein anderes Medium: die Begründungsschrift. Der Richter liest also nicht nur im Gesetz, sondern er leitet ein Verfahren und schreibt eine Begründung. Dies alles verschwindet, wenn man das Recht ausschließlich unter dem medialen Paradigma des Buches begreift. Das Recht ist mehr als das Gesetzbuch. Es ist eine Medienkonstellation. Das Buch wird von gesprochener und geschriebener Sprache ergänzt. Das Problem der Legitimation des Rechts liegt gerade im Zusammenspiel dieser Medien. Dabei sind Medien in einem ersten Zugriff als dynamischer Vermittlungszusammenhang zu begreifen, in dem sich nicht nur etwas abspielt, sondern auch bestimmte Weichen gestellt werden. Wenn man eine Konstellation von Medien auf ein einziges Medium reduziert, droht man wichtige Weichenstellungen zu übersehen. Der Legitimationszusammenhang zwischen dem Gesetz als Text und dem Recht als Entscheidung wird damit zerrissen. Die Weichenstellungen können nicht mehr überprüft werden.

Der Sinn der Rechtsquelle wird auf dem Weg vom Buch ins Verfahren zur Begründung langsam aber beständig umgeschrieben. Das ist die Rolle des Streits. Er produziert Transkriptionen.¹¹ Bei der Wurzel genommen meint sie von der

¹¹SYBILLE KRÄMER, Was haben ‚Performativität‘ und ‚Medialität‘ miteinander zu tun? Plädoyer für eine in der ‚Aisthetisierung‘ gründende Konzeption des Performativen. Zur Einführung in diesen Band, in: DIES. (Hrsg.), Performativität und Medialität. München 2004, 13 ff, 25. Dazu hier GEORG STANITZEK, Transkribieren. Medien/Lektüre: Einführung, in: LUDWIG JÄGER/GEORG STANITZEK (Hrsg.), Transkribieren. Medien/Lektüre, München

lateinischen Wurzel „transscribere“ her „umschreiben“, näherhin von lateinisch „trans: jenseits, hinüber und scribere: schreiben“. Also auch „Umschrift“. In der Linguistik,¹² insbesondere der Phonetik meint man „die Übertragung einer Schreibung oder eines Phonems in eine andere als die ursprüngliche bzw. der jeweiligen Sprache entsprechende Schrift“, was also eher mit einer Transformation zu tun hat. Einen schon erheblicheren Sinn als Umformung hat Transkription etwa in der Soziologie, wo man damit „das Übertragen eines (qualitativen) Interviews in eine quantitative und auswertbare Form“ meint. In der Musikwissenschaft, wo „neben der Umschreibung von einer Notenschrift in die andere“ in dem gerade angeführten phonetischen nahe kommenden Sinn von Transkription die Rede ist, versteht man darunter auch „die Übertragung eines klingenden Werkes in eine Notenschrift“, was weitergehend die Überschreitung von einem Medien in ein anderes mit sich bringt. Dies ist etwa auch in der Konversationsanalyse in der Transkription „das Übertragen von gesprochener Sprache, Gesprächen oder auch Gebärden in eine schriftlich fixierte Form, siehe Transkription (Konversationsanalyse)“ bedeutet. In der deutschsprachigen Gesprächsanalyse ist für diesen „Transfer vom Mündlichkeit und Schriftlichkeit zu Zwecken empirischer Sprachanalyse“¹³ das Verfahren der „halbinterpretativen Arbeitstranskription“, HIAT entwickelt worden.¹⁴

Der Begriff „Transkriptivität“ kommt aus der Linguistik. Ausgangspunkt war dabei das Verfahren zur Verschriftlichung mündlich dialogischer Abläufe.¹⁵ Es geht um eine Umschreibung des Sinns aus nicht-wissenschaftlichen Kontexten zu wissenschaftlichen Zwecken. Dabei soll der Bezug zum Ausgangsmaterial aber trotz Verschiebung erhalten bleiben.¹⁶ Die Idee der Transkriptivität wird in der Medientheorie gegenüber der linguistischen Gesprächsanalyse generalisiert. Es bleibt aber erhalten, dass Transkriptionen nicht einfache Umsetzung in der Form sind, sondern produktiv den Text reformulieren¹⁷. Umgekehrt ist aber die Trans-

2002, 7 ff.; LUDWIG JÄGER, Transkriptivität. Zur medialen Logik der kulturellen Semantik, in: LUDWIG JÄGER/GEORG STANITZEK (Hrsg.), Transkribieren. Medien/Lektüre, München 2002, 19 ff. Als Quelle zu folgendem <http://de.wikipedia.org/wiki/Transkription>, samt Weiterverweisen.

¹²Vgl. zum Begriff Transkription aus linguistischer Sicht CHRISTIAN STETTER, Schrift und Sprache. Frankfurt am Main 1997, 126 ff.

