



This text is a preprint of:

Ralph Christensen/Hans Kudlich, Gesetzesbindung: Vom vertikalen zum horizontalen Verständnis, Duncker & Humblot, Berlin 2008, 254 S.

All rights reserved.

This pdf document provided by SOULL can be cited as:

Christensen, Ralph/Kudlich, Hans (2008): "Gesetzesbindung: Vom vertikalen zum horizontalen Verständnis" In: SOULL – Sources of Language and Law, <https://legal-linguistics.net> (originally published in: Duncker & Humblot, Berlin (2008): 254. S.)

Gesetzesbindung:

Vom vertikalen zum horizontalen Verständnis

Von

Ralph Christensen

Hans Kudlich

V o r w o r t

Die Struktur juristischen Handelns im Alltag zu erklären, zielt auf etwas Gewöhnliches. Man will nicht hinter dem Alltagsgeschäft etwas Unerhörtes aufdecken, wie etwa den Feind, die Gewalt oder eine Paradoxie. Aber es mag sich zeigen, dass das Triviale doch sehr komplex ist. Vielleicht findet sich das Unerhörte nicht auf der Wesensebene hinter dem Recht, sondern mitten im Alltagsgeschäft. Dies zu beantworten, ist die Aufgabe einer Theorie der Praxis. Sie muss untersuchen, inwieweit die von der Politik in der Verfassung festgeschriebenen Vorgaben in der Praxis des Rechts auch eingelöst werden. Und eine ganz zentrale dieser Vorgaben ist im Staat des Grundgesetzes die Gesetzesbindung, die zentral in Art. 97 I, 103 II GG angesprochen ist, in ihrer Bedeutung und auch ihrer verfassungsrechtlichen Rückkoppelung aber noch weit darüber hinaus geht.

Natürlich werden diese Vorgaben im Rechtssystem entsprechend seiner Eigenlogik verarbeitet. Recht und Politik sind eben strukturell gekoppelt. Allerdings bleibt ein politisches Moment im Recht erhalten. Es zeigt sich immer dort, wo die Schließung der Selbstreferenz im Rechtssystem scheitert. In der Praxis wird dieses Scheitern dadurch verborgen, dass man den Methoden juristischer Textverarbeitung Leistungen unterstellt, die sie gar nicht erbringen können. Es ist vor allem die Sprache, der man die Last auferlegt, verkürzt verstandene

rechtsstaatliche Vorgaben einzulösen. Wenn man das Scheitern dieser internen Schließungsprozesse protokolliert, verschiebt man die Grenzen des Systems. Die methodische Einlösung rechtsstaatlicher Vorgaben erweist sich dabei als scheinbar. Aber durch dieses Scheitern werden die verfassungsrechtlichen Vorgaben der gerichtlichen Arbeit nicht etwa aufgegeben, sondern vielmehr zum praktischen Problem präzisiert. Sie verschwinden nur als rhetorische Fassaden.

Auf unserem Weg hinter diese Fassaden haben wir manche Begleitung erfahren dürfen: Allen unseren Diskussionspartnern, die hier nicht einzeln genannt werden können, sei auf diesem Wege herzlich gedankt. Frau Nina Busemann hat sich um die Erstellung des Literaturverzeichnisses verdient gemacht. Ein teilweise in dieses Buch eingeflossenes Forschungsprojekt zur Inhaltsanalyse strafrechtlicher Entscheidungen wurde durch die großzügige Förderung durch den Sonderfond für wissenschaftliches Arbeiten an der Universität Erlangen-Nürnberg nachhaltig unterstützt.

Mannheim und Erlangen, im Juli 2007 *Ralph Christensen*
Hans Kudlich

Einleitung

I. Das Gesetz kann nicht entscheiden. Es braucht dazu den Richter. Aber der Richter ist dabei nicht frei, sondern gebunden. Worin bestehen seine Bindungen, wenn er das Recht, an das er gebunden ist, selbst erzeugt?¹

Früher hat man diese Frage mit pathetischen Gesten beantwortet. Der Richter sei in einer kafkaesken Situation, weil er wisse, dass er gebunden sei, aber nicht wisse, woran. Soviel Nichtwissen kann sich ein Richter bei den heute vorgegebenen Erledigungszahlen aber nicht mehr erlauben. Er muss sich vielmehr mit den vorgetragenen Argumenten, Schriftsätzen und Vorentscheidungen in knapper Zeit auseinandersetzen.

Oder man hat das Richterbild aufgeladen, mit der existenziellen Intensität der großen Entscheidung. Der Richter ist hineingehalten ins normative Nichts und steht als einsames Subjekt vor der Notwendigkeit, zwischen Freund und Feind zu wählen. Aber das einsame Subjekt kennt der von Kommunikation überschwemmte Richter nur noch aus der Literatur, und seine vielfältigen Äußerungspflichten lösen die große Entscheidung in eine Vielzahl von kleinen Entscheidungen auf. Der heute weitgehend anerkannte Umstand, dass das Gesetz nicht entscheiden kann, führt also weder in die Verzweiflung, noch in den Dezisionismus, sondern ganz nüchtern in die Analyse der Anschlusszwänge, der die Richter bei der Erzeugung von Recht ausgeliefert sind.

II. Bei der Verarbeitung dieser Zwänge bilden sich normative Standards aus, deren Grundlage und Reichweite hier diskutiert werden sollen. Wir sind der Auffassung, dass die normativen Standards praktischer juristischer Arbeit weder

¹Vgl. dazu grundlegend *Friedrich Müller*, Normstruktur und Normativität, 1966. Die These von der Rechtserzeugung und der Bindung des Richters an etwas selbst Erzeugtes wird auch hier im Folgenden mehrfach näher entfaltet.

von der Methodik, noch von der Philosophie, noch von der Verfassung her deduziert werden können. Solche Standards bilden sich vielmehr als implizite in der Praxis aus. Diese Emergenz wird allerdings beeinflusst von der Vorgaben der Verfassung der Wissenschaft und dem jeweiligen Gegenstand. Dabei ist unser Gegenstand dadurch gekennzeichnet, dass der Richter nicht nur an das einzelne Gesetz, sondern an das Ganze des Rechts gebunden sein soll.

III. Im Folgenden soll daher zunächst der Rahmen zur Entstehung normativer Standards in der Praxis sowie zum Umgang mit dem – eingangs bereits kurz erwähnten und unvermeidbaren – Paradox einer Bindung an selbst erzeugte Maßstäbe skizziert werden (sogleich 1. Kapitel). Im Anschluss wird die Gesetzesbindung als holistisches Problem näher entfaltet, wobei das Verständnis eines praktischen, pragmatisch moderierten Holismus zu einer Verschiebung des Gesetzesbindungspostulats von einer vertikalen hin zu einer horizontalen Bindung führen wird (im Anschluss 2. bis 4. Kapitel). Zuletzt sollen diese sprachphilosophischen und linguistischen Überlegungen, deren Berechtigung, ja Notwendigkeit sich aus der sprachlichen Struktur des Rechts ergibt, mit den Anforderungen der Verfassung zusammengebracht und an ihnen gemessen werden (5. Kapitel), bevor der Bogen von einer solchen, horizontal verstandenen Gesetzesbindung zur Bedeutung und zu den Kriterien der Entscheidungsbegründung und der sie tragenden Argumentation geschlagen wird (6. Kapitel).

1. Kapitel: Der Umgang mit normativen Standards und Paradoxien

A. Die Emergenz normativer Standards in der Praxis

I. „Gesetzesbindung“ ist nicht nur ein verfassungsrechtliches Postulat, sondern lässt sich auch als normativer Standard für eine methodengeleitete Rechtsarbeit verstehen. Für die Einordnung normativer Standards gibt es im Prinzip drei Möglichkeiten: es könnte sich um rein subjektive Kunstregeln handeln, die nur Kraft Vereinbarung gelten, so wie etwa die künstlichen Sprachen im Bereich des Computers. Es könnte sich aber auch um Regeln handeln, die uns objektiv vorgegeben sind durch die Struktur des Verstehens. Schließlich könnten sie als sogenannte „Phänomene der dritten Art“ wie die unsichtbare Hand des Marktes zwischen den Extremen reiner Subjektivität und reiner Objektivität liegen.

II. Der Charakter methodischer Regeln als Kunstregeln wird vor allem in der an Heidegger anschließenden hermeneutischen Tradition bestritten. An der klassischen Hermeneutik ist danach zu kritisieren, daß die inhaltliche Frage nach den zu verstehenden Sachproblemen durch die formal-technische Frage nach den Regeln des Verstehens ersetzt werde.² Dadurch sei das Gewicht zu stark vom

²Vgl. dazu *Ehmke*, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, in: Koch (Hrsg.), Juristische Methode im Staatsrecht, 1977, S. 485 ff, 491.

Gegenstand auf das Subjekt verschoben worden.³ Diese Theorie will deswegen keine Kunstlehre des Verstehens mit normativem Anspruch sein,⁴ sondern stellt die Frage nach den Ermöglichungsbedingungen⁵ des Verstehens. Gadamer formuliert dies folgendermaßen: „Im Grunde schlage ich keine Methode vor, sondern ich beschreibe was ist“⁶. Das normative Moment läßt sich allerdings auch aus der Hermeneutik Gadamers nicht vollständig ausklammern.⁷ Auch wenn Gadamer betont, daß das Verstehen immer und notwendig von Vorurteilen und Sinnerwartungen des Interpreten abhängig ist, muß er doch unterscheiden zwischen „wahren Vorurteilen, unter denen wir verstehen“ und falschen Vorurteilen, „unter denen wir mißverstehen“⁸. Denn nur im Hinblick auf eine „legitime Bedeutung“⁹ läßt sich von einem Verstehen einer Zeichenkette sprechen.

Es wird also in der prinzipiellen Reflexion Gadamers zweierlei deutlich: Zunächst dass die Regeln des Verstehens keine Kunstregeln sind, die ohne Rücksicht auf den Gegenstand des Verstehens willkürlich festgelegt werden können. Andererseits wird aber auch klar, dass dann, wenn es um Bewertung eines Verstehens als mehr oder weniger legitim geht, eine normative Komponente unverzichtbar ist. Und genau die Bewertung des Verstehens ist das Problem im Rechtsstreit. Denn dieser entsteht nicht aus einem Mangel, sondern aus einem Überfluss an Verstehen. Beide vor Gericht streitenden Seiten haben das Gesetz auf ihre Weise schon verstanden. Aufgabe des Gerichts ist es zu entscheiden, welche der vorgebrachten Verständnisweisen die Bessere ist.

Daraus folgt, dass die Regeln juristischer Methodik weder von der reinen Faktizität des Verstehens diktiert sind, noch bloße Kunstregeln darstellen. Sie gewinnen vielmehr ihre eigentümliche Verbindlichkeit als „Phänomen der dritten Art“¹⁰ durch eine doppelte Prägung: Einerseits sind sie mitbeeinflusst durch

³Vgl. dazu *Gadamer*, Wahrheit und Methode, 1965, S. 277 und öfter.

⁴Vgl. dazu *Gizbert-Studnicki*, Das hermeneutische Bewußtsein der Juristen, in: Rechtstheorie 1987, S. 344 ff, 352 ff. Zum Unterschied von klassischer und „neuer Hermeneutik“, vgl. Hubert *Rottleuthner*, Hermeneutik und Jurisprudenz, in: Koch (Hrsg.), Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie, 1976, S. 7 ff, 10 ff; *Frommel*, Die Rezeption der Hermeneutik bei Karl Larenz und Josef Esser, 1981, S. 17 ff; *Schroth*, Zur Theorie und Praxis subjektiver Auslegung in Strafrecht, 1983, S. 23 ff und 26 ff.

⁵Vgl. dazu *Gadamer*, Wahrheit und Methode, 1965, S. XV, der in Bezug auf die Hermeneutik sagt: „Sie fragt, um es kantisch auszudrücken: Wie ist Verstehen möglich?“ Vgl. dazu auch *Horst Ehmke*, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, in: Koch (Hrsg.), Die juristische Methode im Staatsrecht, 1977, S. 485 ff, 491; *Hruschka*, Das Verstehen von Rechtstexten, 1972, S. 10 ff. Gegen eine Gleichsetzung von Hermeneutik mit Rechtstheorie und juristischer Methodik: *Friedrich Müller*, Strukturierende Rechtslehre, 1984, S. 241 ff; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1983, S. 233, 236.

