



Sources of Language and Law

www.legal-linguistics.net

This pdf document provided by SOULL can be cited as:

Christensen, Ralph: "Ist die Rechtslinguistik nützlich für das Verständnis juristischer Praxis?" In: SOULL – Sources of Language and Law, <https://legal-linguistics.net> (Last update: 18.9.2020)

All rights reserved.

Ralph Christensen/Hans Kudlich



Inhalt

I. Die Sprachgewalt der Juristen

II. Die Auslegungslehre als implizite Sprachtheorie

1. Was ist Gegenstand der Auslegung?
2. Wo liegt das Ziel der Auslegung?
 - a. Bindung an den Ursprung: Die subjektive Lehre
 - b. Bindung an den Gegenstand: Die objektive Lehre
3. Welches sind Ihre Mittel?

III. Das Scheitern der juristischen Sprachtheorie in der Praxis

1. Welche Argumentationslasten hat grammatische Auslegung?
2. Wie arbeitet man mit der Systematik?
3. Wie funktioniert historische und genetische Auslegung?
4. Die juristische Fehleinschätzung der Sprache
5. Das Scheitern in der Praxis

IV. Ansätze zu einer realistischen Theorie der Praxis

1. Gegenstand der Auslegung ist der Bedeutungskonflikt
2. Das Ziel der Auslegung ergibt sich aus den methodenbezogenen Normen der Verfassung
3. Die Mittel der Auslegung

V. Wirkliche Bindungen juristischer Spracharbeit

1. Was heißt Gesetzesbindung?
2. Was heißt Begründungspflicht?
3. Wann ist eine Interpretation besser?

Ist die Rechtslinguistik nützlich für das Verständnis juristischer Praxis?

Der Titel legt nahe, daß eine interdisziplinäre Perspektive dazu dienen könnte, das praktische Können der Gerichte in theoretisches Wissen zu überführen.

Rechtslinguistik ist zunächst ein praktischer Versuch, interdisziplinär zu arbeiten. Das heißt Juristen und Sprachwissenschaftler stellen sich gemeinsamen Themen. Allerdings sind ihre Ausgangspunkte sehr verschieden. Sprachwissenschaftler arbeiten an Grammatik und brauchen dazu Standards sprachlicher Richtigkeit. Diese Standards werden beschrieben als Sprachnormen. Um solche Normierungen gibt es in der Sprache häufig Konflikte. Wenn diese Konflikte untersucht werden, stößt man auf bestimmte Berufsgruppen, deren Sprachgebrauch die Tendenz hat, die Alltagssprache zu überformen oder sogar zu unterwerfen. Als negatives Beispiel ist an die Mediziner und Psychologen zu denken. Als positive Beispiele natürlich an den Juristen. Allerdings war den beteiligten Sprachwissenschaftlern die Verteilung dieser Wertprädikate nicht von Anfang an klar. Ihr Interesse war zunächst, Sprachnormierer in flagranti zu erwischen.

Dagegen war das Interesse der Juristen ein ganz anderes. Die Rechtstheorie versteht sich heute zunehmend als begleitende Reflexion der Praxis. Das heißt man versucht, das praktische Können der Gerichte auf die Ebene theoretischen Wissens zu heben. Dabei stößt man dann auf sprachliche Probleme. Etwa die Frage, wie bezieht sich die Sprache auf die Wirklichkeit. Oder noch brisanter: das Problem der Wortlautgrenze. Die Rolle der Wissenschaft liegt natürlich auch darin, die Praxis an ihre rechtsstaatlichen Bindungen zu erinnern. Diese Aufgabe nimmt sie durch die Besprechung von Judikaten wahr. Eine solche Kritik an Urteilen ist aber nur möglich, wenn die Theorie angeben kann, wann eine Entscheidung contra legem erfolgt. Wenn

dies nicht mehr bestimmt werden kann, dann ist die Bindung des Richters an das Gesetz nicht mehr kontrollierbar. Sie alle wären dann Richter Könige und jeder Kontrolle entzogen.

Die Verschiedenheit der Ausgangspunkte von beiden Wissenschaften führte natürlich zu immensen Verständigungsproblemen. Sprachnormen kommen in der spontanen Sprachtheorie der Juristen nicht vor. Die Sprache erscheint dort als objektive Vorgegebenheit wie Berge, Flüsse oder Täler. Kurz, als Natur. Umgekehrt wußten die Linguisten nichts mit dem Begriff Wortlautgrenze anzufangen. Wörter laufen in der Sprache nicht mit Grenzen umher. Die einzige Grenze in der Sprache ist die Verständlichkeit. So lange ein Sprecher verständlich bleibt, kann ein Sprachwissenschaftler keine Maßstäbe für die Unterscheidung von legitimen oder illegitimen Bedeutungsvarianten liefern.

Im Laufe der Arbeit haben beide Gruppen dazu gelernt. Die Linguisten mußten einsehen, daß Sprachnormierer oft gute Gründe haben, so daß man ihnen Recht geben muß. Und selbst die Juristen haben etwas gelernt. Nicht etwa, daß es keine Grenze gibt, keine Maßstäbe, an denen juristische Arbeit zu messen wäre. Aber doch, daß diese Grenzen viel komplexer sind, als man ursprünglich gedacht hatte und den Juristen eine viel größere Verantwortung dafür zukommt.

Ich will die Beschreibung unseres kleinen Abenteuers nun abbrechen, die gemeinsame Perspektive, die sich schließlich herausgebildet hat, war die Explikation und Kritik einer Sprachtheorie, die in der Jurisprudenz schon vor dem Eindringen der Linguisten vorhanden war. Fritz Hermanns, einer der beteiligten Sprachwissenschaftler, hat dies so formuliert: Es gibt in jeder Geisteswissenschaft einen Repräsentanten aller anderen. Und deswegen gibt es auch in der Jurisprudenz eine speziell juristische Sprachtheorie. Diese Sprachtheorie ist notwendig weniger komplex als die tatsächliche sprachliche Praxis, so daß sich für die Theorie ein Explikationsproblem stellt, das im folgenden untersucht werden soll.

I. Die Sprachgewalt der Juristen

Beginnen wir mit dem, was wir kennen: Praxis ist einfach das, was wir als Juristen jeden Tag tun. Aber das ganz Nahe sieht man nicht. Es bildet den Blickpunkt, bleibt aber unsichtbar.

Um zu wissen, was wir tun, müssen wir uns einen Blick von außen gönnen. Nehmen wir für einen Augenblick die Perspektive Ecos ein, wonach wir nicht einfach in der kruden Realität leben, sondern in einer Enzyklopädie.¹ Um die Stichworte dieser Enzyklopädie und ihre Verknüpfung wird beständig gerungen. Die Juristen haben bei diesem Ringen eine besonders wichtige Rolle.

Die von den Juristen zu entscheidenden Bedeutungskonflikte können sich auf Fachbegriffe beziehen wie z.B. Einzelfallgesetz² oder Kompetenz kraft Sachzusammenhang³ oder auf Begriffe, mit denen wir alle umgehen, wie Beruf,⁴ Presse,⁵ Menschenwürde⁶ usw. Jedenfalls sind aber die Entscheidungen der Juristen entweder für einzelne⁷ oder eine größere Anzahl von Personen⁸ von höchster Wichtigkeit für

¹ Vgl. *U. Eco*, *Lector in fabula*, 1987, S. 166 ff.; sowie *ders.*, *Semiotik und Philosophie der Sprache*, 1985, S. 77 ff., 125 ff.; sowie die kleine Schrift *dess.*, *Die Bibliothek*, 1987.

² BVerfG, in: NJW 1999, S. 1535ff. bzw. JuS 2000, S. 81 ff.

³ Vgl. BVerfG, in: NJW 1999, S. 841 ff. bzw. JuS 1999, S. 908 ff.

⁴ Ist Krankentransportunternehmer nur ein Unterfall des Transportunternehmers oder ein eigenständiger Beruf? Letzteres bejaht BVerwG, in: DVBl 2000, S. 124 ff. mit dem Argument, dass eine besondere Ausbildung dafür nötig sei.

⁵ Auch der Zeitungsbote wird von dieser Garantie geschützt, sagt BVerfG, in: NJW 1999, S. 2107 ff.

⁶ Kann man einem arretierten Bundeswehrsoldaten seinen zustehenden Freigang verschaffen, indem man ihn mit Handschellen vor dem Wachlokal anbindet? Nein, weil Prangerfunktion, sagt das BVerwG, in: NVwZ RR 1998, S.761 ff. Oder schützt mich die Menschenwürde vor dem Einsatz eines Wasserwerfers? Nein, sagt BVerfG, in: NVwZ 1999, S. 290 ff., wenn ich die Chance habe, vorher die Umgebung zu verlassen.

⁷ Darf eine Apotheke einen Autoschalter haben? Nein, meint BVerwG, in: NJW 1999, S. 881 ff. Kann ich die bayerische Staatsregierung wegen schleppender Ermittlungen in einem Strafverfahren kritisieren ohne gleich den Tatbestand der Verunglimpfung zu erfüllen? Ja, so lange es sich nur um eine Polemik handelt und noch keine Schmähkritik vorliegt, meint BVerfG, in: NJW 1999, S. 204 ff.

⁸ Muß ich in einer Stadt mit flächendeckender Videokontrolle öffentlicher Plätze rechnen? Zu den damit verbundenen Rechtsproblemen mit Nachweis entsprechender Entscheidungen vgl. Uwe Volkmann, *Die Rückeroberung der Allmende*, in: NVwZ 2000, S. 361 ff. Oder noch apokalyptischer: Ist eine Ökosteuer prinzipiell zulässig? Ja, meint der EuGH in der Rs. C-213/96, weil der Umweltschutz ein wesentliches Ziel der Gemeinschaft sei. Vgl. EuGH, Slg. 1998, I – 1777 = EuZW 1998, S. 384. Dazu auch *Astrid Epiney*, *Neuere Rechtssprechung des EuGH zum*

ihre Orientierung im Alltag. Deswegen sehen sich Juristen bei ihren Entscheidungen einem starken Legitimationsdruck ausgesetzt, der von den Verfahrensbeteiligten bis hin zur breiten Öffentlichkeit reichen kann. Trotz dieses Drucks kann der Richter der Entscheidung aber nicht einfach ausweichen.

Artikel 92 der deutschen Verfassung vertraut den Richtern die rechtssprechende Gewalt an. Aber das deutsche Wort „Gewalt“ zwei Wurzeln hat: vis und potestas. Anders formuliert: „Gewalt“ kann negativ codiert sein als böse Macht, die sich jeder Rechtfertigung entzieht oder positiv als gutes Walten der Obrigkeit⁹. Das Englische ist hier deutlicher, wenn es unterscheidet zwischen authority, force und violence. Wenn also die Juristen in unserer Sprache und damit in unserer Welt walten, dann müssen wir immer und immer wieder die Frage stellen: zu Recht oder zu Unrecht?

Sie selbst glauben, dass die unsichtbare Hand des Rechts aus dem Streit der vielen das für alle Beste hervorbringt. Aber die streitenden Parteien haben oft das Gefühl, dass dadurch, dass jeder etwas anderes wollte, eine Entscheidung herauskam, die keiner gewollt hat.