¹³Die vorstehenden Zitate bei ANGELIKA REDDER, Professionelles Transkribieren, in: LUDWIG JÄGER/GEORG STANITZEK (Hrsg.), Transkribieren. Medien/Lektüre. München 2002, 115 ff., 115.

¹⁴Siehe KONRAD EHLICH/JOCHEN REHBEIN, Halbinterpretative Arbeitstranskription (HIAT), in: Linguistische Berichte 45 (1976), 21 ff. Dazu ANGELIKA REDDER, Professionelles Transkribieren, in: LUDWIG JÄGER/GEORG STANITZEK (Hrsg.), Transkribieren. Medien/Lektüre. München 2002, 115 ff., 129 ff.

¹⁵Vgl. GEORG STANITZEK, Transkribieren. Medien/Lektüre: Einführung, in: LUDWIG JÄGER/GEORG STANITZEK (Hrsg.), Transkribieren. Medien/Lektüre. München 2002, 7 ff.; LUDWIG JÄGER, Transkriptivität. Zur medialen Logik der kulturellen Semantik, in: LUDWIG JÄGER/GEORG STANITZEK (Hrsg.), Transkribieren. Medien/Lektüre. München 2002, 7 ff., 8 ff.

¹⁶Zu diesen Momenten des wissenschaftlichen Transkriptionsbegriff ANGELIKA REDDER, Professionelles Transkribieren, in: LUDWIG JÄGER/GEORG STANITZEK (Hrsg.), Transkribieren. Medien/Lektüre. München 2002, 115 ff., 115.

¹⁷Vgl. dazu CHRISTIAN STETTER, Schrift und Sprache. Frankfurt am Main 1997, 126. Grundbedingung jeder Transkription ist eine Abstraktion von Zeit, Ort und Person.

kription als die Inszenierung von Sinn nicht einfach von ihrem Ausgangspunkt freigesetzt. Vielmehr wird sie an dem Anspruch gemessen, gerade diesen Ausgangspunkt zu artikulieren. Die Transkription konstituiert ein Skript und macht es lesbar, versetzt dieses jedoch zugleich in einen Status, aus dem sich Angemessenheitskriterien für den Lektürevorschlag ableiten lassen, den das Transkript unterbreitet.“¹⁸

Das Skript, durch das der Text als Verkörperung von Sinn vollzogen wird, ist immer schon auf Postskripte hin geöffnet, welche auf transkriptive Angemessenheit hin beobachten. Damit sind die Rahmenbedingungen eines rekursiven Spiels gesetzt, innerhalb dessen der Ausgangspunkt eine Art Eigenrecht erlangt.¹⁹ Skripte sind in ihrer Behauptung als Lesart des Prätextes immer Postskripten geöffnet, die genau diese Behauptung thematisieren. Das ist der Streit der Lesarten im Verfahren. Für die Logik von Transkriptionsprozessen ist es von konstitutiver Bedeutung, dass sie einen Prozess des rekursiven Bezugs²⁰ eröffnen, in dem Transkripte auf ihr Recht, ihre Korrektheit, auf andere Möglichkeiten hin zu befragen sind.²¹ Da auch dies wiederum den Bezug auf die Quelle behaupten muss, gibt diese immer den Ausschlag. Aber nicht, weil sie etwas enthielte, das als ein Maß dienen könnte. Vielmehr allein, weil sie gleichermaßen in den Transkriptionen als Skript kontaminiert. Weil es Postskripte gibt, gilt: „Die Quellen haben ein Vetorecht.“²² Wenn der Normtext durch den Leser vom Status einer Zeichenkette in Bedeutung überführt wird, entsteht ein Skript. Die Argumentation um die Vertretbarkeit von Lesarten eröffnet den Raum von Postskripten.²³ In diesem Streit entfaltet sich das Vetorecht der Gesetze.

4. Von der Ableitung zur Inszenierung von Legitimität

Mit dem Übergang von der Auslegung der Texte zur Verknüpfung von Texten im Hypertext ändert sich im juristischen Handeln nicht nur ein äußerer Rahmen, sondern dieses Handeln selbst. Die grundlegenden Probleme müssen neu disku-

¹⁸LUDWIG JÄGER, Transkriptivität. Zu medialen Logik der kulturellen Semantik, in: LUDWIG JÄGER/GEORG STANITZEK (Hrsg.), Transkribieren. Medien/Lektüre. München 2002, 19 ff., 33 f.

¹⁹GEORG STANITZEK, Transkribieren. Medien/Lektüre: Einführung, in: LUDWIG JÄGER/GEORG STANITZEK (Hrsg.), Transkribieren. Medien/Lektüre. München 2002, 7 ff.; 10.