⁶*Gadamer*, Wahrheit und Methode, 1965, S. 483.

⁷Vgl. dazu *Schünemann*, Sozialwissenschaften und Jurisprudenz, 1976, S. 48, der von den Bedingungen für „adäquates Verstehen“ spricht.

⁸*Gadamer*, Wahrheit und Methode, 1965, S. 282.

⁹Vgl. dazu *Gizbert-Studnicki*, Das hermeneutische Bewußtsein der Juristen, in: Rechtstheorie 1987, S. 344 ff, 354: „Um von der Interpretation zu sprechen, muß man voraussetzen, daß es Bedeutungen gibt, die ‚legitim‘ sind, und solche, die keinen Anspruch auf Legitimität erheben können. Ohne den Begriff der legitimen Bedeutung eines Textes kann man gar nicht von der Interpretation reden“.

¹⁰Vgl. dazu auch *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, S. 355.

normative Vorgaben. Andererseits finden die von der Praxis unter Berücksichtigung der normativen Vorgaben erarbeiteten Standards ihre Grenze an dem, was der Gegenstand des Sozialen und das Material der Sprache zulassen.

Damit stellt sich die weitere Frage, ob eine solche Normierung juristischer Textarbeit angesichts der sprachlichen Bedingungen überhaupt funktionieren kann. Denn es geht ja um einen Konflikt sich ausschließender Lesarten desselben Gesetzes. Dieser Konflikt führt uns zu einem Paradox: "Entscheidungen gibt es nur, wenn etwas prinzipiell Unentscheidbares (nicht nur: Unentschiedenes!) vorliegt. Denn andernfalls wäre die Entscheidung schon entschieden und müßte nur noch 'erkannt' werden."¹¹ Was kann also an einer Entscheidung über sich ausschließende Lesarten normiert werden? Beide Lesarten sind verständlich und gehören damit zur Sprache. Zu entscheiden ist, welche von beiden die bessere ist. Es geht also nicht um die Auffindung einer Sprachregel, sondern um eine Sprachnormierung.

Die aus dem Rechtsstaatsprinzip und anderen methodenbezogenen Normen abgeleitete Forderungen nach Kontrollierbarkeit und Nachvollziehbarkeit juristischen Handelns beziehen sich auf den mit der Formulierung von Sprachregeln verknüpften Prozeß der Sprachnormierung. Die Notwendigkeit der Sprachnormierung, welche sich aus dem Konflikt der Lesarten ergibt, setzt auch die Möglichkeit einer Sprachkritik als metakommunikative Auseinandersetzung über die Sprachnorm voraus. Wenn Kommunikation kein durch vorgegebene Regeln automatisierter Vorgang ist, sondern Raum für sinnkonstitutive Akte enthält, dann beinhaltet sie auch die Möglichkeit einer kommunikativen Ethik,¹² die diese gestalterischen Eingriffe 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.

III. In den damit angedeuteten Grenzen sind Methodenfragen politisch-

¹¹Ebd. S. 308.

¹²Vgl. 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: Meggle (Hrsg.), *Handlung, Kommunikation, Bedeutung*, 1979, S. 243 ff., sowie *Wimmer*, Einstellungen zu Normen aus sprachlicher Sicht, in: *Pieroth / Christensen* (Hrsg.), *Festschrift für Friedrich Müller*, 2008, im Erscheinen.

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 Verfassungsrechts¹³ hat sich bisher gut bewährt.

B. Kann man juristische Rationalität ohne Paradox denken?

Wenn man den Stand der praktischen methodischen Arbeit im Recht normativ beurteilen will, braucht man einen Maßstab. Dabei handelt es sich meistens um einen externen Maßstab philosophischer Rationalität. Entgegen solchen

¹³Vgl. zu diesen auch (mit Blick auf Anforderungen an die richterliche Begründung) Christensen/Kudlich, Theorie richterlichen Begründens, 2001, S. 286.

Übertragungen von notwendig deduktiver Form soll hier ein interner Maßstab spezifisch juristisch Rationalität entwickelt werden.

Ein theoretischer Vorgriff ergibt sich dabei aus dem in der Verfassung vorgegebenen Ziel, die praktische Rechtsarbeit sowohl arbeitsfähiger als auch besser kontrollierbar zu machen, kurz: sie zu strukturieren.¹⁴

Die damit eingeforderte Rationalität ist kein philosophisch oder wissenschaftstheoretisch vorgegebener Maßstab,¹⁵ sondern an rechtsstaatliche Prinzipien rückgebunden. Dies führt aber zu der Frage, ob die Verfassung die ihr zugewiesene Rolle als sprachspielimmanenter Rationalitätsmaßstab überhaupt ausfüllen kann.

I. Das Paradox interner Rationalität

1. Für die herkömmliche Methodenlehre sind die verfassungsrechtlichen Grundlagen des Gesetzesbindungspostulats von weitgehend nur deklaratorischer Bedeutung. Der Verfassungsgeber kann höchstens darüber entscheiden, ob die Gesetzesbindung in der fraglichen Rechtsordnung überhaupt gelten soll. Was Gesetzesbindung inhaltlich heißt, ihr Ausmaß und ihre Reichweite, bestimmt sich dagegen allein nach objektiven Vorgegebenheiten, die im Wege der bedeutungstheoretischen Spekulation oder der Ausarbeitung einer Interpretationslehre erfasst werden sollen.¹⁶ Die Wortlautgrenze als Schranke richterlichen Sprechens ist in der Bedeutungsstruktur des Normtextes vorgegeben und damit von politischen Entscheidungen des Verfassungsgebers vollkommen unabhängig.

Heute muss man sich von dieser den juristischen Legitimationsbedarf geschuldeten bedeutungstheoretischen Spekulation verabschieden.¹⁷ Die verfassungsrechtlichen Vorgaben sind, obwohl sie von Praxis und Wissenschaft präzisiert und weiterentwickelt werden, sowohl für Inhalt als auch Ausmaß und Reichweite der Gesetzesbindung konstitutiv.¹⁸ Der Maßstab juristischer Auslegungstätigkeit lässt sich nicht aus bedeutungstheoretischen Spekulationen oder philosophisch begründeten Interpretations- bzw. Argumentationslehren deduktiv herleiten. Es handelt sich bei diesem Maßstab vielmehr um eine normative Größe¹⁹, die nur aufgrund der verfassungsrechtlichen Vorgaben bestimmt werden kann.

¹⁴ *Friedrich Müller*, Strukturierende Rechtslehre, 1984, S. 226 f., 232, 431.

¹⁵ Ebd., S. 18 f., 438.

¹⁶ Vgl. dazu etwa *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 1985, S. 59 f., wo die verfassungsrechtlichen Grundsätze der Gewaltenteilung und Rechtssicherheit nur als nachträgliche Schranken einer vorher über semantische und andere methodische Überlegungen begründeten Position zur Lückenfrage erscheinen. Auch sonst wird in der methodischen Literatur den verfassungsrechtlichen Grundlagen kein sehr breiter Raum zugebilligt; sie dienen eher der Beglaubigung einer unabhängig von ihnen eingenommenen Position.

¹⁷ Vgl. dazu *Friedrich Müller*, Recht – Sprache – Gewalt, 1975, S. 32 ff., 35 f.; *ders.* Juristische Methodik, 1976, S. 110 f., 114 ff.

¹⁸ Vgl. dazu *Friedrich Müller*, Juristische Methodik und Politisches System, 1976, S. 13 ff. und öfter.

¹⁹ Vgl. dazu *Friedrich Müller*, ‚Richterrecht‘, 1986, S. 80 f.

2. Die Möglichkeit einer Bindung praktischer Rechtsarbeit verweist auf methodische Standards regulärer Zurechnung an einen vom Gesetzgeber geschaffenen Normwortlaut.²⁰ Die Vielfalt vorkommender und denkbarer methodischer Argumente erlaubt aber eine solche Bindung nur, wenn durch eine politische Grundentscheidung der Verfassung gewisse Mindestanforderungen festgelegt werden können.

Aus dieser Sicht stellen die methodenbezogenen Normen des Verfassungsrechts Anforderungen dar, denen die Methodik praktischer Rechtsarbeit zu genügen hat. Die in der Praxis verwendeten und von der Literatur vorgeschlagenen methodischen Standards können an diesen verfassungsrechtlichen Maßstäben kritisch überprüft werden. Neben dem Rechtsstaatsprinzip mit seiner doppelten Rationalität²¹ im Sinne von Vorhersehbarkeit und Garantie gesellschaftlicher Pluralität sind vor allem der Gewaltenteilungsgrundsatz und das Demokratieprinzip als Vorgaben für die praktische Rechtsarbeit von Bedeutung. Im Kontext dieser Prinzipien ist das Gesetzesbindungspostulat als Garantie einer Teilung auch noch der Gewalt zu verstehen, die in Texten und deren Interpretation steckt. Unter Berücksichtigung dieser Vorgaben müssen die methodischen Standards verallgemeinerungsfähig sein und zu vorhersehbaren Entscheidungen beitragen.²²

3. Diese zentrale Rolle normativer Gesichtspunkte für die Begründung einer Grenze richterlicher Interpretationstätigkeit wirft aber die Frage auf, ob eine verfassungsrechtliche Rückbindung juristischer Methodik überhaupt möglich ist.

In der Literatur wird die Möglichkeit einer verfassungsrechtlichen Begründung des Rationalitätsmaßstabs praktischer Rechtsarbeit zum Teil verneint: „Die Grenzfunktion des Wortlauts ist (...) nicht methodologisch, sondern normativ begründet, d. h. sie ist mit geltenden Rechtsnormen begründet. Demnach sollen geltende Normen das methodologisch Mögliche begrenzen können. Nun ist die These der Grenzfunktion des Wortlauts nichts anderes als eine besondere Umsetzung des rechtsstaatlichen Gesetzesbindungspostulats. Die Gesetzesbindung kommt hier also neben der Rechtsmethode zum Zuge und ist geeignet, diese und damit auch deren Kontrollbereich zu begrenzen. Die Methode wird so durch eine Normbehauptung und eine aus dieser gezogenen Konsequenz begrenzt. Sie müßte aber umgekehrt gerade dazu dienen, Normbehauptungen im Hinblick auf ihre Richtigkeit zu überprüfen“²³. Im Anschluss an die auch in der Rechtstheorie entwickelte Position des Kritischen Rationalismus²⁴ wird hier die

²⁰Vgl. dazu *Friedrich Müller*, *Juristische Methodik*, 1976, S. 148 ff.

²¹Vgl. dazu *Friedrich Müller*, *Juristische Methodik und Politisches System*, 1976, S. 13 ff., 86 ff.

²²Vgl. dazu *Friedrich Müller*, *Juristische Methodik*, 1976, S. 280 und öfter.

²³*Harenburg*, *Die Rechtsdogmatik zwischen Wissenschaft und Praxis*, 1986, S. 267.

²⁴*Harenburg* stützt sich bei seiner Argumentation auf die Position von *Schlink*, *Bemerkungen zum Stand der Methodendiskussion in der Verfassungsrechtswissenschaft*, in: *Der Staat* 1980, S. 73 ff., insbes. S. 96 ff. Vgl. zum Ganzen auch *Schlink*, *Juristische Methodik zwischen Verfassungstheorie und Wissenschaftstheorie*, in: *Rechtstheorie* 1976, S. 94 ff. Dazu die Erwiderung von *Friedrich Müller*, *Rechtsstaatliche Methodik und Politische Rechtstheorie*, in: *ders.* *Rechtsstaatliche Form – Demokratische Politik*, 1977, S. 271 ff., insbes. 285 ff.