Wer hat nun recht? Entscheiden müssen das wieder die Juristen. Vertrauen sollten wir dieser Entscheidung nur, wenn wir sie auch nachvollziehen und überprüfen können. Als Maßstab wäre dabei die juristische Methodik heranzuziehen. Sie ist in der Lage, ein Stück der unsichtbaren Hand des Rechts sichtbar und überprüfbar zu machen. Aber, so lautet der schnelle Einwand unserer Juristen, über Methodik redet man nicht, sondern Methodik hat man. Diese rasche Art von Immunisierung ist inakzeptabel. Dazu ist das Tun der Juristen zu wichtig. Zudem reden Juristen beständig über die Methode anderer. Hat der Arzt lege artis operiert, hat der Bauingenieur seine Berechnung auf dem jeweiligen Stand der Wissenschaft durchgeführt? Im Messen anderer sind die Juristen nicht zurückhaltend. Also müssen sie auch sich selbst messen lassen mit der Frage, ob der, der die Entscheidung trifft, lege artis argumentiert und auf dem Stande der Kunst sich befindet.

allgemeinen Verwaltungs-, Umwelt-, und Gleichstellungsrecht, in: NVwZ 2000, S. 36 ff, 40.

⁹ Vgl. dazu m.w.N. F. Müller / R. Christensen / M. Sokolowski, Rechtstext und Textarbeit, 1997, S. 15 f.

II. Die Auslegungslehre als implizite Sprachtheorie

Der Richter ist nicht zu beneiden. Vor ihm tobt der im Verfahren nur mühsam gebremste Streit der Parteien. Er kann nur einer von beiden Seiten Recht geben. Er muß diese Entscheidung unter unglaublichem Zeitdruck treffen. Den Überblick über den täglich in neuen Entscheidungen, Kommentaren, Monographien, Zeitschriften und Gutachten weiterwuchernden Rechtsstoff kann er nicht gewinnen. Das Gesetz liegt vor ihm und sagt selbst dann nichts, wenn wirklich einmal alle im Raum schweigen sollten. Auch die Gerechtigkeit ist zwar gefordert, aber nicht verfügbar. Denn sie verlangt sowohl regelhaft zu entscheiden, als auch so, daß die Einmaligkeit des Falls zum Tragen kommt.

Die Unsicherheit dieser Situation wird durch den streitigen Charakter des Verfahrens noch gesteigert. Mitten im Getümmel gerät man leicht in Druck. Es gibt keinerlei Garantie dafür, daß man im Handgemenge der Kritik immer die Oberhand behält. Ein Tribünenplatz oberhalb des Gewoges der streitenden Menge wäre weit sicherer. Den Weg zu diesem sicheren Tribünenplatz nennt man in der Rechtstheorie Positivismus.

Der Richter erwartet vom Gesetz einen zweifelsfreien Maßstab. Diese Erwartung wird vom Positivismus nicht befragt, sondern zum Axiom genommen. So beginnt ein herkömmliches Lehrbuch juristischer Methodik nicht mit der Frage, welche Leistungen das Gesetz zur Entscheidung eines Falles erbringen kann. Vielmehr ist die Rolle des Gesetzes als Entscheidungsmaßstab Voraussetzung und die daran anschließende Methodik wird diesem Zweck fraglos untergeordnet.

Die Rolle des Gesetzes als zweifelsfreier Maßstab ist für den Positivismus identisch mit der Gesetzesbindung des Richters. Diese gibt dem Richter zwar die Entscheidungskompetenz. Die Kompetenz zur Maßstabssetzung liegt aber beim Gesetzgeber. Entscheidungskompetenz und Maßstabssetzungskompetenz sind demnach klar voneinander getrennt. Nur das Gesetz ist als „gesetzgeberische Weisung“ oder Direktive in der Lage, dem Richter für sein Tun einen Maßstab zu verschaffen. Legitimiert ist der Richter nur, wenn er die im Gesetz vorgegebenen Maßstäbe lediglich vollzieht. Für den Legitimationsdruck, unter dem praktisch handelnde Juristen stehen ist eine Entlastungsinstanz gefunden: Nicht der Richter als Person trägt die Verantwortung für die Entscheidung, sondern die unpersönliche Instanz des Gesetzes. Oder wie es die herkömmliche Methodenlehre formuliert:

Die Entscheidungsbefugnisse des Richters folgen nicht aus seiner persönlichen Legitimation, sondern aus seiner sachlichen Legitimation durch den Maßstab des Gesetzes. Dieser Maßstab steht fest. Einen Streit darüber kann es nicht mehr geben.

Diesen Maßstab zu sichern ist die Aufgabe der Auslegungslehre. Herkömmlich werden für die Beschreibung der Arbeit der Gerichte drei Bezugspunkte verwendet: der Gegenstand der Auslegung, ihre Ziele und ihre Mittel. Diese drei Dimensionen werden als vollkommen zutreffend beibehalten. Es sollen aber gewisse metaphysische Implikationen diskutiert werden, welche die herkömmliche Theorie diesen drei Dimensionen unterschiebt.

Das beginnt mit dem Begriff Auslegung. Genau wie das Wort *Motorhaube* war dies ursprünglich eine Metapher. Sie sollte deutlich machen, dass die Aufgabe des Rechtsanwenders darin besteht, den im Behälter des Normtextes eingefalteten Willen des Gesetzgebers wie einen Teppich wieder auszulegen. Nur um den Abstand zu dieser traditionellen Vorstellung zu markieren, wird hier gelegentlich von Textarbeit gesprochen. Auch der Gegenstand der Auslegung wird von der herkömmlichen Theorie im Sinne eines idealen Bedeutungsgegenstandes aufgeladen zu einem *lex ante casum*. Die Ziele der Auslegung sollen sich nicht aus den politischen Entscheidungen der Verfassung, sondern aus den Auslegungstheorien ergeben. Und schließlich werden die Mittel der Auslegung nicht von der Praxis aufgenommen und konsequent durchdacht, sondern abgeleitet aus einer philosophischen Theorie des Rechts oder der Sprache.

1. Was ist Gegenstand der Auslegung?

Im Mittelpunkt der alten Auslegungskonzeption steht eine bestimmte Theorie sprachlicher Bedeutung. Diese ist im Text objektiv vorgegeben und wirkt damit als Brücke zwischen dem Normtext und der darin repräsentierten Rechtsnorm. Als Brücke bietet sie eine Bequemlichkeit vor allem für den Richter, der den nicht abreißenden Strom neuer Fälle überqueren will, ohne sich die Last eigener Verantwortung aufzuladen. Das Gesetz als Bedeutungsbrücke besteht und funktioniert unabhängig vom richterlichen Handeln als objektiver sprachlicher Artefakt: Der Richter hat keine Entscheidung zu treffen, sondern nur eine Erkenntnis nachzuvollziehen. Dem Normtext ist objektiv eine Bedeutung zugeordnet, welche gleich einem Behälter die auf den Fall anzuwendende Rechtsnorm enthält. Wenn der Rechtsanwender über

die Brücke der Bedeutung zu der hinter dem Text liegenden Rechtsnorm gelangt ist, hat er die Vorgaben des Textes ausgeschöpft, als Arbeitsleistung eine Bedeutungserkenntnis erbracht und ist genau insoweit legitimiert.

Die klassische Auslegungslehre ist damit gleichzeitig eine Theorie sprachlicher Bedeutung und ein Modell zur Rechtfertigung juristischen Handelns. Allerdings hat diese elegant aussehende Kriegsmaschine eine Schwachstelle. Sie beruht auf der Voraussetzung, dass sich eine volle und mit sich selbst identische Textbedeutung als sicherer Ausgangspunkt für weitere Ableitungen und juristische Entscheidungen nachweisen lässt. Der stabilen Textbedeutung kommt die Aufgabe zu, die Rechtfertigungsfrage weg vom Richter und hin zur objektiven Instanz des Gesetzes zu verschieben. Wenn man „normativ“ all die Umstände nennt, die der anstehenden Entscheidung ihre Richtung geben, so ist diese Normativität in der klassischen Lehre sowohl vom Entscheidungssubjekt als auch vom Argumentationsprozeß vollkommen abgelöst und in die Sprache projiziert. Die Sprache wird hier zum Subjekt des Rechts und zur Quelle der Normativität.

Fraglich ist ob die Sprache diese Erwartungen erfüllen kann. Bedeutung ist nicht normativ sondern verständlich. Oder anders formuliert die für die Sprache grundlegende Opposition ist nicht richtig/falsch, sondern verständlich/unverständlich.

2. Wo liegt das Ziel der Auslegung?

Die Technik der Auslegung will eine Hierarchie herstellen zwischen einem heiligen Text und einem abgeleiteten Text. Wir haben auf der einen Seite einen Gott, Dichter oder Gesetzgeber und auf der anderen Seite einen Priester, Literaturwissenschaftler oder Richter. Der Priester soll sich nicht an die Stelle seines Gottes setzen. Also etwa behaupten, dass Gott seine Gnade nur gegen Ablass gewähre. Er soll wirklich das Wort Gottes verkünden. Genauso soll der Richter nicht seinen Willen an die Stelle des Willens des Gesetzgebers setzen.

Nun ist aber jedes Lesen eine Sinnverschiebung. Denn der Leser versteht den Text meistens aus einer vollkommen neuen Lebenssituation heraus oder wie man neuerdings formuliert: Er propft den Text auf einen neuen Kontext auf. Verhindern lässt sich diese Produktivität

des Lesens nicht. Das ist heute unumstritten. Aber vielleicht lässt sich diese Produktivität erschweren, bremsen oder in ihrer Gewalt, die sie dem Text antut, teilen und kontrollieren.

Als Bremsklötze für die Geschwindigkeit der Sinnvermehrung kommen drei Instanzen in Frage: der Autor, der Text oder der Vorgang des Lesens.

a. *Bindung an den Ursprung: Die subjektive Lehre*

Beginnen wir mit dem Autor, also der Frage, was will uns der Dichter bzw. Gesetzgeber sagen? Der Sinnverschiebung durch den Leser soll hier ein sicherer Ursprung entgegengestellt werden.

Die klassische subjektive Lehre verwendet damit das Prinzip der Autorschaft mit dem Ziel, dem juristischen Diskurs einen Mittelpunkt zu verschaffen. Die Verknüpfung von Normtext und Rechtsnorm soll um den Autor als Einheit und Ursprung der Bedeutung gruppiert werden. Von ihm verlangt man, dass er den im Text verborgenen Sinn offenbart, den Zusammenhang und die stabile Bedeutung garantiert. Die damit beschriebene Autorenfunktion¹⁰ soll im Völkerrecht von den Vertragsparteien bzw. sonst dem Gesetzgeber übernommen werden. Die Gedanken des Autors stehen hinter dem Zeichen des Normtextes und machen sie zu einem sinnvollen Ganzen¹¹. Denn das Gesetz ist als Schöpfung menschlichen Geistes anzusehen, und der Gesetzgeber bzw. die Vertragsparteien haben mit seiner Verabschiedung bestimmte Vorstellungen und Absichten zum Ausdruck bringen wollen. Ziel der Gesetzesauslegung muss es demnach sein, den tatsächlichen Willen als historisches Faktum zu ermitteln. Indem sie ein vom menschlichen Geist Produziertes als solches erkennt¹², ist die juristische Auslegung ein Sonderfall der philologischen Auslegung historischer Texte.