²⁰Vgl. zu diesem Begriff HARTMUT WINKLER, Diskursökonomie, Frankfurt am Main 2004, 170. Im Unterschied zur Informatik bildet dieser Begriff hier keinen Gegensatz zur Iteration.

²¹GEORG STANITZEK, Transkribieren. Medien/Lektüre: Einführung, in: LUDWIG JÄGER/GEORG STANITZEK (Hrsg.), Transkribieren. Medien/Lektüre. München 2002, 7 ff.; 10.

²²GEORG STANITZEK, Transkribieren. Medien/Lektüre: Einführung, in: LUDWIG JÄGER/GEORG STANITZEK (Hrsg.), Transkribieren. Medien/Lektüre. München 2002, 7 ff.; 10 mit Verweis auf REINHART KOSELECK, Standortbindung und Zeitlichkeit. Ein Beitrag zur historiographischen Erschließung der geschichtlichen Welt, in: DERS., Vergangene Zukunft. Zur Semantik geschichtlicher Zeiten. Frankfurt am Main 1979, 176 ff., 204 ff.

²³Ohne Postskripte ließe sich das Moment von Gewalt nicht thematisieren, das in jeder Transkription liegt. Vgl. dazu CHRISTIAN STETTER, Schrift und Sprache, Frankfurt am Main 1997, 127.

tiert werden. Das gilt vor allem für die wichtige Frage der Legitimität. Was bedeutet Gesetzesbindung, wenn man sie medientheoretisch reformuliert?

a. Das Scheitern der Ableitung

Das Modell einer Ableitung der Legitimität aus dem Gesetzbuch wird vor allem normativ begründet. Ausgangspunkt ist hier die Forderung nach demokratischer Rückbindung gerichtlicher Entscheidungen an den Volkswillen. Diese Rückbindung erfolgt über die Sprache. Dabei wird das Verständnis demokratischer Selbstcodierung legalistisch verkürzt: das Volk gibt sich im demokratischen Prozess Gesetze. Wenn der Richter den Inhalt dieser Gesetze ausspricht und anwendet, kommt der Volkswille zum einzelnen zurück. Man verlässt sich damit allein auf das Gesetz als Text. Das Verfahren und die dort vorgebrachten Argumente, der Richter und seine Ausbildung, die kritische Kommentierung der Praxis durch Wissenschaft und Öffentlichkeit und viele weitere Umstände spielen in diesem Modell keine prinzipielle Rolle. Es ist der objektive Inhalt des Gesetzes, der sicherstellt, dass die Selbstcodierung des Volkes in der staatlichen Praxis einlösbar bleibt. Eine auf ihre Bedeutungsinhalte vollkommen durchsichtige und problemlos beherrschbare Sprache wird damit zur Grundvoraussetzung rechtsstaatlicher Demokratie. Damit mündet eine legalistische Verkürzung der Demokratietheorie in eine idealistische Verkürzung der Sprachtheorie und beide verbinden sich zur Ikone rechtsstaatlicher Demokratie, welche weit abgehoben und anschlusslos über der staatlichen Praxis schwebt.

Wie kann man Legitimität aus dem Gesetzbuch ableiten? Nach dem herkömmlichen Modell muss die Entscheidung dazu einfach den Inhalt der Rechtsquelle abbilden. Das Einfache der Abbildrelation kann sich in einem streitigen Verfahren allerdings leicht vermehren. Denn im Zweifel werden beide Parteien behaupten, mit ihren Anträgen den Inhalt der Rechtsquelle richtig wiederzugeben. Dieses Problem wäre nur zu handhaben, wenn der Richter eine versionslose Beschreibung des Inhalts der Rechtsquelle anfertigen könnte. Wenn man dies mediologisch reformuliert, wird deutlich, dass dabei starke Anforderungen an die Sprache als Medium gestellt werden müssen. Ausgangspunkt der Abbildrelation sind die Normtexte, welche im Gesetzbuch enthalten sind. So stellt der Nötigungstatbestand des § 240 StGB mit seiner Wendung „Gewalt“ mediologisch gesehen für die Entscheidung den Prätext dar, die Bestimmung des Inhalts des Gewaltbegriffs durch die Anträge der Staatsanwaltschaft (Gewalt bedarf keiner körperlichen Zwangswirkung) die Transkription. Der Abstand zwischen Prätext und Transkript wird durch die schon im Normtext als Rechtsquelle enthaltene Bedeutung überbrückt. Allerdings kann man die Beziehung zwischen Prätext und Transkript einer weiteren Thematisierung unterziehen: Von Gewalt lässt sich nur reden, wenn eine körperliche Zwangswirkung beim Opfer vorhanden ist. So entsteht ein Postskript als weitere Lesart des Normtextes. Dieses Postskript nutzt die schon etablierte Beziehung zwischen Prätext und Transkript parasitär aus. Für die herkömmliche Lehre stellt sich das Problem, die ständige Parasitierung der Beziehung zwischen Quelle und Lesart einzudämmen. Aber auch der Richter