Möglichkeit einer verfassungsrechtlichen Rückbindung juristischer Methodik in Abrede gestellt. Die Methode ließe sich nicht durch dogmatische Aussagen aus dem Verfassungsrecht begrenzen, weil dieses vielmehr den Gegenstandsbereich der Methodik bildet. Dieser Einwand verknüpft zwei Argumente: Zum einen die Behauptung, die verfassungsrechtliche Begründung der Methode führe in einen Zirkel²⁵, und zum anderen die Behauptung, juristische Methodik gewinne ihren Rationalitätsmaßstab unabhängig vom Verfassungsrecht.²⁶

Schon das Zirkelargument führt aber zu ersten Schwierigkeiten: Wenn man Objekt- und Metasprache unterscheidet,²⁷ wird deutlich, dass eine Begründung des Rationalitätsmaßstabs juristischer Methodik durch das Verfassungsrecht nicht in einen logischen Zirkel führt. Die methodenbezogenen Normen des Verfassungsrechts sind in Bezug auf die Dogmatik metasprachliche Aussagen. Ihr eigener „Inhalt“ ist Teil der Objektsprache, und seine Gewinnung steht unter den Anforderungen, die von der Metasprache definiert werden. Der Anschein von Zirkelproblemen entsteht hier nur, wenn man abstrakt nach dem Anfang dieses Verhältnisses fragt.²⁸ Aber auch dann führt die verfassungsrechtliche Rückbindung der juristischen Methodik nicht zu einem logischen Zirkel. Man kann nämlich zunächst von einem methodisch nicht gesicherten Vorverständnis der Verfassungsnormen ausgehen. Erst nach der Formulierung einer von diesen Voraussetzungen ausgehenden Methodik ist es möglich, die Auffassung der methodenbezogenen Normen selbst zu überprüfen und gegebenenfalls zu korrigieren.²⁹ In diesem Vorgehen liegt kein logischer, sondern höchstens ein hermeneutischer Zirkel³⁰.

²⁵Vgl. dazu *Schlink*, Bemerkungen zum Stand der Methodendiskussion in der Verfassungsrechtswissenschaft, in: *Der Staat* 1980, S. 73 ff., S. 96 f.

²⁶Vgl. dazu ebd., S. 97 ff.

²⁷Vgl. zur Unterscheidung der genannten Sprachstufen: *Wank*, Objektsprache und Metasprache – Geltungsprobleme bei Verfassungen und Rechtsgeschäften, in: *Rechtstheorie* 1982, S. 465 ff. m. w. N. Zur Diskussion auch *Ross*, On Self-Reference and a Puzzle in Constitutional Law, in: *Mind* 1969, S. 1 ff.; *Raz*, Professor A. Ross and some Legal Puzzles, in: *Mind* 1972, S. 415 ff.; *Hoerster*, On Alf Ross's Alleged Puzzle in Constitutional Law, in: *Mind* 1972, S. 422 ff.; *Hart*, Self-referring Laws, in: *Festschrift für Karl Olivecrona*, 1964, S. 307 ff.; allgemein auch *Herberger / Simon*, Wissenschaftstheorie für Juristen, 1980, S. 226 ff., m. w. N. aus der wissenschaftstheoretischen und logischen Diskussion.

²⁸Tatsächlich stellt sich das Problem nicht in dieser Abstraktheit, denn der Verfassungstext wird schon formuliert unter Bezug auf bestimmte Standards der Interpretation, im Kontext einer gegebenen und sich entwickelnden Argumentationskultur. Das sieht man besonders deutlich an dem auch von *Schlink* in Anschlag gebrachten (vgl. *Schlink*, Bemerkungen zum Stand der Methodendiskussion in der Verfassungsrechtswissenschaft, in: *Der Staat* 1980, S. 73 ff., 101 ff.) genetischen Konkretisierungselement. In den verschiedenen Stadien des Gesetzgebungsverfahrens werden immer wieder Textvarianten im Vorgriff auf bestimmte Verständnisweisen und ihre Wirkung bestimmter Konkretisierungselemente verworfen oder geändert. Hier werden deutlich schon bestimmte Standards vorausgesetzt, so dass die Auslegung der methodenbezogenen Normen der Verfassung nicht im leeren Raum beginnt. Das Zirkelargument bezieht seine Plausibilität vor allem daraus, dass man so tut, als stünde man vor den Verfassungsnormen und habe noch absolut keine Vorstellung davon, wie mit Rechtstexten umzugehen sei.

²⁹Vgl. zu einem ähnlichen Problem des konstruktiven Aufbaus einer Ethik: *Lorenzen / Schwemmer*, Konstruktive Logik, Ethik und Wissenschaftstheorie, 1973, S. 16 ff.

³⁰Vgl. dazu *Esser*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts,

Auch wenn es sich nicht um einen logischen Zirkel handelt, bleibt der Umstand, dass der Richter seine Bindung selbst erzeugt. Man bindet die wissenschaftliche Analyse damit an eine entwicklungs offene interne Rationalität des Rechts. Das ist einerseits eine Stärke wegen der Konkretheit entsprechender Maßstäbe, aber es ist andererseits ein Risiko, weil man nicht mehr auf die Sicherheit eines dem Recht vorgeordneten Rationalitätsmaßstabs bauen kann. Lässt sich dieses Risiko vermeiden? Kann man juristische Rationalität ohne Paradox denken?

II. Die Überordnung eines philosophischen Rationalitätsmaßstabs

Das Problem des Rechts liegt darin, dass man die Unterscheidung von Recht und Unrecht nicht voraussetzen kann, sondern immer wieder erzeugen muss. Zur Paradoxie wird diese Problematik, wenn man sich klar macht, dass die erzeugte Unterscheidung von Recht und Unrecht nicht letztgültig sicherstellen kann, dass sie selbst Recht ist.³¹ Man kann mit dieser Paradoxie leben, indem man auf eine letztgültige Sicherstellung verzichtet und sich mit einer Überprüfung am jeweiligen Stand der Diskussion begnügt. Man kann aber auch versuchen, diese Paradoxie zu überwinden, indem man der Unterscheidung von Recht und Unrecht einen außerjuristischen Rationalitätsmaßstab zugrunde legt. Das ist der Weg der philosophischen Begründung des Rechts, wie er von der Diskurstheorie ausgearbeitet wird. Die universalen Prinzipien diskursiver Rationalität sollen das grundlegende Paradox des Rechts überwinden.

Das Fundament, aus dem heraus Recht sich zu begründen hat, muss nach dieser Sichtweise nicht erst geschaffen werden, sondern kann von der Philosophie her vorausgesetzt werden. Die praktische Arbeit ist nicht länger ein tastendes und sich immer wieder selbst in Frage stellendes Suchen, sondern das Gerechtigkeitsproblem findet seine philosophische Lösung. Der Preis für diese Gewissheit ist das Aufgehen des mittelständischen Rechtsbetriebs im philosophischen Großkonzern. Aber dieser Preis wäre gerechtfertigt, wenn die vorgeschlagenen Lösungen funktionierten.

1. Sonderfallhypothese

a) Ausgangspunkte der Diskurstheorie Die Diskurstheorie will das Problem einer Rationalität, auf die sich die juristische Entscheidung zu konzentrieren und die ihr so auch im Fall der Entscheidung kollidierender Normen Maßstab

1974, S. 116 ff.; *Hassold*, Wille des Gesetzgebers oder objektiver Sinn des Gesetzes – subjektive oder objektive Theorie der Gesetzesauslegung, in: ZZP 1981, S. 192 ff., 196.

³¹Mittlerweile dafür als locus classicus *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, S. 72. Kurz dazu *Christensen / Sokolowski*, Theorie und Praxis aus der Sicht der Strukturierenden Rechtslehre, in: Krawietz / Morlock (Hrsg), Vom Scheitern und der Wiederbelebung juristischer Methodik im Rechtsalltag – ein Bruch zwischen Theorie und Praxis?, Rechtstheorie, Bd. 32, H.1 / 2, 2001, S. 327 ff., 327 f.; sowie ausführlich *Christensen*, Die Paradoxie richterlicher Gesetzesbindung, in: Lerch (Hrsg.), Recht verhandeln. Argumentieren, Begründen und Entscheiden im Diskurs des Rechts. Die Sprache des Rechts II, 2005, S. 1 ff.

und Begründung zu liefern vermag, durch den Bezug auf die allgemeinen Prinzipien des praktischen Diskurses lösen. Die Unsicherheit praktischer Argumentation wird damit in eine höhere Vernunft überführt. Diese soll über die Abwägung von Prinzipien operieren. Damit kommt alles darauf an, ob dem Konzept der Abwägung ein methodisch einlösbarer Gehalt gegeben werden kann. Diese Technik soll es ermöglichen, von einer Sinnmitte aus die jeweils widerstreitenden normativen Ansprüche zu gewichten.³²

Allerdings lässt schon die Semantik von „Abwägung“ Zweifel aufkommen. Denn es müsste eine praktische Vorgehensweise geben, die über die Verwendung eines sprachlichen Bildes hinaus geht. Sonst bleibt auch die durchgängige Inanspruchnahme von Abwägung in der Rechtsarbeit lediglich postulatorisch proklamativ.³³ Nötig wäre dazu ein Zugriff auf das Ganze, den die Rechtsidee liefern soll. Erst vom Ganzen her lässt sich Abwägung entscheiden. An die Stelle der Rechtsidee tritt der diskursiv begründete Konsens.³⁴ Dieser soll die juristische Argumentation mit einer Rationalität versorgen, die als Fluchtpunkt für die Abwägungen im Fall von Konflikten und Kollisionen dient. Dadurch hofft die Diskurstheorie genau jene Kriterien für die Gewichtung und Erwägung zu finden, die das Konzept der Abwägung für sich genommen schuldig bleibt. Aus der Abwägung rechtlicher Belange wird die „Abwägung von Prinzipien“³⁵, nach denen die Entscheidung über jene Belange zu rechtfertigen ist.³⁶ Denn „die rechtlichen Möglichkeiten, der Erfüllung eines Prinzips würden dabei wesentlich durch gegenläufige Prinzipien bestimmt. Prinzipien seien daher abwägungsfähig und abwägungsbedürftig.“³⁷ Damit eine solche Abwägung so funktionieren kann, dass sie im Ergebnis wiederum selbst gerechtfertigt ist, wird der juristische Diskurs als Sonderfall des praktischen Diskurses überhaupt betrachtet.³⁸

Ausgangspunkt ist die Unterordnung des Rechts unter die Moral. Begründet wird das damit, dass das Recht selbst darin seine Rechtfertigungsgrundlage hat, sofern „der mit der Entscheidung notwendig verbundene Anspruch auf rechtliche

³² Als Versuch dazu *Ladeur*, „Abwägung“ – Ein neues Rechtsparadigma?, in ARSP 1983, S. 463 ff. Allerdings dann auch schon wieder selbstkritisch *ders.*, Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik: Plädoyer für eine Erneuerung der liberalen Grundrechtstheorie, 2004.

³³ Vgl. auch *Friedrich Müller / Christensen*, Juristische Methodik. Band I. Grundlagen. Öffentliches Recht, 2002, Rn. 71 f.

³⁴ Vgl. *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 1996, S. 176 f. Dazu *Neumann*, Juristische Argumentationslehre, 1986, S. 73 ff.

³⁵ Dazu *Christensen / Kudlich*, Theorie richterlichen Begründens, 2001, S. 83 f.

³⁶ Siehe *Buchwald*, Zum Begriff der rationalen juristischen Begründung, in: Mellinghoff / Trute (Hrsg.), Die Leistungsfähigkeit des Rechts. Methodik, Gentechnologie, Internationales Verwaltungsrecht, 1988, S. 61 ff. Kritisch dazu *Christensen / Kudlich*, Theorie richterlichen Begründens, 2001, S. 83 f.

³⁷ *Engländer*, Diskurs als Rechtsquelle? Zur Kritik der Diskurstheorie des Rechts, 2002, S. 34. Vgl. dazu *Alexy*, Theorie der Grundrechte., 1985, S. 77 ff.

³⁸ Ausführlich dazu *Christensen / Kudlich*, Theorie richterlichen Begründens, 2001, S. 55 ff. Zur Kritik *Neumann*, Zur Interpretation des forensischen Diskurses in der Rechtsphilosophie von Jürgen Habermas, in: Krawietz / Preyer (Hrsg.), System der Rechte, demokratischer Rechtsstaat und Diskurstheorie des Rechts nach Jürgen Habermas, Rechtstheorie, Bd. 27, H. 3, 2., 2004, S. 415 ff.