¹⁰ Vgl. zur Beschreibung der Autorenfunktion und ihrer Rolle als Verknüpfungsprinzip im Diskurs: *Foucault*, Die Ordnung des Diskurses, 1977, S. 18 ff.

¹¹ Vgl. zu dem damit gesetzten Repräsentationsmodell: Haug, Zur verfassungsrechtlichen Bedeutung der objektiven Auslegung von Gesetzen, in: DÖV 1962, S. 329 ff., 330 f.

¹² Vgl. zu dieser Verknüpfung mit der Philologie und der romantischen Verstehelehre die *Diltheysche* Formulierung: "Nur was der Geist geschaffen hat, versteht er". *Dilthey*, Gesammelte Schriften VII, 1927, S. 148. Ähnlich *Boeckh*, Enzyklopädie und Methodologie der philologischen Wissenschaften, 2. Aufl. 1886, S. 111 ff.; für die Aufnahme in der juristischen Methodendiskussion vgl. die Nachweise bei *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 7. Aufl. 1977, S. 85 ff.

Das Auslegungsmodell der subjektiven Lehre will eine sichere Bindung des Richters an den Gesetzgeber als Ursprung der Gesetze. Es hat aber nie funktioniert. Das wird deutlich, wenn man die Verknüpfung des gesetzgeberischen Willens nicht mit dem Gedanken, sondern mit der Sprache betrachtet: „Gegen die realpsychische Zurechnung des Gesetzes auf den Willen ist jedoch insbesondere der Einwand zu erheben, dass sie an dem Wesen der Rechtssetzung vorbeisieht und damit die sprachlichen Qualitäten des Gesetzes verkennt (...). Die Setzung bedeutet als Vorgang der sprachlich-logischen Sphäre eine Objektivierung, welche ihren Gegenstand dem Vorgang subjektiver Willensbildung entzieht und ihm ein Eigendasein zuweist“¹³. Dieses von Forsthoff nicht weiter entfaltete Argument ist unter Berücksichtigung sprachphilosophischer Erkenntnisse tatsächlich geeignet, das von der subjektiven Lehre in Anschlag gebrachte Repräsentationsmodell an einem zentralen Punkt in Frage zu stellen. Denn bei der Vorstellung, dass hinter dem Gesetz ein formierender Wille steht, den der Normtext nachträglich verkörpert, wird tatsächlich die Sprache auf ein bloßes Ausdrucksmedium ohne Eigengewicht reduziert¹⁴. Wenn man das vom Repräsentationsgedanken nahegelegte Modell eines vorausdrücklichen Willens und seiner nachträglichen Verkörperung ernst nimmt, muss man auch die Frage stellen, welche Seite bei dieser Verknüpfung die eigentlich formierende ist. Diese Frage betrifft das grundlegende Problem einer Lehre, wonach die Textbedeutung durch die Absicht des Textproduzenten festgelegt ist. Eine Absicht ist immer etwas Bestimmtes, und eine bestimmte Absicht kann man nur im Rahmen einer bestimmten Sprache haben¹⁵. Das heißt, dass die Absicht nicht vom Sprachsystem unabhängig ist, sondern sich in dieses einschreibt¹⁶. Daher kann man nicht von einer vorausdrücklichen Intention auf die Bedeutung des Textes schließen, sondern nur umgekehrt von der Bedeutung eines Textes auf die In-

¹³ Forsthoff, *Recht und Sprache*, 1940, S. 45

¹⁴ Vgl. zur Kritik an dieser Reduktion: *Derrida*, *Die Stimme und das Phänomen*, 1979, S. 79 ff.; vgl. weiterhin *Lyotard*, *Der Widerstreit*, 1987, S. 229 (Nr. 188)

¹⁵ Vgl. dazu *Wittgenstein*, *Philosophische Untersuchungen*, 1971, Randbemerkungen unter § 38. Auch §§ 337 ff., 358. Zusammenfassende Darstellung bei *E. v. Savigny*, *Die Philosophie der normalen Sprache*, 2. Aufl. 1980, S. 36 ff. Kurze Darstellung der sprachphilosophischen Kritik am sinnkonstitutiven Subjekt auch bei *Wellmer*, *Zur Dialektik von Moderne und Postmoderne*. Vernunftkritik nach Adorno, in: ders., *Zur Dialektik von Moderne und Postmoderne*, 1985, S. 48ff., 77 ff.

¹⁶ Vgl. dazu *Derrida*, *Signatur, Ereignis, Kontext*, in: ders., *Randgänge der Philosophie*, 1976, S. 124 ff., 150

tion¹⁷. Die Bedeutung eines Textes kommt also nicht, wie das die subjektive Auslegungslehre, voraussetzt, so zustande, dass der Textproduzent irgendwelche bedeutungsverleihenden Akte ausführt, sondern die Intentionalität des Textproduzenten muss anknüpfen an ein bestimmtes System sprachlicher Bedeutungen¹⁸. Aus diesem Grund kann der gesetzgeberische oder auktoriale Wille nicht als archimedischer Punkt außerhalb der Sprache angesehen werden, welcher gegenüber der Vielfalt der Interpretationen den identischen Textsinn wahr¹⁹. Der vorausdrückliche Wille kann sich mit dem Normtext nur nach Maßgabe einer Ordnung verknüpfen. Diese Ordnung muss als Struktur formulierbar sein und ist damit auf Bedeutung und Sprache verwiesen²⁰. Damit kommt die äußerliche sprachliche Form der vorgeblich reinen Innerlichkeit des Willens zuvor.

b. *Bindung an den Gegenstand: Die objektive Lehre*

Wenn es für die Bindungen des Richters keinen sicheren Ursprung gibt, dann liegen diese Bindungen vielleicht im Gegenstand: dem Text.

Aus dem Argument, dass der gesetzgeberische Wille, um für seine Adressaten verstehbar zu sein, ohnehin nur solche Absichten verfolgen könne, für die sein Textformular allgemein verständliche Zeichen bereithalte, wird hier also gefolgert, dass Ziel der Auslegung nicht die Wiederherstellung eines vom Autor intendierten Wortsinnes sein könne, sondern nur der dem Text immanente objektive Sinn des Gesetzes selbst. Der gesetzgeberische Wille gleicht in diesem Modell einem Bahnreisenden, der, nachdem er seine Fahrkarte gelöst hat, unabhängig von seinem Zutun und ohne weitere Steuerungsmöglichkeiten an einen Ort befördert wird, welcher nach dem Fahrplan schon vorher feststand. Der Auslegende kann sich hier damit begnügen festzustellen, dass der Autor X bei der sprachlichen Objektivierungsstelle ein Ticket gelöst hat, und sich danach auf das Studium der (sprachlichen) Fahrpläne beschränken.

¹⁷ Vgl. dazu auch *Frank*, Das individuelle Allgemeine, 1985, S. 251 ff. wo am Beispiel der Position *Hirschs* gezeigt wird, daß der Rekurs auf "authorial meaning" keineswegs auf die Individualität des Autors zurückführt.

¹⁸ Vgl. zu diesem Problem die grundlegende Auseinandersetzung *Derridas* mit *Husserl*: *Derrida*, Die Stimme und das Phänomen, 1979, passim

¹⁹ Vgl. dazu auch *Frank*, Was ist Neostrukturalismus?, 1983 S. 25 ff.

²⁰ Vgl. als knappe Darstellung der bei *Derrida*, Die Stimme und das Phänomen, 1979, entwickelten Kritik: *Frank*, Was ist Neostrukturalismus?, 1983, insbes. S. 288 ff. Dort auch die Parallelisierung der Position *Derridas* zur sprachanalytischen Position *Tugendhats* im Hinblick auf die Kritik an einem vorsprachlichen Bewusstsein.

Mit dieser Konstruktion wird von der objektiven Lehre ein Prinzip der diskursiven Verknappung in Anspruch genommen, das Foucault unter dem Stichwort "Kommentar" beschrieben hat²¹. Im Rahmen dieser Figur kommt dem Sekundärtext die Aufgabe zu, zum ersten Mal das zu sagen, was im Text schon immer angelegt war, und unablässig das zu wiederholen, was eigentlich nie gesagt worden ist. Diese maskierte Wiederholung soll den Zufall des Diskurses bannen, indem sie ihm das Zugeständnis macht, dass das Neue zwar nicht im Inhalt der Aussage, aber im Ereignis ihrer Wiederkehr liegt. In seiner Analyse beschreibt Foucault die Kommentierung als ein spezifisches Verfahren der Kontrolle²², wonach die Arbeit der Kommentatoren mittels sekundärer Texte die Bedeutung der Primärtexte repetiert, festschreibt und auf die Reproduktion eines vorgegebenen Sinns verpflichtet²³. Die Interpretation ist damit nicht offen gegenüber einer Anzahl untereinander vergleichbarer Lesarten, sondern gefordert ist die eine authentische Interpretationsweise, welche entweder getroffen oder verfehlt wird. Die Möglichkeit des Verfehlens ist dabei nur eine empirische Einschränkung, die sich einzig aus der Tatsache herleitet, dass es keine absolut zuverlässige Technik des Verstehens gibt. Dies kann jedoch nichts daran ändern, dass alles, was wir tatsächlich verstanden haben, auf den objektiven Sinn des Textes zurückzuführen ist. Es geht also bei dieser juristisch säkularisierten Form der Inspirationslehre²⁴ nicht um die Produktion einer Entscheidung, sondern um die Affirmation eines bereits Vorentschiedenen²⁵. Man glaubt an eine geregelte Sprache, in welcher der fragliche Sachverhalt bereits klas-

²¹ Foucault, Die Ordnung des Diskurses, 1977, S. 16 ff., insbes. S. 18

²² Es geht dabei nicht um ein Einschließen oder Einsperren des Diskurses, sondern um seine innere Formation. Vgl. dazu Deleuze, Foucault, 1987, S. 63, 83 ff., 85 und öfter

²³ Vgl. zur Stabilisierungsfunktion juristischer Dogmatik die Untersuchung von Harrenburg, Die Rechtsdogmatik zwischen Wissenschaft und Praxis, 1986, S. 184 ff., 201 ff.

²⁴ Vgl. dazu Haug, Zur verfassungsrechtlichen Bedeutung der objektiven Auslegung von Gesetzen, in: DÖV 1962, S. 329 ff., 331 „(...) Nach der Inspirationslehre werden wirkliche Gedanken Gottes, nicht solche des Verkünders erkannt. Allerdings wird auch in der Jurisprudenz behauptet, der Jurist müsse bei der Auslegung auf die Stimme des ‚objektiven Geistes‘ lauschen, um der Rechtsidee Geltung zu verschaffen. Diese (wohl unbewußte) Parallele von objektivem Geist und Heiligem Geist muß jedoch bei näherem Zusehen erschrecken“. Vgl. als positive Aufnahme der Beziehung zur Theologie und sogar zu Orakelsprüchen: Radbruch, Rechtsphilosophie, 1973, S. 208 f.

²⁵ Kritisch zum Bild des "Nachsprechens" auch Kirchof, Die Bestimmtheit und Offenheit der Rechtssprache, 1987, S. 23

sifiziert ist; diese soll vom Auslegenden lediglich nachgesprochen werden²⁶.