muss als Voraussetzung eines Urteils einen Leitsatz entwickeln, der sich zwischen den konkurrierenden Lesarten des Gewaltbegriffs entscheidet. Die herkömmliche Lehre will dem Richter dadurch helfen, dass sie ihm ein Mittel an die Hand gibt, um das parasitäre Wuchern einer Vielzahl von Lesarten zu reduzieren. Dieses Mittel ist die wahre Bedeutung des Textes. Sie erlaubt es, eine Grenze zu formulieren, jenseits derer das vorgeschlagene Postskript illegitim ist. Die Ersetzung des Prätextes durch Skripte ist nur legitim, wenn sie die wahre Bedeutung des Prätextes widerspiegelt.

Um den Parasit abweichender Postskripte auszumerzen, sucht man Zuflucht bei der wahren Bedeutung des Textes als propositionaler Struktur. Das ist die Strategie einer Wortlautgrenze als semantischer Grenze des Gesetzesverstehens. Die Verschiedenheit der Postskripte soll einen Maßstab finden in einem gemeinsamen gedanklichen Gehalt, der eine technische Lösung Transkriptionsproblems erlaubt. Nach dieser Auffassung ließe sich immer ein Bedeutungsgehalt erkennen, der in Form von Propositionen dem Prätext und seiner Umschreibung gemeinsam wäre. Kontrolliert und sicher bei der Hand genommen wäre diese Transkription durch die von ihr unberührt bleibende gemeinsame Proposition. Dies mag als einfache Erklärung einleuchten. Allerdings löst sich diese Plausibilität in Luft auf, sobald die ebenso bescheidende wie naheliegende Frage gestellt wird, was denn nun diese Propositionen sind. Sind sie geistige, intentionale Entitäten, logische Konstrukte, mentale Bilder? Blitzschnell füllen sich die Regale der Bibliotheken. Um der gemeinsamen Proposition habhaft zu werden, muss sie jedenfalls formulierbar sein. Dies kann nur in einer Sprache geschehen. Die Annahme einer gemeinsamen Bedeutung geleitet also die Transkription keineswegs auf sicheren Bahnen zur wahren Bedeutung. Sie vermehrt die Bedeutungen. Denn auch die Sprache der Propositionen will transkribiert und damit verstanden sein. „Somit müsste ich eine dritte Sprache einführen, um die Wahrheit der Proposition, die von der ersten und zweiten transportiert wird, zu bestätigen. Doch diese Operation könnte nur mit der Einführung einer vierten zu den ersten dreien gewährleistet werden und so weiter.“²⁴ Die magische Sprache der Propositionen liefert also dem Beurteilen von Postskripten kein sicheres Gerüst. Der Parasit wird lediglich unsichtbar gemacht.

Die Invisibilisierung erfolgt dadurch, dass man Postskripte abschneidet und den anderen Verfahrensbeteiligten das Recht auf Sprache nimmt. Methodisch gewendet heißt Fundamentalismus, dass man an eine wahre oder wörtliche Bedeutung von Texten glaubt. Nur die eigene Lesart der Bibel, des Korans oder der Gesetze ist richtig, alle anderen sind im Irrtum. Der eigene Verstehenskontext wird damit privilegiert. Alle anderen werden danach beurteilt. Wenn dies in der alltäglichen Kommunikation geschieht, mag es genügen, den Sprecher für provinziell zu halten. Wenn die Geste der wörtlichen Bedeutung im Recht auftritt, zeigt sich das Risiko des Totalitarismus. Der Rechtsunterworfenen wird beurteilt durch eine Macht, welche nur die Sprache zulässt, die sie vorher als

²⁴DAVID B. ALLISON, Die *Différance* der Übersetzung, in: ALFRED HIRSCH (Hrsg.), Übersetzung und Dekonstruktion. Frankfurt am Main 1997, 375 ff., 382.

fest und unveränderlich definiert hat.²⁵

b. Probleme der Inszenierung

Wenn man davon ausgeht, dass im Verfahren Recht nicht angewendet wird, sondern erzeugt, scheint damit der Faden zwischen Volk und Gesetz, zwischen Rechtsstaat und Demokratie zu reißen. Diese Verbindung ist unter realistischer Einschätzung der tatsächlichen und sprachlichen Bedingungen neu zu knüpfen. Der Richter kann Legitimität nicht mehr ableiten aus dem Buch, sondern er muss sie sich in seinem Tun verdienen. Die Entscheidung kann jetzt nicht mehr als Performanz einer vorgeordneten Struktur ausgegeben werden: das wäre die alte Zwei-Welten-Lehre des Gesetzbuches. Sie kann aber auch nicht als Performance einfach hingenommen werden, sonst liefert man sich mit diesem Begriff den Zwängen funktionierender Systeme einfach aus.²⁶ Jede Performance kann gut oder schlecht sein. Genau wie der Regisseur nicht einfach einen bunten Abend, sondern ein Stück inszeniert, muss der Richter nicht einfach ein Verfahren inszenieren, sondern ein Verfahren, das zu einer legitimen Entscheidung führt.