Richtigkeit einen Anspruch auf moralische Richtigkeit einschließt.³⁹ Recht hat seine Richtigkeit im Einzelfall an der Einlösung moralischer Prinzipien zu bemessen.⁴⁰ Das zeige sich in der Rechtsanwendung. „Eine gerichtliche Entscheidung, die ein unvernünftiges oder ungerechtes Gesetz korrekt anwendet, erfüllt deshalb den mit ihr verbundenen Anspruch auf Richtigkeit nicht in jeder Hinsicht. Wenn das ungerechte oder unvernünftige Gesetz rechtlich gilt, ist die Entscheidung zwar eine rechtlich geltende Entscheidung, und es ist auch möglich, dass formelle Prinzipien, wie die der Rechtssicherheit und Gewaltenteilung, die Beachtung des unvernünftigen oder ungerechten Gesetzes fordern. Dennoch ist die Entscheidung eine Entscheidung, die an einem Fehler leidet.“⁴¹ Um durch und durch begründet zu sein, bedarf daher auch das Recht der Rechtfertigung.

Eben dies soll die Anbindung der juristischen Argumentation an den Diskurs praktischer Vernunft gewährleisten. „Die These lautet, dass es erstens einen begrifflich notwendigen Zusammenhang zwischen Recht und Moral gibt und dass es zweitens normative Gründe für einen Einschluss moralischer Elemente in den Rechtsbegriff sprechen, die teils die Kraft des begrifflich notwendigen Zusammenhangs und teils über ihn hinausgehen; kurz: Es gibt sowohl begrifflich als auch normativ notwendige Zusammenhänge zwischen Recht und Moral.“⁴² Methodisch eingelöst werden soll dieser Anspruch durch eine Argumentation,⁴³ die wiederum als unhintergehbare Basis jeglichen vernünftigen Redens gilt, als ideale Sprechsituation schlechthin.⁴⁴ Genau das soll überhaupt den Diskurscharakter der juristischen Entscheidungstätigkeit ausmachen. Durch ihn ist diese Tätigkeit mit dem praktischen Diskurs allgemein verklammert, der die moralische Richtigkeit prozediert.⁴⁵

Dabei sehen die Diskurstheoretiker durchaus, dass es den Parteien im Rechtsstreit nicht einfach um die Suche nach Wahrheit und Gerechtigkeit

³⁹ *Alexy*, Begriff und Geltung des Rechts, 1992, S. 130.

⁴⁰ Ausführlich *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 1996. Siehe auch entspr. *Habermas*, Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, 1994.

⁴¹ *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung, 1991, S. 433.

⁴² *Alexy*, Begriff und Geltung des Rechts, 1992, S. 43 f.

⁴³ Siehe auch *Preyer*, Entscheidung – Rechtsgeltung – Argumentation, in: Krawietz / Preyer (Hrsg.), System der Rechte, demokratischer Rechtsstaat und Diskurstheorie des Rechts nach Jürgen Habermas, Rechtstheorie, Bd. 27, H. 3, 2, 2004, S. 367 ff.

⁴⁴ Klassisch dafür *Habermas*, Theorie kommunikativen Handelns. 2 Bde., 1987. Des näheren dazu *Haba*, Standortbestimmung zeitgenössischer Rechtstheorie – Rawls, Dworkin, Habermas und andere Mitglieder der „heiligen (Rede-)Familie“, in: Krawietz / Preyer (Hrsg.), System der Rechte, demokratischer Rechtsstaat und Diskurstheorie des Rechts nach Jürgen Habermas, Rechtstheorie, Bd. 27, H. 3, 2, 2004, S. 277 ff., 287 ff. Zur Kritik hier insbes. auch *Christensen / Sokolowski*, Die Krise der Kommunikation und die Möglichkeit juristischen Argumentierens, in: Lerch (Hrsg.), Recht verhandeln. Argumentieren, Begründen und Entscheiden im Diskurs des Rechts. Die Sprache des Rechts, Band 2, 2005, S. 105 ff., 116 ff.

⁴⁵ Vgl. *Alexy*, Zur Kritik des Rechtspositivismus, in: ARSP, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 37, 1990, S. 9 ff., 25 f.

geht.⁴⁶ Es geht ihnen um den Erfolg für sich.⁴⁷ „Die Parteien wollen wie in einem strategischen Spiel Gewinne erzielen und Verluste vermeiden. Ihr Ziel ist nicht die Wahrheitsfindung, sondern eine für sie jeweils günstige Entscheidung eines Streitfalls.“⁴⁸ Ebenso ist der Richter nicht auf der Suche nach der Wahrheit des Rechts, sondern eingeschränkt durch vielfältige Anschlusszwänge in der Pflicht, ein Urteil zu fällen.⁴⁹ „Sogar der Richter ist institutionell gehalten, das Ziel der Wahrheitsfindung der Notwendigkeit, zu terminierten Entscheidungen zu gelangen, d.h. in angemessener Frist sein Urteil zu sprechen, unterzuordnen.“⁵⁰ Wenn denn schon Wahrheit im Spiel ist, dann allenfalls als „Kampf“ darum.⁵¹ Es geht den Parteien vor Gericht nicht um ein Zusammenwirken im Dienste von Wahrheit und Gerechtigkeit. Es geht um Sieg oder Niederlage im Prozess. Das heißt, es geht ihnen nicht darum, in der strittigen Rechtsfrage zueinander zu finden. Es geht ihnen darum, sich mit den eigenen Rechtsbegehren durchzusetzen.⁵² Selbst ein Vergleich ist dabei nur ein Waffenstillstand. Entsprechend kann auch die für dieses Urteil beanspruchte Richtigkeit nur am Verfahren und den vorgebrachten Argumenten messen. „Richtigkeit meint dann nicht Richtigkeit in einem überpositiven oder moralischen Sinn, sondern Richtigkeit im Sinne der korrekten Zurechnung der Entscheidung zum kodifizierten Normtext gemäß den Anforderungen der juristischen Methodik, die ihrerseits gebunden werden kann an die methodenbezogenen Normen des Verfassungsrechts.“⁵³

b) Die Sonderfallthese der Diskurstheorie

Insoweit gestehen auch manche Diskurstheoretiker zu, dass „der in juristischen Diskursen erhobene Richtigkeitsanspruch (...) nur auf eine vernünftige Begründung im Rahmen der geltenden Rechtsordnung (ziele)“ und zielen kann.⁵⁴ Sowohl die Argumentation vor Gericht als auch die Leitlinien, denen sie folgt,

⁴⁶Dazu auch *Strauch*, Rechtsprechungstheorie. Richterliche Rechtsanwendung und Kohärenz, in: Lerch (Hrsg.), *Recht verhandeln. Argumentieren, Begründen und Entscheiden im Diskurs des Rechts. Die Sprache des Rechts*, Band 2, 2005, S. 478 ff., der allerdings im Rahmen einer, wenn auch um deren Praxis aufgeklärten Modellierung des Rechtsstreits als „Erkenntnisverfahren“ verbleibt.

⁴⁷Ausführlich dazu *Friedrich Müller / Christensen / Sokolowski*, *Rechtstext und Textarbeit*, 1997.

⁴⁸*Habermas*, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie? Eine Auseinandersetzung mit Niklas Luhmann*, in: ders. / Luhmann, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie*, 1971, S. 142ff., 201.

⁴⁹Dazu im einzelnen *Friedrich Müller / Christensen / Sokolowski*, *Rechtstext und Textarbeit*, 1997, S. 80 ff.

⁵⁰*Habermas*, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie? Eine Auseinandersetzung mit Niklas Luhmann*, in: ders. / Luhmann, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie*, 1971, S. 142ff., 202.

⁵¹Siehe *Christensen / Kudlich*, *Theorie richterlichen Begründens*, 2001, S. 216 ff.

⁵²Siehe dazu *Christensen*, *Was heißt Gesetzesbindung? Eine rechtslinguistische Untersuchung*, 1989, S. 275 ff.; sowie *Friedrich Müller / Christensen / Sokolowski*, *Rechtstext und Textarbeit*, 1997, S. 74 ff.

⁵³*Engländer*, *Diskurs als Rechtsquelle? Zur Kritik der Diskurstheorie des Rechts*, 2002, S. 143.

⁵⁴*Engländer*, *Diskurs als Rechtsquelle? Zur Kritik der Diskurstheorie des Rechts*, 2002, S. 143. So etwa *Alexy*, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen*

sind ganz und gar einer strategischen Kommunikation unterworfen.⁵⁵ Und die gilt der Diskurstheorie als einer Kommunikationstheorie der Vernunft eigentlich als ein rational defizientes und ethisch fragwürdiges Unternehmen. Um zu kommunikativer Vernunft zu kommen, braucht man das kooperativ selbstlose, ganz dem Ziel des begründeten Konsens verpflichtete Gespräch unter Gleichen.⁵⁶ Deswegen kann die Diskurstheorie die produktive Rolle des Verfahrens nicht wahrnehmen, welche darin liegt, dass der Streit der Parteien der richterlichen Begründung vorarbeitet. Vielmehr ist das Verfahren vor Gericht beständig dem normativen Druck ausgesetzt, sich dem Ideal herrschaftsfrei konsensueller Kommunikation zu unterwerfen.

Der diskurstheoretisch springende Punkt ist, dass alle Beteiligten sich deshalb wenigstens der Form nach an die Präponderabilien praktisch vernunftorientierten Argumentierens halten müssen, damit ihre Auseinandersetzung über den bloßen Schlagabtausch hinaus als berechtigter Streit um Recht gelten kann.⁵⁷ „Sie geben zumindest vor, dass ihre Argumente so beschaffen sind, dass sie unter idealen Bedingungen die Zustimmung aller finden würden. Das ist der Grund, weshalb ihre Argumentation als Sonderfall des allgemeinen praktischen Diskurses begriffen werden muss.“⁵⁸ Damit fungiert der praktische Diskurs gewissermaßen als die „Gegeninstitution“, indem der Rechtsstreit dessen Züge anzunehmen hat. Das gleiche gilt für den Richter und die Berechtigung von dessen Entscheidung.⁵⁹ Recht als Verfahren kann selbst wieder nur so gerechtfertigt werden. Genau das ist die Grundfigur, die die Sonderfallhypothese einer jeden Entscheidung von Recht vorzeichnet. Das heißt, „bei der Diskurstheorie des Rechts handelt es sich um eine Anwendung der Annahmen, Regeln und Prinzipien der allgemeinen Diskurstheorie auf den Bereich des Rechts.“⁶⁰

So weit zeichnet sich erst einmal eine doppelte Delegation des juristischen Verfahrens an den praktischen Diskurs ab. Zum ersten hat es dessen Züge anzunehmen, damit das jeweilige Vorbringen als Rechtsbehauptung gelten kann.

Diskurses als Theorie der juristischen Begründung, 1991, S. 264.

⁵⁵Dazu *Engländer*, Diskurs als Rechtsquelle? Zur Kritik der Diskurstheorie des Rechts, 2002, S. 41 ff. Im besonderen zur juristischen Argumentation auch *Christensen / Kudlich*, Theorie richterlichen Begründens, 2001, S. 230 ff.; sowie *Christensen / Sokolowski*, Die Krise der Kommunikation und die Möglichkeit juristischen Argumentierens, in: Lerch (Hrsg.), Recht verhandeln. Argumentieren, Begründen und Entscheiden im Diskurs des Rechts. Die Sprache des Rechts, Band 2, 2005, S. 105 ff.

⁵⁶Dazu *Engländer*, Diskurs als Rechtsquelle? Zur Kritik der Diskurstheorie des Rechts, 2002, S. 144 f.

⁵⁷Kritisch dazu *Neumann*, Zur Interpretation des forensischen Diskurses in der Rechtsphilosophie von Jürgen Habermas, in: Krawietz / Preyer (Hrsg.), System der Rechte, demokratischer Rechtsstaat und Diskurstheorie des Rechts nach Jürgen Habermas, Rechtstheorie, Bd. 27, H. 3, 2., 2004, S. 415 ff., 417.

⁵⁸*Alezy*, Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung, 1991, S. 434.