Aber mit der Bedeutung ist es wie mit der Liebe: wenn man erst nach ihr fragen muss, ist sie schon verschwunden. Das heißt die normativen Erwartungen der Juristen an die Sprache sind nicht einlösbar

3. Welches sind Ihre Mittel?

Für die herkömmliche Lehre sind die Instrumente der Auslegung eine Art von Förderband, welches die in der Sprache enthaltene normative Bedeutungssubstanz zum Anwender schafft. Die grammatische Auslegung liefert die atomistisch verstandene Bedeutung eines Wortes. Wenn das nicht gelingt kann man mit Hilfe der systematischen Auslegung den einzelnen Rechtsbegriff in das harmonistisch verstandene Ganze der Rechtsordnung einfügen und so seine Bedeutung erkennen. Die teleologische Auslegung erlaubt schließlich noch bei verbleibenden Fragezeichen den Willen des Gesetzgebers bzw. des Gesetzes heranzuziehen. Insgesamt werden die canones der Auslegung damit substantialisiert als Instrumente eines vorgegebenen Bedeutungsgehalts.

III. Das Scheitern der juristischen Sprachtheorie in der Praxis

1. Welche Argumentationslasten hat grammatische Auslegung?

Die grammatische Auslegung soll aus Sicht der herkömmlichen Auslegungslehre die objektive Bedeutung einer streitigen Wendung im Gesetz liefern. Aber sie findet weder in der Fachsprache noch gar in der Alltagssprache einen einheitlichen und stabilen Sprachgebrauch vor. Auch durch Nachschlagen im Lexikon findet der Richter nur Beispiele für den Sprachgebrauch in bestimmten Kontexten; aber keine Sprachnormen, die ihm Auskunft darüber geben, welcher Sprachgebrauch der richtige oder vorzugswürdige sei. Hier bedarf es einer Entscheidung; mit der Gefahr, dass der Richter seine eigene Sprach-

²⁶ Vgl. dazu *Foucault*, Die Ordnung des Diskurses, 1977 S. 18: „Das unendliche Gewimmel der Kommentare ist vom Traum einer maskierten Wiederholung durchdrungen: an seinem Horizont steht vielleicht nur das, was an seinem Ausgangspunkt stand: das bloße Rezitieren“.

kompetenz zum „idealen Sprecher“ aufbläht und dem abweichende Sprachgebrauch der Betroffenen die Berechtigung abspricht.

So gesehen mag es zwar löblich sein, wenn Juristen überhaupt im Zweifel über den Sprachgebrauch in Wörterbüchern nachschlagen. Dennoch finden sie dort nicht die von der Sprache vorgegebene und von den Lexikographen aufgeschriebene Grenze zulässigen Sprechens. Sie finden vielmehr allenfalls Anregungen für bisher nicht bedachte Verständnisvarianten. Und sie finden Hinweise auf vorher vielleicht übersehene Kontexte. Mit dem Griff zum Wörterbuch ist die Arbeit grammatischer Arbeit also nicht getan. Sie beginnt damit erst.

Dies liegt in nichts geringerem als in den "Verhältnissen unsrer Sprache" selbst begründet. Um die einzige Bedeutung des Rechtstextes zu garantieren, muss die juristische Theorie die Komplexität des Sprechens zu *der* Sprache reduzieren. Die erste Vereinfachung liegt darin, dass man von *der* Sprache ausgeht, als sei diese eine überschaubare und homogene Größe mit Normen, die überall und für jeden gleich 'gelten'. Die zweite Vereinfachung betrifft den Kontext einer geäußerten Zeichenkette, welcher als endlich und beherrschbar vorausgesetzt wird, um so die Klarheit der Bedeutung zu garantieren. Die Praxis allerdings belehrt hier sehr schnell eines besseren. Schon die schlichte Frage, wie dunkel es sein muss, damit man von „Nachtzeit“ sprechen kann, erschüttert das Vertrauen in die Sicherheit vorgegebener Bedeutung. Notorisch vor allem dann, wenn sie von Juristen gestellt wird. Stehen gar zwei Juristen beisammen, um darüber zu diskutieren, so ist vollends jeglicher sprachliche Boden unter den Füßen verloren.

Diesseits all dieser Vereinfachungen lehrt die Sprachwirklichkeit schnell, dass eine Äußerung auch dann, wenn sie „Kopfschütteln“ oder auch heftigere Widersprüche hervorruft, noch längst nicht sprachwidrig ist. Bedeutung ist entgegen der herkömmlichen Auslegungslehre gerade nicht normativ. Solange sie verständlich bleibt, ist der Versuch zu ihrer Korrektur bereits ein Normierungskonflikt, der auf bestimmte Standards der Legitimierung pocht. Gerade Sprachnormen können nicht einfach festgestellt werden. Weder dadurch, dass ein Muttersprachler am Schreibtisch nachdenkt, noch dadurch, dass man im Wörterbuch nachschlägt. Sprachnormen deuten vielmehr auf legitimatorische Standards hin und fordern sie auch ein. Zu deren Untersuchung muss man sich allerdings konkret auf das jeweilige Sprachspiel einlassen. Sprachnormen und aus ihnen erwachsenden Konflikte entziehen der Vorstellung einer im Wortlaut *vorgegebenen* Bedeutung sehr schnell den Boden. Sie machen ein gestaltendes

Moment im Sprechen sichtbar, welches sich der schlichten Dichotomie sprachwidrig oder sprachrichtig entziehen.

Der Rechtsstreit verschärft diese Lage noch. In ihm ist der Sprachkonflikt der geradezu als Lebelement der gerichtlichen Auseinandersetzung institutionalisiert. Das „Gesetz“ ist in seiner Bedeutung immer erst akut zu produzieren. Es muss erst zum Text einer Norm fortgeschrieben werden. Und es muss überhaupt erst aktuell in diesem „Moment von Bedeutung“ vor den Fall gesetzt werden. Zu meinen es werde hier lediglich eine Bedeutung festgestellt, die der Gesetzestext schon irgendwie bei sich „hat“, oder gar zu meinen, es werde lediglich erkannt, was „hinter“ den Worten des Gesetzes steckt und zwischen seinen Zeilen „verborgen“ ist, heißt die Semantik der Rechtserzeugung auf den Kopf zu stellen. Juristische Semantik kann nicht Arbeit mit der Sprache sein, um die Entscheidung über sie nachzuvollziehen, die durch ihre Bedeutung vorgezeichnet ist. Juristische Semantik ist immer Arbeit an Sprache, indem sie in Hinblick auf den Normtext über sie in ihrer Bedeutung als Recht entscheidet. Statt also nach einer Bedeutung des Normtextes als vorgegebenem Ding zu suchen, steht die grammatische Auslegung vor der Aufgabe, das Funktionieren des Textes als einer Äußerung zu dem, was als Recht gelten soll herauszuarbeiten. Ihr Grundproblem ist nicht eines der Erkenntnis, sondern eines der Entscheidung. Die Frage ist nicht: *wie* ist das Gesetz zu verstehen? Denn jeder der in den Rechtsstreit Involvierten hat schon verstanden. Daran, dass jeder eben mit gutem Recht und Fug anders verstanden hat, entzündet sich sprachlich gesehen überhaupt der Streit. Damit steht für eine Rechtserzeugung die Frage an, welches Verständnis vorzuziehen sei.

Eine Rangfolge für das Verstehen ist in der Sprache aber nicht vorgesehen. Ihre Funktion ist erfüllt, wenn Verständigung hergestellt ist. Um eine solche Rangfolge angeben zu können, müssen überhaupt erst Mechanismen geschaffen werden, die in dem von Foucault beschriebenen Sinn eine Ordnung des Diskurses garantieren; Strukturen also, die Verstehen nicht vermehren, sondern verknappen. Von den verschiedenen möglichen Arten das fragliche Textstück zu lesen, soll und darf dann nur noch eine legitim sein. Der Griff zum Wörterbuch kann ebenso wenig aus der Bredouille dieser Entscheidung helfen, wie die Anrufung sonstiger sprachlicher Autoritäten. Der schlichte Widerspruch hebt die Einzigartigkeit ihres Machtworts über die Sprache bereits aus, sofern der nur als ein solcher verstanden wird. Die Lektüre eines Lexikons führt nicht zu feststehenden Daten. Sie eröffnet nur Fragerichtungen. Es handelt im Kern um Gebrauchsbei-

spielerzählungen. Diese Beispiele werden paradigmatisch eingesetzt und sind nicht in eine vorhandene oder empirisch feststellbare Regel auflösbar. Im Rahmen der lexikalischen Semantik wird der Lexikon-eintrag als offene Aufzählung von Beispielen und gerade nicht als Grenze zulässiger Verwendungen verstanden. Ein natürliches Konzept von Wörtlichkeit und zulässiger Verwendung ist nicht zu haben.

2. Wie arbeitet man mit der Systematik?

Die systematische Auslegung eröffnet nicht einen Kontext des Gesetzes, aus dem dann der Regelungsgehalt entnommen werden kann. Sie engt die Vielfalt der Möglichkeiten zur Interpretation nicht ein, sondern erweitert sie unabsehbar. Die systematische Auslegung eröffnet mit jedem herangezogenen Text einen neuen Zusammenhang, der den Normtext wieder in einem neuen Licht erscheinen lässt.

Das Grundproblem der systematischen Auslegung liegt in der Auswahl und Verknappung. Denn man bräuchte dazu einen Blick auf das Ganze der Rechtsordnung, sowie ein stabiles Zentrum als Ausgangspunkt. Aus der politischen Mahnrhetorik ist die Technik bekannt, das "Ganze" aufmarschieren zu lassen. Ziel ist es die starke Hand über die "Teile" herrschen zu lassen, indem man ihnen ihren Platz anweist ganz so, wie der Dompteur dem Löwen seinen Schemel.

Indes ist diese Technik, den Platz des Ganzen zu besetzen für eine seriöse Argumentation nicht gangbar. Das Ganze kann nicht den Teilen gegenübergestellt werden, ohne dass logische Aporien entstehen. Denn selbst dort, "wo bei der Konkretisierung der Norm A das Verfahren systematischer Auslegung 'rein' durchführbar sein sollte - was meist nicht der Fall sein wird -, wären die übrigen Konkretisierungsmomente zumindest in Bezug auf die zur Klärung der Wirkung von A herangezogenen Normtexte B, C, usw. aktuell, da B, C usw. damit gleichfalls für den anstehenden Rechtsfall für den anstehenden Rechtsfall konkretisierungsbedürftig und insofern (zumindest indirekt) 'einschlägig' werden."²⁷ Hinzu kommt, dass die Systematik eines Gesetzes und schon gar der ganzen Rechtsordnung nicht frei von Widersprüchen ist.²⁸

²⁷ F. Müller, *Juristische Methodik*, 7. Aufl., Berlin 1997, Rn. 367

²⁸ Grundlegend zu dieser Problematik einer Entsubstantialisierung der systematischen Auslegung: F. Müller, *Die Einheit der Verfassung*, 1979. Zu den Problemen der Textkohärenz bei Rechtstexten vgl. aus linguistischer Sicht D. Busse, *Recht als Text*, 1992, S. 41 ff.

Es bleibt also das Auswahl- und Begrenzungsproblem. Und der Schlüssel für dessen unter rechtsstaatlichen Vorgaben annehmbare Bewältigung liegt zuallererst in seiner Anerkennung. Daraus ergeben sich dann auch die entsprechenden Begründungsanforderungen. Die einzelnen Konkretisierungsschritte, für die Auswahl und den Ausschluss von Lesarten funktionieren als Instrumente zur Überprüfung von Bedeutungshypothesen. Nicht anders im übrigen als bei der grammatischen Auslegung, mit der die systematische denn auch Hand in Hand geht. Alles in allem kann also die Systematik nie allein entscheidend sein. Konsequenterweise führt sie ins Uferlose. Sie bedarf, um Ergebnisse zu produzieren der Strukturierung durch juristische Schlußfiguren.