Die Lösung dieses Problems verlangt einen Neuansatz, für den verschiedene Bezeichnungen vorgeschlagen werden: prozedurales Recht,²⁷ mediales Recht,²⁸ reflexives Recht²⁹ usw.³⁰ Die Rechtsprechung wird danach nicht mehr als Rechtsanwendung begriffen, sondern als Rechtsproduktion.³¹ Das Rechtssystem erscheint dann nicht mehr als Gesamtheit der Normen, sondern als Gesamtheit der Handlungen, die Normen erzeugen und das heißt als Kommunikationssystem.³² Von dieser Voraussetzung aus kann man die Rechtsprechung als Rechtserzeugung in Zusammenarbeit mit dem Gesetzgeber und eben nicht mehr als bloße Rechts-

²⁵Vgl. dazu EMILIOS A. CHRISTODOULIDIS/SCOTT VEITCH, *The Ignominy of Unredeemed Politics: Revolutionary Speech as Différend*, in: *International Journal for the Semiotics of Law*, Vol. X, 29 (1997), 141 ff., 149.

²⁶Davor warnt nachdrücklich HARTMUT WINKLER, *Diskursökonomie*. Frankfurt am Main 2004, 222 ff.

²⁷Vgl. dazu RUDOLF WIETHÖLTER, *Entwicklung des Rechtsbegriffs*, in: VOLKER GESSNER/GERHARD WINTER (Hrsg.), *Rechtsformen der Verflechtung von Staat und Wirtschaft*, Opladen 1982, 38 ff.; DERS., *Zum Fortbildungsrecht der (richterlichen) Rechtsfortbildung*, in: *KritV* 1988, 1 ff., *prozeduralistisches Rechtsparadigma*; vgl. JÜRGEN HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt am Main 1992, Kapitel IX.

²⁸AXEL GÖRLITZ, *Mediales Recht als politisches Steuerungskonzept*, in: DERS. (Hrsg.), *Politische Steuerung sozialer Systeme*. Pfaffenweiler 1989, 13 ff.

²⁹GUNTHER TEUBNER, *Reflexives Recht*, in: *ARSP* 1982, 13 ff.; DERS., *Recht als autopoietisches System*. Frankfurt am Main 1989, Kapitel 5; GUNTHER TEUBNER/HELMUT WILLKE, *Kontext und Autonomie: Gesellschaftliche Selbststeuerung durch reflexives Recht*, in: *ZfRSoz* 1984, 4 ff.; HELMUT WILLKE, *Ironie des Staates, Grundlinien einer Staatstheorie polyzentrischer Gesellschaft*. Frankfurt am Main 1992.

³⁰Vgl. zu einem Überblick von weiteren Begriffen AXEL GÖRLITZ (Hrsg.), *Postinterventionistisches Recht*, in: *Jahrbuch für Rechtspolitologie* 1. Pfaffenweiler 1989.

³¹Vgl. GRALF-PETER CALLIESS, *Prozedurales Recht*. Baden-Baden 1999, 136.

³²Vgl. dazu übereinstimmend für die Diskurstheorie JÜRGEN HABERMAS, *Theorie des kommunikativen Handelns*. Frankfurt am Main 1981; DERS., *Faktizität und Geltung*, Frankfurt am Main 1992 und zum anderen aus der Sicht der Systemtheorie: NIKLAS LUHMANN, *Soziale Systeme*, Frankfurt am Main 1984; DERS., *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main 1993 und GUNTHER TEUBNER, *Recht als autopoietisches System*. Frankfurt am Main 1989.

erkenntnis aus dem Gesetzestext begreifen. Dann stellt sich für den Rechtsstaatsgedanken ein neues Problem: das Normieren des Normierens.³³ Der Rechtsstaat greift zu kurz, wenn er die Anwendung des Rechts fordert, denn dieses wird vom Richter und dem Verfahren mit geschaffen. Weder das Gesetzbuch noch die Methodik kann das Recht vorgeben. Erst im Prozess gewinnt es seine Bestimmtheit. Kann dieser Vorgang der Rechtserzeugung überformt werden von den verfassungsrechtlichen Vorgaben her? Dann müsste im Verfahren die Widerständigkeit des materiellen Rechts als Argumentationsinstanz erhalten bleiben.