⁵⁹Vgl. *Habermas*, Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie? Eine Auseinandersetzung mit Niklas Luhmann, in: ders. / Luhmann, Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie, 1971, S. 142ff., 202.

⁶⁰*Engländer*, Diskurs als Rechtsquelle? Zur Kritik der Diskurstheorie des Rechts, 2002, S. 40.

Das heißt aber zunächst nur, dass die Kontrahenten im Rechtsstreit „ihre Interessen auch durch das ‚strategisch geschickte Vorschieben konsensfähiger Argumente verfolgen‘“.⁶¹ Dennoch bestehen sie darauf, „dass alle Prozessbeteiligten, von welchen Motiven sie auch immer geleitet sind, Beiträge zu einem Diskurs liefern, der *aus der Perspektive des Richters* der unparteilichen Urteilsfindung dient“.⁶²

Zum zweiten ist die gesetzliche Grundlage, auf der sich diese Urteilsfindung begründet, anhand der Prinzipien praktischer Vernunft als gerechtfertigte auszuweisen. Voraussetzung allerdings ist, dass die Prinzipien, auf die sich der Rechtsstreit beruft, von ihm unberührt bleiben. Geriete die Moral in den Sog des streitigen Verfahrens, so wäre sie keine fraglose Begründungsinstanz mehr. Es ist aber unbestreitbar, dass es einen Konflikt um solche Prinzipien in jedem Verfahren geben kann. Darauf muss die Diskurstheorie Rücksicht nehmen. So erklärt sich ihr Versuch, den Streit über Prinzipien mit der Figur der Abwägung wieder in den Erkenntnisprozess einzubinden: Die Diskurstheoretiker können zugunsten ihres Realitätssinns für das juristische Verfahren nicht umhin zuzugestehen, dass die zur Begründung herangezogenen Prinzipien in Konflikt geraten können und so selbst eben „abwägungsfähig und abwägungsbedürftig“ bleiben.⁶³ Wenn also die Regeln die richterliche Entscheidung „nicht zu determinieren“ vermögen,⁶⁴ so können die Prinzipien sie ebenso wenig bestimmen. Dennoch bedarf es nach der Sonderfallthese eines vom Streit unberührten, weil über die Richtigkeit von dessen Entscheidung verfügenden Bezugs auf die Prinzipien praktischer Vernunft, da diese unhintergebar überhaupt erst alles Argumentieren, so auch das um das Recht, ermöglichen.⁶⁵ Zu den beiden Verweisungen des Rechts an die Moral tritt daher eine dritte Delegation. Die auf die jeglichem Sprechen und Tun unterliegenden Regeln in Gestalt der idealen Sprechsituation.⁶⁶ Insgesamt ergibt „sich so ein *Drei-Ebenen-Modell*. Die Offenheitslücke auf der Regelebene mache beim Prozess der Normkonkretisierung zunächst eine Berücksichtigung von

⁶¹ Habermas, Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, 1994, S. 289. Dazu Neumann, Zur Interpretation des forensischen Diskurses in der Rechtsphilosophie von Jürgen Habermas, in: Krawietz / Preyer (Hrsg.), System der Rechte, demokratischer Rechtsstaat und Diskurstheorie des Rechts nach Jürgen Habermas, Rechtstheorie, Bd. 27, H. 3, 2., 2004, S. 415 ff., 417 f.

⁶² Habermas, Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, 1994, S. 283.

⁶³ Vgl. Engländer, Diskurs als Rechtsquelle? Zur Kritik der Diskurstheorie des Rechts, 2002, S. 34.

⁶⁴ Vgl. Engländer, Diskurs als Rechtsquelle? Zur Kritik der Diskurstheorie des Rechts, 2002, S. 40.

⁶⁵ Anders und unmittelbar praktisch orientiert zur „Argumentationsintegrität“ Groeben / Christmann, Argumentationsintegrität als Zielidee im Rechtssystem?, in: Lerch (Hrsg.), Recht verhandeln. Argumentieren, Begründen und Entscheiden im Diskurs des Rechts. Die Sprache des Rechts, Band 2, 2005, S. 155 ff.

⁶⁶ Kritisch dazu hier Christensen / Sokolowski, Die Krise der Kommunikation und die Möglichkeit juristischen Argumentierens, in: Lerch (Hrsg.), Recht verhandeln. Argumentieren, Begründen und Entscheiden im Diskurs des Rechts. Die Sprache des Rechts, Band 2, 2005, S. 105 ff., 116 ff.

Prinzipien erforderlich. Damit allein könne aber das Lückenhaftigkeitsproblem des Rechts nicht gelöst werden. Es verbleibe noch eine Unbestimmtheitslücke auf der Prinzipienebene. Diese Unbestimmtheitslücke werde geschlossen durch eine prozedurale Moraltheorie, die die Wertungen auf der Abwägungsebene einer rationalen Kontrolle zugänglich mache und die Möglichkeit richtiger Entscheidungen begründet.⁶⁷

Die Modellierung des juristischen Verfahrens als Sonderfall des praktischen Diskurses beruht auf drei Annahmen. Es gibt zum ersten auf der Ebene der Pragmatik stabile Regeln, als deren Befolgung dieses Handeln seinen Sinn und seine Berechtigung gewinnt. Zum zweiten ermöglichen diese als Reflex der praktischen Vernunft einen universalistisch ausgerichteten moralischen Diskurs. Durch den ist zum dritten der durch jegliche Rechtsbehauptung vorausgesetzte Richtigkeitsanspruch einzulösen. Ohne diese Verpflichtung auf Richtigkeit wäre von vornherein auch der Anspruch verspielt, in Gestalt der eigenen, im Streit vorgetragenen Belange Recht zu vollziehen und so die Entscheidung für sich einnehmen zu können. Nun ist es zwar lobenswert, wenn die Sonderfallhypothese nicht die Augen vor den Realitäten des Rechtsstreits verschließt. Dies umso mehr, als sie diesen ganz im Unterschied zur allgemeinen Diskurstheorie einen systematischen Rang für das juristische Handeln zubilligt, sie nicht lediglich als Abweichungen vom wahren Kommunizieren verwirft.⁶⁸

c) Idealer Diskurs und Zwänge des Verfahrens

Die entscheidende Frage ist allerdings, ob dann der Diskurs tatsächlich als Remedium gegen die Zwänge des Verfahrens zu wirken vermag. Denn es ist zwar „richtig, dass, soweit vor Gericht - wie auch außerhalb - überhaupt argumentiert wird, implizit die Relevanz des vorgetragenen Arguments für die zu begründende Behauptung oder die anstehenden Entscheidungen behauptet wird.“⁶⁹ Das allein führt aber nicht sehr weit. Ein solcher „mit der allseits geteilten Erkenntnis des strategischen Charakters der Argumentation zu vereinbarende Richtigkeitsanspruch genügt nicht, um die forensische Argumentation als Sonderfall des moralischen Diskurses zu erweisen. Denn die für die Diskurstheorie konstitutive Bindung der Richtigkeit der Entscheidungen an ein bestimmtes Verfahren setzt voraus, dass dieses Verfahren den Gesichtspunkt der Unparteilichkeit und der Offenheit der Beteiligten für das ‚richtige‘ Ergebnis operationalisiert.“⁷⁰

⁶⁷ Engländer, Diskurs als Rechtsquelle? Zur Kritik der Diskurstheorie des Rechts, 2002, S. 35.

⁶⁸ Dennoch zur „Defizitkonsequenz“ der Sonderfallthese Christensen / Kudlich, Theorie richterlichen Begründens, 2001, S. 64 f.

⁶⁹ Neumann, Zur Interpretation des forensischen Diskurses in der Rechtsphilosophie von Jürgen Habermas, in: Krawietz / Preyer (Hrsg.), System der Rechte, demokratischer Rechtsstaat und Diskurstheorie des Rechts nach Jürgen Habermas, Rechtstheorie, Bd. 27, H. 3, 2. , 2004, S. 415 ff., 418.

⁷⁰ Neumann, Zur Interpretation des forensischen Diskurses in der Rechtsphilosophie von Jürgen Habermas, in: Krawietz / Preyer (Hrsg.), System der Rechte, demokratischer Rechtsstaat und Diskurstheorie des Rechts nach Jürgen Habermas, Rechtstheorie, Bd. 27, H. 3, 2. , 2004, S. 415 ff., 418 f.

Daher fragt sich schärfer noch, ob die Sonderfallthese überhaupt in der Lage ist, das Eingeständnis der Realitäten des Rechts doch wieder in die generelle Vorstellung vom Diskurs einzuholen oder ob der Diskurs nicht vielmehr diesen zum Opfer fällt, wenn das Eingeständnis nur ernst genug ist. Das wäre allerdings fatal für die Diskurstheorie. Denn es bedeutete nichts geringeres, als dass der vermeintlich stabile Fluchtpunkt der Prinzipien tatsächlich Teil der im Streit widerstreitend zirkulierenden Irritationen ist. Das „richtige Ergebnis“ kann dann nie eines jenseits der Argumentation vor Gericht sein. Das Höchste, was im Gerichtssaal zu erreichen ist, ist ein richtiges Ergebnis das allein in der erreichten Einwandfreiheit der die Entscheidung stützenden Argumente liegt.⁷¹ Und Einwandfreiheit heißt schlicht, dass man im Verfahren an das Ende der Kette der erreichbaren Gründe gelangt ist, die sich vor Ort noch überzeugend gegen die Entscheidung vorbringen lassen und daher eben so entscheidet.⁷²

In ihrer Kritik an der Diskurstheorie des Rechts zeigen Armin Engländer und Ulfrid Neumann, dass genau hier denn auch die Sonderfallhypothese scheitert.⁷³ Das Eingeständnis der Besonderheiten des rechtlichen Verfahrens verwehrt es, dieses im Sinne des Konsensideals überhaupt noch als Diskurs betrachten zu können. Bei Licht besehen springt das diskursive Verfahren nämlich nicht in die Bresche der mit dem Rechtsstreit eröffneten Notwendigkeit zur Begründung der Entscheidung. Vielmehr wird der Diskurs in diesen Streit zurückgebogen und in ihn involviert.

Gerade das Argument der Diskurstheorie, dass sich die Akteure im Rechtsstreit um der argumentativen Geltungsfähigkeit willen wenigstens den Anschein geben müssen, dass sie „nicht erfolgsorientiert handeln, sondern sich wechselseitig als Teilnehmer eines kooperativen Verständigungsprozesses anerkennen“,⁷⁴ hebt die These vom diskursiven Charakter des rechtlichen Verfahrens aus.⁷⁵ Denn „gegen die Zuordnung zum allgemein-praktischen Diskurs sperrt sich das Gerichtsverfahren auch in Hinblick auf institutionelle Besonderheiten forensischen Argumentierens. Nicht nur Prozesshandlungen wie Klageerhebung,

⁷¹Siehe *Christensen / Kudlich*; Theorie richterlichen Begründens, 2001, S. 244 f.; sowie *Christensen / Sokolowski*, Die Krise der Kommunikation und die Möglichkeit juristischen Argumentierens, in: Lerch (Hrsg.), Recht verhandeln. Argumentieren, Begründen und Entscheiden im Diskurs des Rechts. Die Sprache des Rechts II, 2005, S. 105 ff., 152 f.

⁷²Entsprechend zur Geltung *Christensen / Sokolowski*, Die Krise der Kommunikation und die Möglichkeit juristischen Argumentierens, in: Lerch (Hrsg.), Recht verhandeln. Argumentieren, Begründen und Entscheiden im Diskurs des Rechts. Die Sprache des Rechts II, 2005, S. 105 ff., 152 f.

⁷³Siehe *Engländer*, Diskurs als Rechtsquelle? Zur Kritik der Diskurstheorie des Rechts, 2002, v.a. S. 144 ff. *Neumann*, Zur Interpretation des forensischen Diskurses in der Rechtsphilosophie von Jürgen Habermas, in: Krawietz / Preyer (Hrsg.), System der Rechte, demokratischer Rechtsstaat und Diskurstheorie des Rechts nach Jürgen Habermas, Rechtstheorie, Bd. 27, H. 3, 2. , 2004, S. 415 ff.