3. Wie funktioniert historische und genetische Auslegung?

Die genetische und historische Auslegung als Unterfälle der systematischen machen eine grundsätzliche Schwierigkeit besonders offensichtlich: die durch die Auslegungselemente herangeführten Kontexte bedürfen ihrerseits der Auslegung, so dass sich die geschilderten Probleme noch einmal potenzieren. Eine Theorie, die dagegen den Normtext als Ausdruck eines subjektiv oder objektiv bestimmten Willens begreift, muss von vornherein die sich allein schon aus der Komplexität und der inneren Widersprüchlichkeit des Entstehungsprozesses rechtlicher Regelungen ergebende Komplexität des genetischen und historischen Konkretisierungselements verfehlen. Dem steht die für einen wachen Verstand unübersehbare Tatsache entgegen, dass "die in den Materialien zu findenden Äußerungen als diskursives Netz, als *diskursive Strategie* in den Zusammenhang einer *Semantik kompetitiven Handelns* eingeordnet werden" müssen.²⁹ Für den entscheidenden Juristen stellt sich damit nicht nur die Aufgabe, den mit den jeweiligen Quellentexten eröffneten Kontext in Hinblick auf den Normtext zu beurteilen. Er muss zudem auch über seine Relevanz und Tauglichkeit als ein solcher Kontext befinden. "Die im Umkreis der 'Paktentheorie' unternommenen Versuche, Einzeläußerungen von Parlamentariern anhand der Mehrheitsregel, der Zuordnung zu Meinungsgruppen usw. zu gewichten (...), gilt es auf dem Weg über sprachtheoretische Reflexion zu entfalten."³⁰

²⁹ F. Müller, Juristische Methodik, 7. Aufl., Berlin 1997, Rn. 361.

³⁰ F. Müller, Juristische Methodik, 7. Aufl., Berlin 1997, Rn. 361.

Überblickt man die an den herkömmlichen Canones orientierten Elemente der Rechtserzeugung insgesamt, so lässt sich nicht nur für die historisch genetische Auslegung, sondern generell für eine juristischen Methodik, die den Anforderungen an die Praxis juristischer Textarbeit gerecht werden will, der folgende Leitsatz aufstellen: "Wenn sich die Fiktion eines einheitlichen Objekts des Verstehens (...) auflöst, zeigt sich als dessen eigentlicher Gegenstand der Normtext. Im Verlauf der Konkretisierung werden zu ihm Kon-Texte erschlossen, die es voneinander abzuschichten und entsprechend ihrer Nähe zum fraglichen Normtext zu gewichten gilt."³¹

4. Die juristische Fehleinschätzung der Sprache

Wenn man sich die herkömmliche Auslegungslehre vor Augen hält, dann lässt sich daraus eine Faustformel für sprachliche Fehler in der juristischen Textarbeit ableiten. Bedeutung ist für sie im Text objektiv vorgegeben, hat von selbst einen normativen Charakter und ist in atomistischer Weise dem Wort eindeutig zugeordnet. Von daher kann man immer dort einen sprachlichen Fehler der Juristen vermuten, wo hypostasierend solcherlei Bedeutungen für die Begründung ins Feld geführt werden. Konkret ist das etwa dann der Fall, wenn bei der grammatischen Auslegung lexikalische Gebrauchsbeispiele einfach behauptet oder sofort ins Normative gewendet werden. Damit wird der Rechtsfindung eine normative Begründung durch die Sprache gegeben, die diese nicht zu tragen vermag. Recht wird aus der Sprache gefolgert statt in ihr gemacht. Es wird dann aus der Sprache heraus argumentiert anstatt auf eine Bedeutungsgebung hin. Und es wird mit ihr gearbeitet statt an ihr. Die Folge ist, dass die Argumentation dann lediglich die Willkür der Setzung bemäntelt.

Paradebeispiel für unrealistische Erwartungen an die Sprache ist die Theorie vom unbestimmten Rechtsbegriff, der sich nicht von ungefähr größter Beliebtheit in den Amtsstuben der Verwaltung erfreut. Hier wird als Regel in der Sprache Bestimmtheit behauptet, wo es in Wahrheit nur um Bestimmbarkeit gehen kann. Wenn die Sprache, diese Vorgabe erwartungsgemäß nicht erfüllen kann, folgert man die einen Beurteilungsspielraum für die Verwaltung. Der Verwaltungsrichter ist damit aus dem Schneider einer von ihm zu verantwortenden Bedeutungsgebung und die Behörde frei, diesen Spielraum bar jeder gerichtlicher Kontrolle nach ihrem Gutdünken auszufüllen.

³¹ F. Müller, *Juristische Methodik*, 7. Aufl., Berlin 1997, Rn. 361.

5. Das Scheitern in der Praxis

Die Theorie sieht den Richter als Diener der Sprache. In jeder praktischen Situation muss natürlich der Richter die Rolle der Sprache als Quasisubjekt übernehmen. Der Diener souffliert den Herren. Es ist eine Doppelrolle. In jedem wirklichen Verfahren muss der Richter sich zum Herren über die Sprache machen, um seine Verständnisweise des Gesetzestextes gegen andere durchzusetzen. Die Sprachunterworfenheit ist damit nur die rhetorische Deckung, hinter der sich der Übergang zum Sprachbeherrscher ohne die Möglichkeit äußerer Kritik vollziehen kann.

Der Positivismus ist damit die Fassade einer obrigkeitsstaatlichen Jurisprudenz. Er liefert ihre Selbstdarstellung nach außen gegenüber anderen sozialen Systemen und insbesondere ihre Rechtfertigung und Immunisierung gegen Kritik. Aber für die nicht ganz reflexionsunwilligen Standesvertreter gibt es eine zweite Variante juristischer Selbstverständigung: den Dezisionismus. Das Gesetz ist für ihn bedeutungslos. Allein der Richter entscheidet, was Recht ist. Es handelt sich um die zynische, eher nach innen zu den Fachkollegen als nach außen zu den Laien gewendete Form des juristischen Bewusstseins.

Nur scheinbar sind Positivismus und Dezisionismus Gegensätze: In Wahrheit ergänzen sie sich nach dem Muster einer klassischen Zweierbeziehung. Der Positivismus verdient nach außen hin das Geld sozialer Legitimation, während der Dezisionismus in aller Stille die Entscheidungen trifft. Der Dezisionismus begleitet als dunkler Schatten des Positivismus alle seine Bewegungen und trifft hinter der rhetorischen Fassade eines reibungslosen Legitimationsmodells alle die Entscheidungen, zu denen der Positivismus nicht in der Lage ist.

Durchgehend trifft die juristische Auslegungstätigkeit auf Fragen, die nicht schon in der Sprache beantwortet sind: statt Nachvollzug von Vorentschiedenem überall nur Notwendigkeit zur Entscheidung. Es gibt in der Rechtserzeugung stets ein Moment von Entscheidung, das nicht in einer Theorie des Verstehens aufgehoben werden kann. Das theoretische Postulat einer sicheren Brücke von der Geltung zur Bedeutung funktioniert in der Praxis nicht. Auf der anderen Seite des Zeichens nach Durchbrechung der Sperre findet sich nicht das reine Signifikat. Statt der einen und einzigen Bedeutung findet man dort nur andere Signifikanten, eine widersprüchliche Vielzahl von Verwendungsweisen. Wenn der Richter also die „Sperre“ des Gesetzeswortes durchbricht, so findet er dahinter nicht *das* Recht. Er wird in das

vielstimmige „Gewimmel der Kommentare“ zur zurückgeworfen. Und er kann sich deren allenfalls durch sein Machtwort zum Recht entledigen.

Trotzdem ist der Normtext in der grammatischen Auslegung nicht den willkürlichen Launen des Richters preisgegeben. Denn der ist im Rahmen des Rechtsstaats nicht Gesetzgeber erster Stufe, der sich die Obersätze seiner Subsumtionen selbst schafft. Er ist nur Gesetzgeber zweiter Stufe, der seine Entscheidung zurückführen muss auf einen vom Parlament geschaffenen Normtext. Zurückführen heißt dabei nicht, dass die Entscheidung dem Normtext entnommen werden muss oder auch nur aus ihm herausgelesen werden könnte. Der Normtext ist nicht der große Behälter für kleine Entscheidungen. Der Gesetzgeber kann nicht einzelne Fälle vorwegnehmen und deren Entscheidung mit einem Stück Text determinieren. Zurückführen heißt vielmehr, dass sich der Richter im Rahmen einer durch Verfassung und Wissenschaft definierten Argumentationskultur vom Normtext irritieren lässt. Denn man kann im Rahmen einer solchen Argumentationskultur dem Normtext nicht jede beliebige Entscheidung zu rechnen.

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

IV. Ansätze zu einer realistischen Theorie der Praxis

In der Praxis entziehen sich die sprachlichen Bedingungen den Vorgaben der juristischen Bedeutungsspekulation. Das tatsächliche Vorgehen der Praxis ist viel komplexer als die einlinigen Konstruktionen der klassischen Lehre. Wenn man die Entscheidungssammlung eines beliebigen Gerichts betrachtet, dann fällt auf, dass den einzelnen Entscheidungen Leitsätze sei es vorangestellt, sei es in zentraler Position der Begründungstexte eingeschrieben sind. Unter diese Leitsätze, nicht etwa unter den Normtext selbst, wird der zu entscheidende Fall subsumiert. Zwar sind die Leitsätze ihrerseits mit dem Normtext verknüpft, aber nicht im Weg einer Subsumtionslogik, sondern über die

Standards einer bestimmten Argumentationskultur. Man müsste also bei realistischer Betrachtung sagen, dass der Normtext mit einer Vielzahl von Rechtsnormen verbunden wird und nicht etwa nur eine „enthält“. Wenn der Positivismus statt dessen eine Eins-zu-eins-Beziehung zwischen Zeichen und Bedeutung, bzw. Gesetzestext und Rechtsnorm unterstellt, übersieht er nicht nur auf der rechtstheoretischen Ebene die Vielzahl von fallentscheidenden Leitsätzen. Vielmehr beachtet er auch auf der sprachtheoretischen Ebene nicht, dass man mit einer Textinterpretation nicht etwa die reine Bedeutung an die Stelle des Zeichens setzt, sondern nur eine Zeichenkette an die Stelle einer anderen. Sobald man die sprachtheoretisch / rechtsnormtheoretische Vorentscheidung als den blinden Fleck des Positivismus einer Befragung unterzieht, fällt der gesicherte Ursprung weg, der die Kontinuität der dogmatischen Ableitungen und die Homogenität des juristischen Diskurses gewährleisten sollte. Es wird vielmehr deutlich, dass jede Entscheidung den Normtext einem neuen Kontext aufpropft³², welcher bei Erlass des Textes nicht vorhersehbar war.