Bezogen auf die Transkriptivität von Recht siedelt die Frage nach der Legitimität in der Differenz von Prätext und Skript. Das Skript behauptet, den Prätext zu artikulieren und ruft damit die Postskripte auf, welche diese Behauptung thematisieren. Wenn mit dem Postskript eine Position zum Transkribieren eingenommen wird und dieses befragt wird, kann man von einer parasitären Beziehung sprechen.³⁴ Das Postskript nistet sich in die Transkription ein und zehrt von ihr. Die muss sich nun beweisen, indem sie sich an den mit ihr vorgestellten Prätext rückwendet und sich als dessen Umschreibung legitimiert. Damit stellt sich die Frage der Legitimierung, die zum Teil des fortschreitenden Vorgangs des Transkribierens wird. Das Verhältnis des Parasiten, der Störung und Aufstörung der Transkription wird also als Kritik nutzbar gemacht. Wenn man den Parasiten ausrotten will, führt dies dazu, dass die Transkription nicht mehr problematisiert werden kann. Juristen kennen das als die Prävention einer Rechtserkenntnis aus dem Gesetz, die jede sie thematisierende Einrede als unangebracht abweist. Es ist dies der Duktus einer juristischen Semantik, die sich mit dem Normtext allein schon im Besitz seiner Bedeutung glaubt und von daher meint, andere Sinngebungen als Abweichung oder Fehler zurückweisen zu können. Wenn man das Verfahren ernst nimmt, wächst dem Postskript eine wichtige Rolle zu. Es bildet die „reflexive Position: Relation auf die Relation, wie sie in den Verhältnissen von Skript und Transkript/Postskript impliziert ist.“³⁵

Wenn es daher also darauf ankommt, das im Postskript praktizierte parasitäre Moment anzuerkennen und aufzunehmen, dann heißt dies, „die übliche Bewertung des Parasiten keineswegs einfach ins Positive zu wenden, Störung als solche emphatisch zu affirmieren. Man begäbe sich sonst jeglicher Korrekturmöglichkeit. Vielmehr kommt es darauf an, Störungen in ihrer spezifischen Ambivalenz, prozessual: ihrer Umschlägigkeit zu beobachten.“³⁶ Der Parasit stört und produziert. Beide Momente sind in ihrer performativen Logik zu begreifen.

³³Vgl. dazu GRALF-PETER CALLIESS, *Prozedurales Recht*. Baden-Baden 1999, 149.

³⁴Dazu GEORG STANITZEK, *Transkribieren*. Medien/Lektüre: Einführung, in: LUDWIG JÄGER/GEORG STANITZEK (Hrsg.), *Transkribieren*. Medien/Lektüre. München 2002, 7 ff.; 18.

³⁵Dazu GEORG STANITZEK, *Transkribieren*. Medien/Lektüre: Einführung, in: LUDWIG JÄGER/GEORG STANITZEK (Hrsg.), *Transkribieren*. Medien/Lektüre. München 2002, 7 ff., 18.

³⁶Dazu GEORG STANITZEK, *Transkribieren*. Medien/Lektüre: Einführung, in: LUDWIG JÄGER/GEORG STANITZEK (Hrsg.), *Transkribieren*. Medien/Lektüre. München 2002, 7 ff.; 18.

Die neuere Medientheorie entfaltet dafür ein Verhältnis von Störung und Transparenz, das diese zueinander in Beziehung setzt und das sich dann auch in die Performanz von Legitimität durch die Argumentation im juristischen Verfahren eintragen lässt.³⁷ Beides, Störung und Transparenz sind danach zwei polare Zustände der Verständigung, die auf zwei entsprechende Modi der Sichtbarkeit verweisen. „In der Störung zeigt sich das Medium selbst, in der Transparenz ist es umgekehrt das Mediatisierte, welches wahrnehmbar wird.“³⁸ Entscheidend ist nun, dass sich Verständigung in einem beständigen Wechselspiel von Störung und Transparenz vollzieht. Die Überschreibung des Prätextes in Sinn stellt zunächst Transparenz her. Mit der Wahrnehmung des Ausdrucks kann diese Transparenz durch Problematisierung aufgestört werden. Diese Störung muss dann durch eine erneute Überführung in Transparenz beseitigt werden. Wenn das Postskript dann das entsprechende Skript ausdrücklich macht, indem es die erfolgten Transkriptionen zur Disposition stellt, kann man auch sagen, dass in „einem beständigen Übergang von Transparenz in Störung und von Störung in Transparenz“ Implizites explizit gemacht wird und umgekehrt.³⁹ Daraus ergibt sich, „dass Störungen und ihre transkriptive Bearbeitung (im übrigen selbst bei vielen pathologischen Defekten der Kommunikation) ein zentrales Verfahren der sprachlichen Sinnproduktion darstellen.“ Störung wird so zu einem „Produktivitäts-Prinzip sprachlicher Sinngenese“.⁴⁰ Das Eintreten von Störungen und ihre Überführung in Transparenz können dabei nicht mehr schlicht in das Verhältnis von Fehler und Korrektur eingezwängt werden. Denn der Prätext verdankt seine Stellung der Transkription, und es fehlt ein von der Transkription unabhängiger Bezugspunkt. Das Postskript parasitiert zwar die Beziehung zwischen Prätext und Skript. Aber wir können den Parasiten nicht ausmerzen, weil wir ohne ihn gar nicht kommunizieren könnten. Das Parasitäre⁴¹ im Postskript kann daher nicht nur Bremse, sondern zugleich ein Motor des Verfahrens sein. Es signalisiert „keinen Defekt der Äußerung und keine performative Aberration von einer präverbalen Redeintention“. Vielmehr fungiert es „als Fingerzeige für die Notwendigkeit der transkriptiven Weiterbearbeitung der Äußerung“.⁴²