⁷⁴*Engländer*, Diskurs als Rechtsquelle? Zur Kritik der Diskurstheorie des Rechts, 2002, S. 145.

⁷⁵Vgl. *Neumann*, Zur Interpretation des forensischen Diskurses in der Rechtsphilosophie von Jürgen Habermas, in: Krawietz / Preyer (Hrsg.), System der Rechte, demokratischer Rechtsstaat und Diskurstheorie des Rechts nach Jürgen Habermas, Rechtstheorie, Bd. 27, H. 3, 2. , 2004, S. 415 ff., 417 ff.

Einlegung von Rechtsmitteln usw., sondern auch bestimmte Tatsachenbehauptungen haben den Charakter von Spielzügen, an deren Ausführung bzw. Unterlassung prozessuale Konsequenzen geknüpft werden.“⁷⁶ Der Einsatz des Diskurses zum Zweck der kommunikativen Selbstbehauptung ist seinerseits nichts anderes als schiere Strategie. Die Frage der Berechtigung und Richtigkeit wird damit also nicht erledigt. Vielmehr wird sie für das Verfahren selbst reformuliert und setzt sich an das argumentative Handeln vor Gericht gewandt fort.

Die Diskurstheorie versucht dem zu begegnen, indem sie den Schwerpunkt auf den Richter als den eigentlichen Adressaten legt. Wenigstens er soll unabhängig von kommunikativen Egoismen und Erfolgsorientiertheit alles in der Sache Vorgebrachte vollkommen unvoreingenommen erwägen. Demnach sollen „alle Prozessbeteiligten, von welchen Motiven sie auch immer geleitet sind, Beiträge zu einem Diskurs liefern, der *aus der Perspektive des Richters* der unparteilichen Urteilsfindung dient. Allein diese Perspektive ist aber für die Entscheidungsbegründung konstitutiv.“⁷⁷ Einmal abgesehen davon, dass eine solche „monologische“ Verkürzung des Verfahrens auf ein Überlegen des Richters dem durch und durch interaktiven Charakter des Verfahrens in keinsten Weise gerecht wird,⁷⁸ widerlegt sich die Diskurstheorie hier selbst. Denn die monologisierende Verabsolutierung der Richterperspektive degradiert die übrigen Beteiligten im Verfahren zu bloßen Statisten. Ihr Vorbringen wird ganz einer Wahrnehmung durch den entscheidenden Richter übereignet. Natürlich ist das im Moment der Entscheidung in der den Parteien verborgenen Verschwiegenheit des Beratungszimmers den Parteien entzogen. Und das kann auch gar nicht anders sein.⁷⁹ Nur widerspricht das eben dem universalpragmatischen Erfordernis, dass jeder Sprecher im Diskurs sich unbedingt und aus sich heraus als ein solcher entfalten können muss, solange er nur gewillt ist, sich auf eine Argumentation einzulassen. Und das sind alle Beteiligten nolens volens ganz sicherlich, sofern sie sich ihre Chance bewahren wollen, zu ihrem Recht zu kommen.

Damit führt für die Diskurstheorie kein Weg daran vorbei, die jeweiligen Äußerungen genau so zu nehmen, wie sie vom Sprecher beabsichtigt sind und

⁷⁶ Neumann, Zur Interpretation des forensischen Diskurses in der Rechtsphilosophie von Jürgen Habermas, in: Krawietz / Preyer (Hrsg.), System der Rechte, demokratischer Rechtsstaat und Diskurstheorie des Rechts nach Jürgen Habermas, Rechtstheorie, Bd. 27, H. 3, 2. , 2004, S. 415 ff., 419.

⁷⁷ Habermas, Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratische Rechtsstaats, 1994, S. 283.

⁷⁸ Vgl. Neumann, Zur Interpretation des forensischen Diskurses in der Rechtsphilosophie von Jürgen Habermas, in: Krawietz / Preyer (Hrsg.), System der Rechte, demokratischer Rechtsstaat und Diskurstheorie des Rechts nach Jürgen Habermas, Rechtstheorie, Bd. 27, H. 3, 2. , 2004, S. 415 ff., 418 f. Zum juristischen Diskurs wesentlich als Interaktion Christensen / Kudlich, Theorie richterlichen Begründens, 2001, S. 195 ff.; so eingehenden Untersuchungen bei Löscher, Bausteine für eine psychologische Theorie richterlichen Urteilens, 1999.

⁷⁹ Dazu Friedrich Müller / Christensen / Sokolowski, Rechtstext und Textarbeit, 1997, S. 94 ff. Zur Konstellation des Beratungszimmers Seibert, Zeichen, Prozesse. Grenzgänge zur Semiotik des Rechts, 1996, S. 175 f.

sich nicht über deren Sinn und Bedeutung hinweg zu setzen. Zu der gehört es für die Parteien vor Gericht nun einmal, ihre jeweilige Rechtsmeinung als die einzig berechnigte auszuweisen und durchzusetzen. Das ganze Verfahren machte für sie sonst keinerlei Sinn. Damit haben „aus der Sicht des Richters die strategisch motivierten Beiträge der Parteien als mögliche Gründe für sein Urteil einen anderen Sinn als ihn die Parteien selbst mit ihren Argumenten verbinden, entsteht aufgrund dieser anderen Perspektive eine Kluft zwischen den Parteien einerseits und dem Richter andererseits. Der Richter akzeptiert die Parteien dann nicht als gleichberechnigte Teilnehmer an einem kooperativen Verständigungsprozess. Das wäre nach der Diskurstheorie auch gar nicht möglich, da es den Parteien als strategisch handelnden Akteuren an der hierfür erforderlichen verständigungsorientierten Einstellung fehlt.“⁸⁰ Andererseits kann der Richter aber um der Begründbarkeit seiner Entscheidung allein aus dem Recht nicht anders, als sich über den jeweiligen Alleinvertretungsanspruch der Parteien hinwegzusetzen. Sein Urteil wäre ansonsten selbst parteilich und damit nicht zu rechtfertigen. Vor Willkür wird die Entscheidung nur dadurch bewahrt, dass sie die im Verfahren vorgebrachten Argumente nicht negiert, sondern abarbeitet.⁸¹

Man kann es also drehen und wenden, wie man will. Das juristische Verfahren lässt sich zugunsten seiner Rechtfertigung einfach nicht unter den praktischen Diskurs bringen.⁸² Die richterliche Entscheidung beansprucht nicht konsensfähige Vernünftigkeit im Sinne der Theorie des praktischen Diskurses, sondern Zurechenbarkeit zu den Normtexten der geltenden Rechtsordnung. Wenn die Sonderfallhypothese diesen qualitativen Unterschied bestreitet, dichtet sie dem juristischen Diskurs eine über die Gesetzesbindung hinausgehende Wahrheits- und Gerechtigkeitssuche an. Ist dem juristischen Diskurs diese ihm fremde Aufgabenstellung erst einmal unterschoben, dann kann die Theorie des praktischen Diskurses abschließend darüber befinden, ob sie erfüllt ist oder nicht. Der tautologisch vorausgesetzte Maßstab beweist aber nur, dass diese Argumentationsform nicht in den juristischen Diskurs hineinprojiziert werden kann, ohne mit seiner Struktur in Konflikt zu geraten. Wenn also die Sonderfallhypothese einen praktischen Richtigkeitsanspruch voraussetzt und dann feststellt, dass der juristische Diskurs diesen Anspruch nicht einlösen kann, so hat er nur bewiesen, dass der juristische Diskurs anders funktioniert, als es ihm nach der Theorie des praktischen Diskurses erlaubt ist. Damit zerschlägt sich die Hoffnung auf einen dem Verfahren entzogenen Rationalitätsmaßstab.

Es bleibt mit den diskurstheoretischen Verschiebungen der Maßstäbe beim uneinholbaren Aufschub. Zunächst werden die Gesetzesbindung und ein System von Regeln und Argumentformen erwähnt, die sie einlösbar machen sollen. Eine

⁸⁰Engländer, Diskurs als Rechtsquelle? Zur Kritik der Diskurstheorie des Rechts, 2002, S. 147.

⁸¹Dazu im einzelnen Friedrich Müller / Christensen / Sokolowski, Rechtstext und Textarbeit, 1997, S. 94 ff.

⁸²So auch das Fazit von Engländer, Diskurs als Rechtsquelle? Zur Kritik der Diskurstheorie des Rechts, 2002, S. 147.

Argumentationstheorie hätte nun zu fragen, inwieweit die erwähnten Regeln und Argumentformen die ihnen verfassungsrechtlich zugewiesene Funktion erfüllen, und eventuell wären auf dieser normativen Grundlage die vorgefundenen Strukturen im Hinblick auf eine klare Rangfolge weiterzuentwickeln. Diese Fragen einer verfassungsrechtlich rückgebundenen empirischen Argumentationstheorie werden hier jedoch von der Feststellung verdrängt, dass der juristische Diskurs die konkrete Entscheidung nicht so weit „determinieren“ kann, dass er genau ein Ergebnis auszeichnet. Nun ist ja verfassungsrechtlich auch vom Richter nicht gefordert, dass er sein Verständnis des amtlichen Normtextes als das einzig vertretbare und zeitlos richtige ausweist. Es genügt, dass er bei seiner Entscheidung derjenigen konkurrierenden Interpretation den Vorzug gibt, welche dem Normtext unter den einschränkenden Bedingungen der methodenrelevanten Normen besser zugerechnet werden kann. Es geht um Geltung relativ zu den vorgebrachten Argumenten, nicht um zeitlose Geltung. Der Versuch jedenfalls die Rechtsarbeit an ein unhintergebares A priori des praktischen Diskurses zu binden, erweist sich als willkürlich und leer. Die Bedingungen, welche als Gesetzesbindung für praktische Rechtsarbeit ein historisch relatives Apriori darstellen sollten, werden unter den Vorbehalt universalpragmatisch vernünftiger Gründe gestellt. Die relative Rationalität juristischen Handelns ist damit ersetzt durch eine absolute Rationalität, welche sich bei genauer Betrachtung jedoch als Illusion erweist. Angesichts dieser Schwierigkeit haben dann Vertreter der Diskurstheorie die Sonderfallhypothese aufgegeben.⁸³ Die Lösung, die sie für das Problem eines Rationalitätsmaßstab juristischen Entscheidens vorschlagen, ist die einer strikten Trennung von Begründungs- und Anwendungsdiskurs.⁸⁴

2. Anwendungsdiskurs

a) **Die Trennung von Anwendungs- und Begründungsdiskurs** Mit der strikten Trennung von Anwendungs- und Begründungsdiskurs versucht die Diskurstheorie den gordischen Knoten zu zerschlagen, in den sich der Versuch, das rechtliche Verfahren zu begründen, immer wieder verstrickt. Wenn man durch die Verklammerung mit einer höheren Rationalität die Entscheidung von Recht selbst noch einmal als Recht begründen will, gerät man in einen Teufelskreis. Dieser soll durch eine strikte Auseinanderlegung von Begründung und Anwendung durchbrochen werden.⁸⁵ „Während bei der Begründung von Normen ihre abstrakte Gültigkeit thematisiert werde, stehe bei der Anwendung die

⁸³Siehe *Günther*, Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht, 1988; sowie im Anschluss daran *Habermas*, Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, 1994, S. 138 ff.

⁸⁴Vgl. zum Folgenden auch bereits *Christensen/Kudlich*, Gesetzesbindung oder die Entskandalisierung des Paradoxes, in: Friedrich Müller (Hrsg.), Politik, (Neue) Medien und die Sprache des Rechts, 2007, S. 135 ff.

⁸⁵Als Versuch dazu *Günther*, Kopf oder Füße? Das Rechtsprojekt der Moderne und seine vermeintlichen Paradoxien, in: Kiesow / Ogorek / Simitis (Hrsg.), Summa. Dieter Simon zum 70. Geburtstag, 2005, S. 255 ff.

Angemessenheit einer Norm in einer bestimmten Situation im Zentrum.“⁸⁶ Die normative Geltung von Recht als gerechtfertigtem wird als Begründungsbasis einer Rechtserzeugung vorausgesetzt. Die braucht sich damit selbst nicht mehr um eine Richtigkeit von Recht sorgen. Sie kann sich ganz auf ihre konkrete Berechtigung konzentrieren. Die Lösung scheint bestechend. Scheinbar kann es so gelingen, konsequent den Gegebenheiten des juristischen Verfahrens Rechnung zu tragen, ohne das Ziel einer anspruchsvolleren Begründung der Entscheidung aufzugeben. Die perfekte Quadratur des Kreises also.