Unveränderlich vorgegeben ist der Konkretisierung nur der Normtext als Zeichenkette. Die Rechtsnorm als tragender Leitsatz der Entscheidung muss demgegenüber in einem von rechtsstaatlichen Anforderungen her strukturierten Vorgang erst erzeugt werden. Diese Neuformulierung des Problems erlaubt es Geltung und Bedeutung eines Normtextes zu unterscheiden. Wir wissen am Beginn der Konkretisierung, dass der Normtext etwas bedeutet. Darin liegt seine Geltung. Wir wissen aber vor seiner methodengerechten Verarbeitung nicht, was er bedeutet. Denn diese Bedeutung des Normtextes wird als Rechtsnorm erst von den Gerichten und gerade nicht vom Gesetzgeber erzeugt. Die Rechtsnorm ist in dem Zeitpunkt, da ein Jurist mit der Prüfung eines Sachverhalts beginnt, nicht nur deshalb und insoweit unfertig, als sich „ihr Sinn“ dann jeweils erst „in der Konkretisierung vollendet“. Das ist die unzulängliche Problemformulierung der Hermeneutik. Sie ist vielmehr, genau gesagt, in Bezug auf diesen Fall und in dieser Phase der Entscheidung noch nicht vorhanden. Denn der Normgeber hat, realistisch gesehen, nicht Normen gegeben, sondern nur Vorläufer, Eingangsdaten; der Gesetzgeber nur Normtexte, nicht bereits selbst normativ wirkende Größen.

³² Vgl. zu diesem Begriff *Derrida*, *Signatur, Ereignis, Kontext*, in *ders.*, *Randgänge der Philosophie*, 1976, S. 124 ff, 136.

1. Gegenstand der Auslegung ist der Bedeutungskonflikt

Als Gegenstand juristischer Textarbeit kommt somit nicht die Bedeutung in Betracht. Sie steht erst am Ende juristischer Arbeit und ist gerade keine Voraussetzung. Gegenstand ist vielmehr das Textformular, die bloße Zeichenkette.

Wenn hier die Zeichenkette noch ohne sprachliche Bedeutung als Gegenstand der Rechtsarbeit ausgegeben wird, ist damit natürlich nicht gesagt, dass dem vom Gesetzgeber geschaffenen Normtext keinerlei sprachliche Bedeutung zukäme. Das wäre nicht nur *contraintuitiv*, sondern man könnte dann die Zeichenketten des Rechts gar nicht als solche erkennen.³³ Normtexte sind keine bedeutungsleeren Zeichen. Ganz im Gegenteil! Normtexte haben in der Situation juristischer Entscheidung eher zu viel als zu wenig Bedeutung. Mit dem Normtext als Zeichenkette wird eine große Anzahl von Verwendungsweisen verknüpft, die der Text in die Entscheidungssituation mitbringt. Jeder der beiden streitenden Parteien hat eine sehr spezifische Vorstellung davon, was der fragliche Normtext für ihr Regelungsproblem „sagt“ oder „bedeutet“. Es gibt außerdem meist eine Vielzahl dogmatischer Bedeutungserklärung in der Literatur und eine gewisse Anzahl gerichtlicher Vorentscheidungen. Dazu kommen die mitgebrachten Verwendungsweisen aus der Rechtstradition, der Entstehungsgeschichte, der „Alltagssprache“ und der juristischen Fachsprache. Dieses Überangebot an Bedeutung wird aber in der juristischen Arbeit zunächst eingeklammert. Aus dem Gesetz als Sprachform wird ein Medium gemacht. Das heißt, die von den Parteien und anderen vorgetragenen festen Kopplungen³⁴ zwischen Zeichen und Bedeutung bzw. Textformular und Textbedeutung werden zurückgestellt. Die Kopplung wird gelöst und es entsteht ein Kopplungspotential. Die praktische Rechtsarbeit erstellt dann mit Hilfe der methodischen Instrumente aus der losen Kopplung wieder eine feste Form der Rechtssprache und muss ihr Ergebnis dann an normativen Vorgaben und sprachlichen Anschlußzwängen legitimieren.

Der Zug der Einklammerung vorgefundener oder mitgebrachter Bedeutungen ist für den entscheidenden Juristen unvermeidbar. Denn

³³ A. Somek, Der Gegenstand der Rechtserkenntnis, Baden-Baden 1996, S. 59 Fußnote 284 und *ders.*, *N. Forgo*, Nachpositivistisches Rechtsdenken, Wien 1996, S.36.

³⁴ Diesen von *Fritz Haider* in der Wahrnehmungspsychologie entwickelten Begriff verwendet *Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, Frankfurt/M. 1989, S. 196, 198 ff, 111 f und öfter. Vgl. auch *D. Krause*, Luhmann-Lexikon, Stuttgart 1996, S. 124.

die mitgebrachten Verwendungsweisen nicht nur der Parteien, sondern auch der Gerichte und der Literatur schließen sich gegenseitig aus. Mitgebracht vom Normtext in die Entscheidungssituation wird also nicht „die Bedeutung“, sondern der Konflikt um die Bedeutung. Genau diesen Konflikt um die sprachliche Bedeutung muss der Richter am praktischen Fall entscheiden.

2. Das Ziel der Auslegung ergibt sich aus den methodenbezogenen Normen der Verfassung

Der heutige Ansatz der Textwissenschaft liegt nicht beim Autor oder einer vorgegebenen Bedeutung, sondern beim Leser. Die Bezeichnungen dafür sind verschieden: Rezeptionsästhetik, reader orientated criticism oder Konstruktivismus. Man kommt damit auf eine Wahrheit zurück, die schon Lichtenberg formulierte, wenn er das Lesen als Picknick bezeichnete, zu dem der Autor die Wörter und der Leser die Bedeutung beisteuern. Wenn man so den Vorgang des Lesens ins Zentrum rückt, heißt das natürlich nicht, dass Autor und Text verschwinden. Sie treten nur zurück als Ursprung bzw. Gegenstand der Bindung des Lesers. Sie tauchen aber wieder auf als Widerstände für die Konstruktionen des Lesers. Denn der Leser ist bei der Konstruktion der Bedeutung nicht frei. Er wird formiert in seiner Lesetechnik durch Ausbildung und jeweilige Kultur. Mitreden über die Bedeutung darf er erst als "projektierter Leser", "informierter Leser", "Modell-Leser", "Superleser" usw. Der juristische Leser wird formiert durch Ausbildung und Prüfungsdruck. So wie man die professionellen Standards des Verbrechens erst im Strafvollzug lernt, so lernt man als Jurist die professionellen Standards des Lesens im Sprachvollzug beim Repetitor. Erst durch die Sprachdressur in der Ausbildung ist es möglich, dass sich die Konstruktionen juristischer Leser überschneiden oder ähneln. Sie erinnern die Situation beim Repetitor: Auf die Frage nach der Abgrenzung von Anscheinsgefahr, Putativgefahr und Gefahrenverdacht musste man die richtige Antwort geben, sonst landete man schnell in der Kategorie Looser der Woche.

Das Ziel der Auslegung eine Hierarchie herzustellen zwischen heiligem Text und abgeleitetem Text lässt sich also nur durch eine Formierung des Lesers erreichen. Wie diese Formation des Lesers aussehen soll, hängt natürlich davon ab, was man vom Leser bzw. Juristen erwartet.

Vorhersehbare Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit sind die Extrempunkte des möglichen Erwartungshorizonts. Aber die Einlö-

sung dieser Ziele hängt nicht nur davon ab, was politisch und sozial möglich ist, sondern auch davon, was die Struktur der Sprache als Medium des Rechts zulässt. In den damit angedeuteten Grenzen sind Methodenfragen politisch rechtlicher Entscheidung zugänglich. Eine Rechtsordnung kann also etwa in ihrer Verfassung Regeln formulieren, welche der Textarbeit der Gerichte Ziele vorgeben und somit ihre eigene Anwendung mitbestimmen. Eine starke Betonung der Rechtssicherheit würde etwa methodisch einlösbar durch eine Privilegierung von Wortlaut und Systematik. Natürlich mit dem Risiko von Formalismus und Versteinerung. Eine Hervorhebung der Einzelfallgerechtigkeit lässt sich etwa durch besonderes Schwergewicht auf Zweckargumente einlösen. Natürlich mit dem Risiko mangelnder Vorhersehbarkeit und Steuerungskraft des Rechts.

Es gab schon viele Versuche mit Hilfe spezieller normativer Regeln im Rahmen eines Gesetzes dessen Anwendung mitzubestimmen. Einige davon sind kläglich gescheitert. Andere waren ausgesprochen erfolgreich.

Gescheitert sind solche Versuche dann, wenn sie versucht haben die Anwendung des Rechts von vornherein festzulegen, etwa durch Auslegungsverbote. Damit wird etwas verlangt, was an der Sprache als Medium des Rechts scheitern muss. Zwar haben wir uns mittlerweile daran gewöhnt, die Welt nur noch als widerstandsloses Durchzugsgebiet für die Wünsche des Marktes zu begreifen. Aber manchmal stoßen unsere Wünsche auf so etwas wie eine Natur der Sache. Jede Anwendung einer Regel pflöpft diese auf einen neuen Kontext auf und verschiebt sie damit wenigstens minimal. Ein Verbot der Auslegung könnte also nur erfolgreich sein als Verbot der Anwendung eines Gesetzes. Und selbst bei diesem Verbot müssten wir wahrscheinlich bald über Ausnahmen nachdenken.

Normative Auslegungsregeln scheitern also dann, wenn sie von Sprache und Anwender zu viel verlangen. Sie sind aber ausgesprochen erfolgreich, wenn sie durch Festlegung erreichbarer Ziele dem Anwender ein offenes Orientierungsprogramm bieten. Ein solches Erfolgsmodell stellen die methodenbezogenen Normen aus dem Umkreis des Rechtsstaatsprinzips dar. Von den Gerichten wird eine stabile und voraussehbare Rechtsanwendung verlangt. Hier liegt der Schwerpunkt. Aber um die Gefahr der Versteinerung auszuschließen, liegt ein gewisses, wenn auch kleineres Gegengewicht in dem Erfordernis der Einzelfallgerechtigkeit. Diese grundlegende Vorgabe wird ergänzt durch eine Vielzahl flankierender Einzelregelungen, wie etwa die Garantie effektiven Rechtsschutzes, die Begründungspflicht der

Gerichte, die Garantie rechtlichen Gehörs usw. Dieser Komplex methodenbezogener Normen des Verfassungsrechts, hat sich gerade in der Tradition der Staaten bewährt, welche die Europäische Gemeinschaft bilden.

Wenn man also die Fiktion einer Bindung des Richters an die objektive Bedeutung des Textes aufgibt, folgt daraus nicht Regellosigkeit. Vielmehr treten an die Stelle fiktiver Bindungen wirkliche Bindungen.