³⁷Siehe LUDWIG JÄGER, Störung und Transparenz. Skizze zur performativen Logik des Medialen, in: SYBILLE KRÄMER (Hrsg.), Performativität und Medialität. München 2004, 37 ff., v. a. 41 ff.

³⁸Vgl. SYBILLE KRÄMER, Was haben ‚Performativität‘ und ‚Medialität‘ miteinander zu tun? Plädoyer für eine in der ‚Aisthetisierung‘ gründende Konzeption des Performativen. Zur Einführung in diesen Band, in: DIES. (Hrsg.), Performativität und Medialität. München 2004, 13 ff., 25.

³⁹SYBILLE KRÄMER, Was haben ‚Performativität‘ und ‚Medialität‘ miteinander zu tun? Plädoyer für eine in der ‚Aisthetisierung‘ gründende Konzeption des Performativen. Zur Einführung in diesen Band, in: DIES. (Hrsg.), Performativität und Medialität. München 2004, 13 ff., 25.

⁴⁰Siehe LUDWIG JÄGER, Störung und Transparenz. Skizze zur performativen Logik des Medialen, in: SYBILLE KRÄMER (Hrsg.), Performativität und Medialität. München 2004, 37 ff., 41.

⁴¹Parasit ist also nicht das Subjekt, sondern das, was diesem zu denken gibt. Vgl. dazu GILLES DELEUZE, Proust und die Zeichen. Berlin 1993, 80.

⁴²LUDWIG JÄGER, Störung und Transparenz. Skizze zur performativen Logik des Medialen, in: SYBILLE KRÄMER (Hrsg.), Performativität und Medialität. München 2004. 37 ff., 47.

c. Recht aus Streit

Im juristischen Verfahren ist der Konflikt gegenläufiger Lesarten geradezu das Movens des Verfahrens einer Rechtserzeugung aus dem Normtext.⁴³ Die auf den Normtext bezogenen Argumente der Parteien entfalten ein kompliziertes Spiel der Differenz- und Identitätsbildung. Man kann dies als Vorgang dieses „der Irritation und Wiedereinpendelung des parasemischen Gleichgewichts“ begreifen.⁴⁴ Unter der Notwendigkeit von Entscheidung gewinnt dies seinen besonderen Charakter, der dann auch auf den Vollzug von Legitimierung verweist. Das Besondere besteht darin, dass die divergierenden Lesarten der Parteien jeweils nur einseitig als „Störung“ gesehen werden. Entsprechend sind die Postskripte in einem zwischen ihnen oszillierenden Prozess abzuarbeiten, indem sie entweder durch ihren Bestand in Transparenz gewendet oder aber durch Abstoßung ungeschehen gemacht werden. Die beiden der Argumentation vor Gericht einschlägigen Praktiken für diese „Aufzehrung“ von Postskripten als Störung entweder durch Absorbierung oder Elimination sind die Integration und die Widerlegung von Argumenten. Mit ihnen wird Geltung⁴⁵ hergestellt gewissermaßen als eine Einkehr der Umschreibung von Normtext zu Recht zu sich selbst zurück, die aufgrund ihres argumentativen Erfolges als legitim beansprucht werden kann.