Die Trennung von Begründungs- und Anwendungsdiskurs will all den Problemen aus dem Weg gehen, die sich aus einer Kontaminierung des praktischen Diskurses moralischer Richtigkeit mit dem juristischen Diskurs ergeben.⁸⁷ Denn „eine, im Rahmen der geltenden Rechtsordnung vernünftige Begründung“ kann ex definitione keine *Geltungsbegründung* sein. Vielmehr wird die Gültigkeit der Normen oder der Rechtsordnung im Ganzen in der juristischen Argumentation ja gerade vorausgesetzt.“⁸⁸

Wie aber soll sich dann überhaupt noch eine Richtigkeit der Entscheidung im Sinn einer „Angemessenheit“ der mit ihr vollzogenen Rechtsanwendung ergeben?⁸⁹ Dann muss man an erster Stelle die Situation beachten. Darauf kann sich der Anwendungsdiskurs aber nicht beschränken. Die Entscheidung würde sich auf eine lediglich opportunistische und damit willkürliche Befriedung des aktuellen Rechtsstreits verkürzen. Es bedarf schon eines Pendantes zum Forum der Richtigkeit von Recht, um eine ernstzunehmende Begründung über den Tag hinaus zu erreichen. Ein solches Pendant soll darin liegen, dass „zum einen alle relevanten Merkmale der Situation sowie zum anderen alle weiteren in Betracht kommenden, unter Umständen auch kollidierenden Normen zu berücksichtigen sind.“⁹⁰ Diese Generalisierung ist sozusagen der Prüfstein für die Bewährung der Entscheidung als bestands- und geltungsfähig. Die Abfederung der Universalität durch den praktischen Diskurs zu einer Generalisierbarkeit der Anwendung soll durch eine Umkehr des Brennpunkts der Rechtfertigung bewerkstelligt werden: „Im Anwendungsdiskurs verändert sich der Gesichtspunkt, unter dem eine Norm thematisiert wird. Statt um ihre Geltung geht es nun um ihren Situationsbezug. Welche Norm einer Situation angemessen ist, lässt sich erst feststellen, wenn die Diskursteilnehmer alle prima facie anwendbaren Normen auf eine vollständige Situationsbeschreibung

⁸⁶ Engländer, Diskurs als Rechtsquelle? Zur Kritik der Diskurstheorie des Rechts, 2002, S. 36.

⁸⁷Vgl. Günther, Ein normativer Begriff der Kohärenz für eine Theorie der juristischen Argumentation, in: Rechtstheorie 20, 1989, S. 163 ff., 186. Dann wiederum gegen eine Trennung von Begründungs- und Anwendungsdiskurs Alexy, Normenbegründung und Normenanwendung, in: ders., Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie, 1995, S. 52 ff.,

⁸⁸ Günther, Ein normativer Begriff der Kohärenz für eine Theorie der juristischen Argumentation, in: Rechtstheorie 20, 1989, S. 163 ff., 186.

⁸⁹Zu dieser Bestimmung Habermas, Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, 1994, S. 286 f.

⁹⁰ Engländer, Diskurs als Rechtsquelle? Zur Kritik der Diskurstheorie des Rechts, 2002, S. 148.

bezogen haben.“⁹¹

Die große Frage der Richtigkeit vor dem Forum der Vernunft soll zur kleinen Frage der Berechtigung vor den Schranken des Gerichts reduziert werden. Es geht dann nicht mehr um die Vernünftigkeit des erreichten Ergebnisses. Es geht nur noch um die Adäquatheit und „Angemessenheit“ des Weges.⁹² „Im Rahmen von Anwendungsdiskursen ist die Angemessenheit der Anwendung geltender Normen auf bestimmte Lebenssachverhalte zu erweisen.“⁹³ Die Frage nach einer absoluten Rationalität der Begründung wäre zurechtgestutzt auf die Frage nach einer relativen Rationalität der Anwendung, die beruhigt die erste dahin gestellt sein lassen könnte. Dies wäre sozusagen die irdische Version der Universalisierungsforderung des praktischen Diskurses.

b) In-Frage-Stellung der Gültigkeit durch den Anwendungsdiskurs

Sie ist aber auch genauso problematisch. Denn mit der Sonderfallhypothese teilt die Trennungsthese nach wie vor grundlegenden Präventionen. Zum einen hält auch die Trennungsthese daran fest, dass im Einzelfall nur die „einzige richtige Entscheidung“ geben kann.⁹⁴ Das folgt daraus, dass diese Entscheidung zum zweiten aus dem Ganzen von Recht heraus vorgezeichnet ist. Nur so kann das Recht weiter als Garant für die Richtigkeit der Entscheidung wirksam sein, auch wenn die Richtigkeit des Rechts im Verfahren nicht zur Sprache gebracht und damit auch nicht in den Streit hinein gezogen wird. „Die spezifischen juristischen Regeln für die Konkretisierung von Normtexten sollen so rekonstruiert werden, dass sie eine kohärente Interpretation aller prima facie anwendbaren Rechtsnormen angesichts einer vollständig beschriebenen Situation ermöglichen.“⁹⁵ Damit wird berücksichtigt, dass die als Begründungsbasis vorausgesetzte Norm natürlich nicht ihre Anwendung im konkreten Fall vorzeichnen kann: „Die besondere Problematik der Anwendung von Normen besteht (...) in der Unmöglichkeit einer Antizipation jeder möglichen Anwendungssituation einer Norm mit all ihren Situationsmerkmalen in einem realen Begründungsdiskurs.“⁹⁶ Dies ist der unabsehbaren Dynamik der möglichen Rechtslagen und der Unübersehbarkeit der in der Norm liegenden rechtlichen Möglichkeiten für die Beteiligten geschuldet. Würde im übrigen die Norm all ihre Anwendungen schon von sich aus die Richtung weisen, bräuchte man gar kein Verfahren. Man könnte es beim alten positivistischen Automatismus eines Rechts aus dem Geset-

⁹¹ *Günther*, Ein normativer Begriff der Kohärenz für eine Theorie der juristischen Argumentation, in: *Rechtstheorie* 20, 1989, S. 163 ff., 175.

⁹² Siehe *Günther*, Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht, 1988. Zur kritischen Diskussion *Somek / Forgó*, Nachpositivistisches Rechtsdenken. Inhalt und Form des positivem Rechts, 1996, S. 319 ff.

⁹³ *Somek / Forgó*, Nachpositivistisches Rechtsdenken. Inhalt und Form des positivem Rechts, 1996, S. 336.

⁹⁴ Vgl. *Habermas*, Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, 1994, S. 256.

⁹⁵ *Engländer*, Diskurs als Rechtsquelle? Zur Kritik der Diskurstheorie des Rechts, 2002, S. 37.

⁹⁶ *Engländer*, Diskurs als Rechtsquelle? Zur Kritik der Diskurstheorie des Rechts, 2002, S. 36.

zbuch belassen. Andererseits muss die Entscheidung aber, um als angemessen gerechtfertigt werden zu können, über ihre Situationsverhaftung hinausweisen. Tut sie dies nicht, könnte man sie kaum als eine „Anwendung“ ausweisen. Man landet beim alten dezisionistischen Gewaltstreich einer Schöpfung von Recht aus dem Nichts. Zum dritten muss aber der Nachweis der Angemessenheit im Verfahren möglich sein, ohne die zur Anwendung gebrachte Norm selbst mit in die Debatte zu verwickeln und damit einen sich unabsehbar fortschreibenden Begründungsbedarf loszutreten.

Hinter die Gültigkeit der Norm wird also doch durch den Anwendungsdiskurs zwangsläufig erst einmal ein Fragezeichen gesetzt. Die in „Begründungsdiskursen gerechtfertigte Normen erhalten daher lediglich einen *prima facie*-Charakter, d.h. die Anwendung solcher Normen stehe unter einem *ceteris paribus*-Vorbehalt.“⁹⁷ Das kann nur bedeuten, dass der Anwendungsdiskurs die Geltung der Norm nicht ganz so vorbehaltlos voraussetzt, wie die Trennungsthese nahe legt. Damit vollzieht sich die erste Aufweichung der Trennungsthese. Der Anwendungsdiskurs geht als sein Ansatzpunkt keineswegs von der Gültigkeit des Gesetzes aus. Vielmehr unterstellt er erst einmal nur die Geltung der Norm in dem aktuell vorliegenden Rechtsfall. Das heißt, der Anwendungsdiskurs soll auf der einen Seite zwar nicht die Gültigkeit der Norm problematisieren. Dies ist dem Begründungsdiskurs vorbehalten, der für die Entscheidung als gelungen unterstellt wird. Auf der anderen Seite soll der Anwendungsdiskurs aber sehr wohl die Gültigkeit der Norm nicht fraglos unterstellen. Es fragt sich nur, warum: Die Norm besagt zwar, dass man nach ihr zum Recht kommen kann. Sie vermag aber nicht zu sagen, wann das der Fall ist und wie dies im einzelnen geschehen soll. Sie weist an, dass in einer entsprechenden Rechtslage nach ihr zu verfahren ist. Dies gibt der Anwendung das Thema vor. Die vorderhand gültige Norm vermag aber nicht zu sagen, welches diese Lage ist und wie sie dementsprechend einzusetzen und anzuwenden ist. Das kann daher allein Sinn und Zweck eines Anwendungsdiskurses sein. Denn „dass eine Norm *prima facie* gilt, bedeutet nur, dass sie unparteilich begründet worden ist; erst ihre unparteiliche Anwendung führt zur gültigen Entscheidung eines Falles. Die Gültigkeit der Norm verbürgt noch keine Gerechtigkeit im Einzelfall.“⁹⁸

Das zieht natürlich die Frage nach sich, wie man entscheiden kann, ob der Anwendungsdiskurs richtig liegt. Nach der Trennungsthese soll dies im Lichte der weiteren Normen im Gefüge des Rechts geschehen. Jede gültige Norm soll „mit allen anderen gültigen Normen eine kohärente Ordnung bilden. Jede gültige Norm sei auf eine kohärente Ergänzung durch alle anderen in einer Situation anwendbaren Normen angewiesen. Zugleich sei es aber erst die einzelne Situation, deren angemessene Interpretation der ungeordneten Menge gültiger Nor-

⁹⁷ *Engländer*, Diskurs als Rechtsquelle? Zur Kritik der Diskurstheorie des Rechts, 2002, S. 36. Siehe dann auch selbst *Günther*, Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht, 1988, S. 78 ff., 266.