Als aus dem Rechtsstaatsprinzip und anderen methodenbezogenen Normen abgeleitete Forderungen nach Kontrollierbarkeit und Nachvollziehbarkeit juristischen Handelns beziehen sich diese Bindungen auf den mit der Formulierung von Sprachregeln verknüpften Prozess der Sprachnormierung. Die Notwendigkeit der Sprachnormierung, welche sich daraus ergibt, dass die Sprachregeln nicht handhabbare Vorgegebenheiten sind, setzt auch die Möglichkeit einer Sprachkritik als metakommunikative Auseinandersetzung über die Sprachnorm. Wenn Kommunikation kein durch vorgegebene Regeln automatisierter Vorgang ist, sondern Raum für sinnkonstitutive Akte enthält, dann beinhaltet sie auch die Möglichkeit einer kommunikativen Ethik³⁵, die diese gestalterischen Eingriffe zwar nicht, wie die Theorie der kommunikativen Kompetenz annimmt, einer vollständigen Steuerung unterwirft, aber doch kritisierbar macht. Die linguistische Diskussion kann somit jedenfalls die strukturelle Möglichkeit von Bindungen beim Prozess der Regelerzeugung dartun, indem sie auf die Sprachreflexionen als Ermöglichungsbedingung für die Entwicklung einer kommunikativen Ethik hinweist. Das Rechtsstaatsprinzip mit seinen Anforderungen an die Begründung juristischer Entscheidungen kann insoweit als ein kodifizierter Sonderfall kommunikativer Ethik angesehen werden. Es kodifiziert eine bestimmte Kultur des Streitens, welche als Auseinandersetzung über sprachliche Normierung auch im alltäglichen Handeln vorkommt, im juristischen Bereich aber durch Rechtsprechung und Lehre eine spezifische Ausprägung erfahren hat. Zur Konkretisierung seiner Maßstäblichkeit muss der Ist-Zustand der praktischen Rechtsarbeit an seinen Soll-Maßstäben gemessen werden und dort, wo erforderlich, zu begrifflich verallgemeinerungsfähigen Strukturen fortentwickelt werden.

Der Ansatzpunkt ist somit ein sprachspiel-immanenter. Man darf im Unterschied zur rein deskriptiven Argumentationstheorie weder auf

³⁵ Vgl. zum Begriff einer kommunikativen Ethik: *Heringer*, Sprachkritik — Die Fortsetzung der Politik mit besseren Mitteln, in: *ders.*, (Hrsg.), Holzfeuer im hölzernen Ofen, 1982, S. 3 ff., 27 ff. Grundsätzlich auch zu Konversationsmaximen: *Grice*, Logik und Konversation, in: *Meggler* (Hrsg.), Handlung, Kommunikation, Bedeutung, 1979, S. 243 ff.

einen kritischen Maßstab vollständig verzichten, noch im Sinne der Theorie des praktischen Diskurses einen philosophischen Rationalitätsmaßstab auf den Gegenstandsbereich des Rechts anwenden. Entgegen solchen Übertragungen von notwendig deduktiver Form liegt die Chance der Rechtstheorie darin, induktiv bei den praktischen Problemen anzusetzen.

3. Die Mittel der Auslegung

Ein Bedeutungskonflikt wird entschieden, indem man das fragliche Zeichen kontextualisiert. Die Gerichte bestimmen die Bedeutung eines Gesetzestextes, indem sie andere Texte zur Bestätigung oder Abgrenzung heranziehen. Diese Kontexte werden erschlossen durch die sogenannten canones der Auslegung. Die grammatische Auslegung erschließt den Kontext des Fachsprachgebrauchs bzw. der Varianten der Alltagssprache. Die systematische Auslegung erschließt den Kontext des Gesetzes bzw. der Rechtsordnung als Ganzes. Die historische Auslegung erbringt den Kontext früherer Normtexte und die genetische den der Gesetzesmaterialien. Das sind die klassischen canones von Savigny.

Ein weiterer Kontext für die Entscheidung ist die Wirklichkeit. Aber weil keiner einen privilegierten Zugang zur Realität hat, formuliert man besser: die Nachbarwissenschaften wie Soziologie, Psychologie, Ökonomie usw. Der Name für diesen Kontextlieferanten wechselt. Früher sprach man von der Natur der Sache oder von natürlichen Ordnungen. Das Bundesverfassungsgericht spricht neuerdings von Normbereichselementen.

Neben diese einfachen Elemente, deren Leistung nur eben darin besteht, Kontexte zu erschließen, treten die zusammengesetzten Argumentformen wie z.B. die teleologische Auslegung und die verschiedenen Schlußformen.

Diese Mittel der Auslegung sind weder von der Sprache noch von der Natur des Verstehens her vorgegeben. Trotzdem ist auffällig, dass z.B. Wortlaut, Entstehung, Systematik und Zweckargument in ganz verschiedenen Rechtstraditionen und von ganz verschiedenen Gerichten durchgängig verwendet werden. Der sachliche Grund für diese Ähnlichkeit dürfte wohl in der holistischen Struktur sprachlicher Bedeutung liegen.³⁶ Danach lässt sich die Bedeutung eines Textes nur

³⁶ Die holistische Struktur von Bedeutung wurde in der postanalytischen Philosophie vor allem von *Davidson* und *Rorty* herausgearbeitet. Vgl. als gut verständliche Darstellung: *V. Mayer*, Semantischer Holismus. Eine Einführung, Berlin

in der entwicklungs-offenen Gesamtheit einer Sprache bestimmen. Diese Erkenntnis ist sozusagen der Konvergenzpunkt so unterschiedlicher Entwicklungen wie der angelsächsischen postanalytischen Philosophie, der in Frankreich unter dem Stichwort Dekonstruktion entwickelten Strukturalismuskritik und der in Deutschland unter Berufung auf die Humboldt-Tradition vollzogenen pragmatischen Wende in der Sprachwissenschaft. Aber wenn Bedeutung eine holistische Größe ist und man über den Konflikt verschiedener Lesarten entscheiden muss, ist das Ganze gerade nicht verfügbar. Das heißt, man muss die Kontexte schrittweise arbeiten, ohne sich die Illusion machen zu können, damit das Ganze restlos im Griff zu haben. Die Formen dieses schrittweisen Erschließens von Bedeutung haben sich dann historisch herausgebildet und stabilisiert in den heutigen canones der Auslegung.

V. **Wirkliche Bindungen juristischer Spracharbeit**

Die von der Praxis entwickelten Argumentationsfiguren müssen eingefügt werden in eine Argumentationstheorie welche die Vorgaben des Rechtsstaatsprinzips einlösbar macht im Medium der vom Richter geforderten Begründung. Ansätze dazu sollen im Folgenden dargestellt werden.

1. **Was heißt Gesetzesbindung?**

Die Rechtsprechung ist durch die Verfassung an Recht und Gesetz gebunden. Und der Artikel 97 I des Grundgesetzes setzt noch einmal ausdrücklich den Richter von allen Abhängigkeiten und Bindungen frei außer der einen und entscheidenden: "Dem Gesetz unterworfen" zu sein. Was aber kann Gesetzesbindung noch heißen, wenn realiter die Erzeugung von Recht nur in den Händen des Juristen liegen kann?

Die praktischen Schwierigkeiten und Aporien, in die das positivistische Modell eines im Gesetz gegebenen Rechts führt werden gewöhnlich gegen ersteres zugunsten einer Freisetzung des Richters vom Gesetz überspielt. Mit einem halbherzigen Bedauern wird dies dadurch gerechtfertigt, dass man ansonsten wohl kaum der gleich-

falls verfassungsmäßig gebotenen Pflicht zur Entscheidungsfindung nicht nachkommen könne. Es wird ein ganzes Arsenal von Formeln und Figuren, von der "Lückenfüllung", über die Auslegung "intra ius contra legem" bis hin zum "Richterrecht", die bei Licht besehen lediglich überspielen, dass die Gesetzesbindung so zur rhetorischen Fassade gerät.

Die Entgegensetzung von Recht und Gesetz wurzelt in einem einseitigen Verständnis des Begriffs der Gesetzesbindung, dessen Zwangsläufigkeit sich schon sprachlich leicht als Schein entlarven lässt. Löst man das Nominalkompositum "Gesetzesbindung" auf, so zeigt sich eine Ambivalenz, die die tatsächliche Alternative zweier grundsätzlicher Betrachtungsweisen zutage fördert. Das Postulat der Gesetzesbindung kann nämlich einmal verstanden werden als eine Bindung "durch" das Gesetz. Dies zieht eine Auffassung von "Gesetz" nach sich, die ihm einen objektiven Inhalt zumessen muss. Nur so wäre es möglich, irgendeine Bindungswirkung vom Normtext auf den Richter ausgehen zu lassen. Gesetzesbindung hieße dann zu erkennen und nachzuvollziehen, was das Gesetz an Recht als seine objektive Bedeutung enthält und somit vorgibt. "Bindung" wird damit zu einer geheimnisvollen, dem geisterhaften Wirken toter Materie zugesprochenen Kraft einer über die richtige Erkenntnis der Gesetzesbedeutung vermittelten Determination.

An der Frage, worin diese Bedeutung dann im einzelnen besteht scheiden sich die beiden Varianten dieser Zugangsweise. Das Ursprungsmodell will in ihm den Ausdruck eines gesetzgeberischen Willens sehen, während das Gegenstandsmodell diese Bedeutung allein in ihrer Verkörperung durch den Gesetzestext selbst sieht.

Diesem Verständnis von "Gesetzesbindung" lässt sich ein anderes entgegensetzen, das in seinen Konsequenzen auch den praktischen Anforderungen an die juristische Textarbeit gerecht wird: Die Bindung "an" das Gesetz. Diese Auffassung geht von dem mit dem Gesetz tatsächlich und konkret gegebenen aus. Sie bezieht die Bindung auf den bloßen Wortlaut des Gesetzes als einer Zeichenfolge, also, wenn man so will, ganz buchstäblich auf dessen Buchstaben. Entsprechend handfest praktisch und vor allem auch überprüfbar ist der Sinn, den dann die Rede von der "Bindung" annehmen kann. Gegenstand der Bindung ist die Zeichenfolge des Normtextes. Mittel der Bindung sind die verfassungsrechtlich begründeten Standards einer praktischen Bedeutungskonstitution. Das Ausmaß der Bindung ist von daher auch nicht mehr eine geisterhaft unterstellte Determination, son-

dem die relative Plausibilität der Rechtserzeugung im Rahmen der juristischen Argumentationskultur.

Zusammengenommen macht dies das Konstruktionsmodell der Gesetzesbindung aus, das den tatsächlichen Verhältnissen juristischen Handelns gerecht zu werden vermag: Die Gesetzesbindung ist dem Richter unter dem normativen Druck einer Forderung abverlangt, die zurückzuweisen ihn seine Identität als Rechtsarbeiter kostet. Er kann sich der Bindung seiner Textarbeit an das Gesetz nur unter dem Preis seiner Rolle entziehen, um den Preis *seines* 'Rechts auf Recht'. Er muss sich also immer an der Elle des Normtextes messen lassen. Er muss seine Semantisierung des Normtextes dadurch ausweisen, dass er mit der von ihm für den Fall zu bildenden Entscheidungsnorm nur über das Recht entscheidet, das mit der Rückbindung an das Gesetz vom amtlichen Wortlaut vorbedeutet ist. Das heißt allerdings zugleich nicht mehr, als dass er immer nachweislich nichts anderes tut, als mit dem Gesetzestext zu arbeiten. Damit tritt auch an Stelle eines ominösen Willen des Gesetzgebers auf Seiten des Richters ein "Wille zum Gesetz", der die Bindung dort verortet, wo sie realiter ihren Sitz hat: Beim Subjekt, das diese Bindung eingeht und einzugehen hat.