Argumentieren im Rechtsverfahren heißt, den Text von Recht durch den Widerstreit der Lesarten als dessen Transkription 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 Umschreibungen des Normtextes in Recht schließen sich gegenseitig aus. Dies macht den Streit aus. Insofern sind sie im aufeinander als Postskripte bezogen, denen im Wechsel jeweils der Charakter einer Störung von Transparenz zukommt. Das Skript der Partei A negiert den Anspruch des Skripts der Partei B, den Normtext als Prätext zu verkörpern und macht so explizit, dass es um diesen geht. Dies zwingt vice versa Partei B um der Transparenz des eigenen Skripts willen, den Vortrag von A als dem Normtext widerlaufend zu behaupten und diesen damit wiederum als Prätext sichtbar zu machen. Um zur Entscheidung zu kommen, sind daher diese Postskripte in dem Sinne abzuarbeiten, dass durch die Geltung eines von ihnen im Verfahren nur noch Transparenz entschieden ist. Argumentationstheoretisch ausgedrückt geht es daher um Integrieren oder Widerlegen um der Geltung willen. Integrieren hieße so, Störung durch gelungene Absorbierung in das Skript in Transparenz umzumünzen. Widerlegen hieße eben entsprechend, das Postskript durch Verdrängung aus dem Verfahren um Sinn zu tilgen, indem der von ihm behauptete Bezug einer Umschreibung zum Prätext zerrissen, das Skript vom Prätext allein

⁴³Vgl. FRIEDRICH MÜLLER/RALPH CHRISTENSEN, *Juristische Methodik*, Bd. I. 9. Aufl., Berlin 2004, Rn. 180, 190, 351, 506, 535.

⁴⁴LUDWIG JÄGER, *Störung und Transparenz. Skizze zur performativen Logik des Medialen*, in: SYBILLE KRÄMER (Hrsg.), *Performativität und Medialität*, München 2004. 37 ff., 48.

⁴⁵Vgl. zu dem dabei vorausgesetzten Begriff argumentativer Geltung grundlegend HARALD WOHLRAPP, *Argumentative Geltung*, in: HARALD WOHLRAPP (Hrsg.), *Wege der Argumentationsforschung*, Stuttgart 1995, 280 ff.

auf die ihn inszenierende Person damit zurückgewiesen wird.

Juristisches Argumentieren ist das Abarbeiten von Argumenten im Rechtsstreit zugunsten einer alleinigen Geltung der eigenen. Es ist durch die Besonderheit eines Durchsetzungsinteresses der Parteien gekennzeichnet. Im Dienste dessen geht es den Parteien darum, alle denkbaren Gründe für die eigene Position einzunehmen und die im gleichen Zuge der gegnerischen Position zu versagen. Dafür kann im Verfahren in Gestalt der Lesarten immer nur Text für Text entstehen und die Frage der Legitimität ist allein die praktische einer Entscheidung über deren Bestand. Dafür wiederum können sich die Parteien mit dem Ziel der Transparenz nur solcher Texte bedienen, die aktuell nicht in Zweifel stehen und die so für eine Bedeutung von Recht genommen werden können. Juristisches Argumentieren ist das Bemühen um eine Anreicherung des anerkannten Texts von Rechts durch den eigenen. Es zielt darauf ab, sich in das alleinige Recht auf eine Entscheidung zu setzen. Dennoch hat es sich in diesem Anspruch stets zu legitimieren. Einer Akzeptanz durch alle Beteiligten steht dabei der sich praktisch durchsetzende Charakter eines Widerstreits entgegen. Es bleibt nur die Entscheidung zugunsten einer Position, die sie in ihrer Begründetheit zuungunsten der anderen ratifiziert. An die Stelle der Akzeptanz muss man deswegen Geltung setzen. Und wie für alles, so muss auch hier die Praxis des Argumentierens selbst sorgen.

Die Aufgabe des Verfahrens ist der Legitimationstransfer vom Gesetz auf die Entscheidung. Dazu muss der Normtext zunächst für die konkurrierenden Lesarten der Parteien freigegeben werden. Es erfolgt dann eine Umschrift des Normtextes in Lesarten, die sich gegenseitig kritisieren. Der Richter muss in seiner Begründung die Lesart zugrunde legen, welche alle gegen sie vorgebrachte Argumente entweder integriert oder widerlegt.

Wenn man also die Steuerungskraft des Gesetzes und die Rolle der Gerichte realistisch einschätzt, muss man den Rechtsstaatsgedanken von der zu einfachen Vorstellung bloßer Rechtsanwendung ablösen, das legalistische Rechtsstaatsverständnis verabschieden⁴⁶ und als medienreflexives Rechtsstaatsverständnis reformulieren.⁴⁷ 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. Nicht die Sprache gibt dem Urteil Halt, sondern eine Argumentation, die im Rahmen eines rekursiven Vorgangs die Rechtsquelle inszeniert. Wenn der Richter den Streit der Parteien so gegeneinander setzt, dass sich die bessere Lesart durchsetzt, kann er sich in seiner Begründung darauf beschränken, Recht geschehen zu lassen.

⁴⁶Programmatisch für eine nachpositivistische Rechtstheorie formuliert bei ALEXANDER SOMEK/NIKOLAUS FORGÓ, *Nachpositivistisches Rechtsdenken*. Wien 1996, 357 ff.

⁴⁷Vgl. dazu auch ALEXANDER SOMEK, *Rechtssystem und Republik*. Wien 1992, 475 ff.