2. Was heißt Begründungspflicht?

Die Notwendigkeit einer Begründung von Gerichtsurteilen ergibt sich in der deutschen Verfassung aus dem Rechtsstaatsprinzip und im Gemeinschaftsrecht, bzw. internationalen Recht schon aus dem Grundsatz einer geordneten Rechtspflege.³⁷ Was von einer Begründung verlangt werden muss, wird definiert durch die praktische Entwicklung der jeweiligen Rechtskultur. Allerdings steckt darin auch ein prinzipielles Problem. Was kann man von einer Begründung verlangen?

In Betracht käme Akzeptanz. Man könnte solange begründen, bis noch der letzte einverstanden wäre. Das mag im Freundeskreis vorkommen, im Rechtssystem nicht. Seine Funktion ist eine Entscheidung zu treffen, dort wo gemeinsame Akzeptanz aller Beteiligten gerade nicht mehr möglich ist. Wenn Annahme durch die Betroffene als wirkliche oder psychologische Größe damit gerade nicht in Betracht kommt, was kann man dann eine gute Begründung nennen?

³⁷ Vgl. dazu neuerdings wieder : Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte in NJW 1999, S. 2429.

Man könnte daran denken, die Akzeptanz zu idealisieren. Eine Begründung ist gut, wenn man sie in einer idealen Sprechsituation anerkennen müsste. Aber dieser Weg ist nicht gangbar. Denn entweder man lässt die ideale Sprechsituation undefiniert. Dann weiß niemand, wann eine Begründung gut ist. Oder man definiert die Regeln für die Konstitution dieser idealer Situation. Dann hat man aber zwei Folgeprobleme: Erstens erkennt man sofort, dass die Situation des Rechts gerade nicht die des herrschaftsfreien idealen Sprechens ist. Man muss dann zu allen möglichen Hilfsregeln greifen, die das Problem nur verschieben. Wichtiger ist aber die zweite Klippe. Sobald man die Regeln des herrschaftsfreien Sprechens definiert, ist der, der sie nicht erfüllt nicht mehr in der Vernunft. Statt Herrschaftsfreiheit zu erzeugen, hat man die Menschen eingeteilt in rationale Subjekte und therapiebedürftige Objekte.

An die Stelle der Akzeptanz muss man deswegen die Geltung einer Argumentation setzen. Eine Begründung ist gut, wenn sie gilt. Was heißt nun Geltung einer Argumentation.

Argumentation ist eine Sequenz von Sprechakten, die man einteilen kann in Behauptung, Begründung und Widerlegung. Ein Vorgang also, den man aus jedem juristischen Prozess kennt. Die Begründung eines Urteils soll das Ergebnis dieses Prozesses darstellen. Es gibt innerhalb der Jurisprudenz vor allem im Bereich der Rechtsmittelverfahren eine große Menge impliziten Wissens darüber, wann eine juristische Begründung gültig ist. Um dieses implizite Wissen theoretisch erfassen zu können, bedarf es wiederum eines Blickes von außen. Nützlich ist hier die Hilfe der philosophischen Argumentationstheorie.

Die Argumentationstheorie entwickelt sich in der Philosophie von einem Spezialgebiet zu einer zentralen Bedingung für zukünftiges philosophisches Weiterdenken. Die philosophische und wissenschaftstheoretische Entwicklung führt von ganz verschiedenen Voraussetzungen aus zu dem Ergebnis, dass die Rationalität einer Argumentation nicht von außen begründet werden kann. Denn für eine Letztbegründung fehlt uns ein der Argumentation entzogener Archimedischer Punkt. Die Praxis des Argumentierens ist damit die einzige Instanz möglicher Verbindlichkeit. Das heißt aber nicht, dass die Philosophie vor der faktischen Argumentation kapitulieren müsste. Vielmehr muss sie ihr Vorgehen ändern. Statt in einer Missionarsstellung Rationalität von oben überzustülpen, muss sie von innen her im prinzipiell un abgeschlossenen Prozess der Argumentation mitarbeiten. Die Philoso-

phie wird damit als Argumentationstheorie zur reflexiven Aufstufung der Praxis.

Die Bandbreite philosophischer Argumentationstheorie reicht von rein empirischen Analysen über rhetorischen Untersuchungen der argumentativen Wirkmechanismen bis zu normativ ausgerichteten Versuchen einen Regelkanon des Argumentierens zu erarbeiten. Das Problem dieser Entwicklung liegt darin, dass die von der Argumentationstheorie vorgeschlagenen Unterscheidungen nicht anders als argumentativ entwickelt werden können. Objekt- und Metaebene sind von Anfang an kontaminiert. Deswegen kann auch der Anfang der Argumentationstheorie nicht oberhalb praktischen Streitens liegen, sondern nur inmitten der Argumentation. Und diesen Entwicklung vollzieht sich nicht einfach in der Philosophie, sondern in jeder Argumentation, die sich selbst zum Thema macht. Argumentationstheorie im Recht ist deswegen nicht denkbar von außen, vom Feldherrnhügel der Philosophie aus. Sondern nur von innen, als mitarbeitende Reflexion.

Wenn die philosophische Argumentationstheorie diese mitarbeitende Reflexion am Beispiel der Begründung von Rechtsentscheidungen vollzieht, ergibt sich folgendes: Der Prozess wird ausgelöst durch die Rechtsmeinung der Parteien, die sich natürlich gegenseitig ausschließen. Durch das gerichtliche Verfahren werden die Parteien zu einer Distanzierung von diesen Meinungen gezwungen, indem sie ihre Anträge begründen müssen. Mit der Formulierung der Schriftsätze, mit der Einschaltung eines professionellen Juristen wird die Rechtsmeinung bis zu einem gewissen Grad schon der Probe unterzogen, ob sie auch für sich betrachtet, unabhängig von der Person des Klägers oder des Beklagten, Bestand haben kann. Schon damit ist der erste Schritt vom Meinungskampf zum semantischen Kampf um Gesetzestexte vollzogen und es beginnt damit der Prozess der Argumentation. Diese Argumentation im Prozess hat, wenn man juristischer Erfahrung und philosophischer Analyse folgt, eine retroreflexive Struktur. Das heißt, der Begründungszusammenhang einer Rechtsmeinung wirkt auf die Voraussetzungen, die in diese Begründung eingehen, zurück. Es handelt sich hier um eine Rückkopplungsschleife, die sich aus der Dynamik der Argumentation ergibt. Weil der Prozess widerstreitende Rechtsmeinungen klärt und zur Entscheidung bringt, steht nicht von vornherein fest, welche Annahmen als sicher in Anspruch genommen werden können. Erst im semantischen Kampf oder Argumentationsprozess selbst, wenn die Geltung der zur Anspruchs begründung herangezogenen Rechtsmeinungen untersucht wird, kann

die Bedeutung einzelner Elemente der Argumentation sichtbar werden. Diese entfaltet sich erst in der Beziehung des einzelnen Elements zu den anderen Elementen und wird vom streitigen Fortgang des Gesamtprozesses geformt. Der nächste Schritt kann dabei die vorherigen Schritte beeinflussen und zu ihrer Revision führen. Es wird also im Rechtsstreit die ursprüngliche Rechtsmeinung aufgrund der vorgebrachten Einwände und Widerlegungen beständig reformuliert, was wiederum zu einer Veränderung der Gegenargumente führen kann.

Dieser retroreflexive Prozess der Argumentation kann idealerweise solange weitergehen, bis eine gültige Version der streitigen Rechtsmeinung erreicht ist. Dann müssen die Prozessbeteiligten eine entsprechende theoretische Basis verfügbar machen und alle Einwände ihres Prozessgegners ausräumen, bzw. so reformulieren, dass sie in die Begründung der eigenen Rechtsmeinung integriert werden können. Mit diesem Status der Einwandfreiheit ist im Ergebnis eine gültige These erreicht³⁸, bzw. der Streit der Rechtsmeinungen richtig entschieden.

Dieses Ergebnis muss in der Begründung des Urteils dargestellt werden. Die Begründung ist damit nicht an der Akzeptanz der Beteiligten orientiert, dem bloßen Meinungsstand. Sie ist vielmehr orientiert am Stand der Argumente, das heißt, der Geltung. Geltung ist Einwandfreiheit. Wenn und solange eine Rechtsentscheidung alle gegen sie vorgebrachten Argumente integriert oder ausräumt, ist sie gültig.

3. Wann ist eine Interpretation besser?

Eine Interpretation ist besser, wenn sie die von der Zeichenkette und dem mitgebrachten Bedeutungskonflikt bereitgestellten Anschlussmöglichkeiten für die Argumentation effektiver nutzt. Argumentativ effektiver heißt, dass sie die Einwände, bzw. Widerlegungen des Gegners entweder in die eigene Argumentation integrieren oder ausräumen kann. Wie macht man das?

Was als Widerlegung gilt und wie man eine solche ausräumt, bzw. integriert, darüber gibt es im juristischen Bereich sehr viel implizites Wissen. Formuliert wird dieses von der Disziplin der juristischen Methodik. Danach gibt es für die Entscheidung des Konflikts von Argu-

³⁸ Vgl. zu diesem Kriterium des Geltung von Argumentation *H. Wohlrapp*, Die diskursive Tendenz, in: *ders.* (Hrsg.), *Wege der Argumentationsforschung*, 1995, S. 395 ff., 400; sowie *G.-L. Lueken*, *Konsens, Widerstreit und Entscheidung*, in: *ebd.*, S. 358 ff., 378.

menten in der Praxis der Gerichte Ansätze, die zwar noch einer Strukturierung bedürfen, aber im Prinzip in die richtige Richtung weisen. Zu denken ist hier an die vom Bundesverfassungsgericht unter dem missverständlichen Titel "objektive Auslegungslehre" eingeführte Regel für die Vorzugswürdigkeit von Argumenten. Danach soll im Konfliktfall die historische und genetische Auslegung hinter der grammatischen, bzw. systematischen Auslegung zurücktreten. Denn letztere stünden näher am Normtext und erlaubten auch den Normunterworfenen eine bessere Orientierung.

Wenn man an diese schon praktizierten Kriterien anknüpft, ergibt sich im Falle von Konflikt, bzw. Widerlegung die Notwendigkeit einer doppelten Bewertung. Erstens sind die Argumente normstrukturell oder abstrakt zu bewerten. Zweitens müssen die Argumente konkret nach ihrer Intensität oder Schwere eingeordnet werden. Normstrukturell ist das Gewicht eines Arguments umso größer, je näher es am Normtext steht. Das heißt, textbezogene Argumente schlagen Normbereichsargumente aus dem Feld, und diese wiederum bloß rechtspolitische Bewertungen usw. Neben diese Einordnung des Arguments in die Normstruktur als direkt textbezogen, indirekt textbezogen und normgelöst³⁹, muss eine konkrete Bewertung treten. Diese lässt sich aber nur schwer vom jeweiligen Fall abheben. Als Unterscheidungen bieten sich an Möglichkeit, Plausibilität und Evidenz.⁴⁰ Möglich ist dabei ein Argument, wenn es nicht von vornherein ausgeschlossen ist. Plausibel heißt, dass das Argument überzeugend ist, aber Alternativen denkbar sind. Evident ist ein Argument, wenn im Moment gar keine Alternativen denkbar sind.

³⁹ Zu dieser Unterscheidung *F. Müller*, *Juristische Methodik*, 7. Aufl., Berlin 1997.

⁴⁰ *N. Luhmann*, *Gesellschaftsstruktur und Semantik*, Frankfurt/M. 1993, S. 119, 163 f., 201 f., 204 f.