⁹⁸ *Habermas*, Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, 1994, S. 266.

men die bestimmte Gestalt einer jeweils kohärenten Ordnung verleiht.“⁹⁹ Diese Ordnung springt in der Frage des Zweifels oder gar der Kollision als Bewertungs- und Abwägungsgrundlage ein. Ausschlaggebend ist dann die Variante, die sich kohärent der rechtlichen Ordnung fügt: „Anwendungsdiskurse stehen (...) unter der Anforderung, bei Berücksichtigung aller für eine Situation relevanten Merkmale die als angemessen angesehenen Norm auszuwählen, inhaltlich zu bestimmen und unparteilich anzuwenden. Da die Geltung von Normen durch sie unangetastet bleiben soll, bildet die Auflösung sogenannter externer Normkollisionen und die Einbettung von dabei zu entwickelnden Kollisionsregeln in ein kohärentes Schema den zentralen Bezugspunkt.“¹⁰⁰ Die alte Idee der Einheit des Rechts in neuem Gewande also. Seinen Niederschlag findet sie darin, dass der Anwendungsdiskurs alle denkbaren Anwendungssituationen zu erwägen hat, um darüber befinden zu können, ob der aktuell vorliegende Fall dazu gehört. Zugleich aber wird diese Ordnung erst durch die angemessene Anwendung geschaffen. Das ist zwar prinzipiell richtig. Die Rechtserzeugung bewegt sich als ein holistisches Unternehmen immer entlang einer Kontextualisierung ihrer einzelnen Argumente zugunsten von deren Abstützung oder Widerlegung. Zugleich stellt diese Kontextualisierung aber erst einen Zusammenhang her, der sich als ein System von Recht jeweils präsentiert.¹⁰¹ Genau dies muss die Trennungsthese bestreiten. Denn damit ist der Anwendungsdiskurs genötigt, jenen Begründungsdiskurs zu führen, der als eine unabhängige Rationalitätsquelle eigentlich ausgeklammert bleiben sollte. Also muss dafür doch den Normen eine „eine alle möglichen Kontexte übergreifende Geltung“ unterstellt werden, damit arbeitsteilig „komplementär dazu (...) das ‚Anwenden‘ (...) die Relevanz von Normen für einzelne Kontexte“ herausstellen kann.¹⁰²

Auf der einen Seite wird Gültigkeit vorausgesetzt, damit die Anwendung als eine Entscheidung von Recht gelingen kann. Auf der anderen Seite aber doch wieder nicht, damit die Anwendung als eine angemessene erfolgreich sein kann. Bei Licht besehen kann dies nur durch das Prozedere des Verfahrens eingelöst werden. Die Gültigkeit der Norm wird über eine situationsadäquate Interpretation in das Verfahren eingeführt. Darin macht sich ein unversalisierendes Moment bemerkbar, aus dem sich die Rechtfertigung der Entscheidung speisen soll. Sie soll gewissermaßen dadurch das aktuelle Erbe des Begründungsdiskurses antreten können, „aufgrund einer möglichst umfassenden Situationsbeschreibung vor dem Hintergrund geltender Normen eine vollständige unparteiliche

⁹⁹ *Engländer*, Diskurs als Rechtsquelle? Zur Kritik der Diskurstheorie des Rechts, 2002, S. 37; sowie *Habermas*, Erläuterungen zur Diskursethik, in: *ders.*, Erläuterungen zur Diskursethik 1991, S. 119 ff., 141.

¹⁰⁰ *Somek / Forgó*, Nachpositivistisches Rechtsdenken. Inhalt und Form des positivem Rechts, 1996, S. 337.

¹⁰¹ Ausführlicher dazu *Christensen / Sokolowski*, Die Krise der Kommunikation und die Möglichkeit juristischen Argumentierens, in: Lerch (Hrsg.), Recht verhandeln. Argumentieren, Begründen und Entscheiden im Diskurs des Rechts. Die Sprache des Rechts II, 2005, S. 105 ff., 147 ff.

¹⁰² *Somek / Forgó*, Nachpositivistisches Rechtsdenken. Inhalt und Form des positivem Rechts, 1996, S. 337.

Situationsdeutung zu erarbeiten.“¹⁰³ Zugleich muss sich das Verfahren als ein Anwendungsdiskurs an die Begründungsdiskurs zurückwenden, um diese Situationsbeschreibung ins Benehmen mit der gültigen Norm zu setzen, sie als einen ihrer Fälle ausweisen. „In der Situationsdeutung werden die ‚signifikanten‘ Merkmale einer Situationsbeschreibung mit Norminterpretationen in Beziehung gesetzt. Welche Norm zur Anwendung gelangt, hängt davon ab, welche als korrekt erachtete Norminterpretation sich mit der angemessenen Situationsdeutung zur Deckung bringen lässt.“¹⁰⁴

Schaut man genau hin, dann hat sich unter der Hand die Norm von einer Voraussetzung in ein Argument verwandelt. Sie fungiert nicht mehr als Bezugspunkt für das Verfahren. Vielmehr dient sie im Verfahren dazu, die Situation des zur Entscheidung anstehenden Streits in eine durch die Entscheidung zu formulierende Rechtslage zu transponieren. „Mit konkreten Situationsbeschreibungen konfrontiert erscheinen geltende Normen mithin wie bloß prima-facie anwendbare ‚Prinzipien‘ Sie verwandeln sich in vorrangig zu berücksichtigende Argumente, die in einen Diskurs über Angemessenheit eingebracht werden.“¹⁰⁵

c) Das Verschwimmen der Grenzen zwischen Anwendungs- und Begründungsdiskurs

Damit ist die angeblich so „strikte“ Trennung zwischen Begründungs- und Anwendungsdiskurs bis zur Unkenntlichkeit porös geworden. Infolgedessen steht auch neuerlich die Frage an, aus welcher Quelle sich dann die Rechtfertigung der Entscheidung speisen soll, wenn die Anwendung ganz offensichtlich das Recht nicht einfach voraussetzen kann. Günther weicht hier auf die Semantik aus,¹⁰⁶ indem er davon ausgeht, „dass geltende Normen, sobald sie gemeinschaftlich akzeptiert sind, eine durch sprachliche Verwendungsregeln garantierte feststehende Bedeutung haben, die an sich von jener, welche sie im Anwendungsdiskurs zeigt, unabhängig ist, mag sie in diesem auch genauer ermittelt werden können. Dieser semantische Gehalt müsste der Anwendung folglich ‚Deckung‘ verleihen können.“¹⁰⁷

Es sei einmal ganz davon abgesehen, dass hier für die kritischen Ausdrücke der Norm das notorisch dilemmatische Problem einer Bedeutungsgleichheit ins Spiel kommt, ohne welche „der Zusammenhang von geltender Norm und Anwendung (...) nicht dingfest gemacht werden“ kann.¹⁰⁸ So oder so handelt sich die

¹⁰³ *Somek / Forgó*, Nachpositivistisches Rechtsdenken. Inhalt und Form des positivem Rechts, 1996, S. 337.

¹⁰⁴ *Somek / Forgó*, Nachpositivistisches Rechtsdenken. Inhalt und Form des positivem Rechts, 1996, S. 337.

¹⁰⁵ *Somek / Forgó*, Nachpositivistisches Rechtsdenken. Inhalt und Form des positivem Rechts, 1996, S. 338.

¹⁰⁶ Vgl. *Günther*, Ein normativer Begriff der Kohärenz für eine Theorie der juristischen Argumentation, in: *Rechtstheorie* 20, 1989, S. 163 ff., 176.

¹⁰⁷ *Somek / Forgó*, Nachpositivistisches Rechtsdenken. Inhalt und Form des positivem Rechts, 1996, S. 340.

¹⁰⁸ *Somek / Forgó*, Nachpositivistisches Rechtsdenken. Inhalt und Form des positivem Rechts, 1996, S. 340.

Trennungsthese ein gewaltiges Problem ein. Die „Deckung“ der Anwendung soll dadurch möglich sein, dass die Norm in ihrem Bedeutungsgehalt eine Regel gibt, auf deren Befolgung hin der aktuell zur Entscheidung anstehende Fall geprüft werden kann. Seine Lösung stellt dies im Urteil fest. Semantik ist die Folie auf der juristische Praxis zu einer gerechtfertigten Entscheidung von Recht kommen kann. Als Scheck auf eine Rechtfertigung der Entscheidung ist dies selbst aber wiederum ungedeckt.¹⁰⁹ Denn nach eigenem Eingeständnis der Trennungsthese kann er nicht anders eingelöst werden, als „dass die Beteiligten an einem Anwendungsdiskurs selbst darüber zu entscheiden haben, ob sich die Konstruktion einer individuellen Norm im Rahmen eines Systems gültiger Normen bewegt oder nicht. Die Anwender legen also die Grenzen des geltenden Gehalts von Normen fest.“¹¹⁰ Oder anders ausgedrückt, der Anwendungsdiskurs prägt selbst die Münze, die er für die Richtigkeit der Entscheidung einzulösen hat: die Begründung.

Für den Anwendungsdiskurs ist damit das Paradox wieder erreicht, dass er zum Verschwinden bringen sollte. Das Kunststück mit der Gültigkeit der Norm zu operieren und gleichzeitig doch wieder nicht soll sich in die Frage nach der Bedeutung der Norm als Regel für die Entscheidung auflösen. Damit ließen sich die zunächst in sich widerstreitenden Momente von Vorgabe durch die Norm und Handhabung als Norm in das Verhältnis von Regel und Befolgung auseinander legen. Als Handlungsanweisung hätte man zum einen eine Kohäsion. Zugleich ließe sich diese in ihre abstrakte Form als Regel und ihre konkrete Erscheinung als Befolgung zerlegen. Zwischen Regel und Befolgung bestünde dann ein Ableitungszusammenhang. Allerdings ist dieser Zusammenhang tatsächlich ein interner. Das bedeutet, dass die Trennungsthese mit ihrer Bewegung in die Semantik lediglich das Paradox der Entscheidung gegen das Regelparadox eintauscht. Das sieht auch Günther selbst.¹¹¹ Unter dem generellen Anspruch des Anwendungsdiskurses nämlich – Fällen einer angemessenen Entscheidung als Ableitung aus der Norm – kann für ihn das mit der Entscheidung angestrebte Regelfolgen nur jenes „Deuten“ sein, das nach Wittgenstein in das Regelparadox führt.¹¹² Dem könnte die Trennungsthese nur entgehen, wenn zwischen der Regel und ihrer Anwendung eine stabil präformierende Beziehung bestünde. Das ist aber ganz und gar nicht so, wie Günther eingestehen muss: „Keine Regel kann ihre eigene Anwendung regeln. Regeln für die Anwendung einer Regel müssen ihrerseits angewendet werden, ohne ihre eigene Anwendung regeln zu können, usw.“¹¹³

¹⁰⁹Zu dem mit Günthers Semantisierung einhergehenden „Problem der Unbestimmtheit“ *Christensen / Kudlich*, Theorie richterlichen Begründens, 2001, S. 87 ff.

¹¹⁰*Somek / Forgó*, Nachpositivistisches Rechtsdenken. Inhalt und Form des positiven Rechts, 1996, S. 340.; sowie *Günther*, Ein normativer Begriff der Kohärenz für eine Theorie der juristischen Argumentation, in: *Rechtstheorie* 20, 1989, S. 163 ff., 181.

¹¹¹Vgl. *Günther*, Kopf oder Füße? Das Rechtsprojekt der Moderne und seine vermeintlichen Paradoxien, in: *Kiesow / Ogorek / Simitis* (Hrsg), *Summa. Dieter Simon zum 70. Geburtstag*, 2005, S. 255 ff., 267 ff.

¹¹²Vgl. *Wittgenstein*, *Philosophische Untersuchungen*. Werkausgabe Bd. 1, 1984, § 201.

¹¹³*Günther*, Kopf oder Füße? Das Rechtsprojekt der Moderne und seine vermeintlichen Paradoxien, in: *Kiesow / Ogorek / Simitis* (Hrsg), *Summa. Dieter Simon zum 70. Geburtstag*,

Wittgensteins Konsequenz daraus ist bekanntlich, das Regelfolgen konsequent als Praxis aufzufassen. Mit jeder Befolgung steht die Regel auf dem Spiel, sofern eine Abweichung eine Regelveränderung nach sich ziehen kann statt als Fehlschlag sanktioniert zu werden. Alles hängt so von der „Auffassung einer Regel“ ab, „die *nicht eine Deutung* ist, sondern sich, von Fall zu Fall der Anwendung, in dem äußert, was wir ‚Regel folgen‘ und was wir ‚ihr entgegenhandeln‘ nennen.“¹¹⁴ Genau darum geht es bezogen auf rechtliche Normierungen vor Gericht. Strittig ist damit auch gar nicht, was der rechtlichen Regel genügt. Strittig ist vielmehr, was im anstehenden Fall überhaupt die Regel ist.¹¹⁵ Der Normtext als Anweisung auf eine Regelformulierung weist dem Streit darum lediglich bindend seine Perspektive. Den Inhalt dieser Form muss das Verfahren aber erst festlegen.¹¹⁶ Die Trennungsthese kann das natürlich nicht wollen, da es bedeutet, dass Begründungs- und Anwendungsdiskurs *als* rechtliches Verfahren intern relationiert sind. Sie sind lediglich zwei Seiten der gleichen Medaille einer argumentativen Rechtfertigung der Entscheidung.

Klaus Günther meint dem entgegen zu können, wenn er Wittgensteins Vorgabe zur Auflösung des Regelparadox für das juristische Verfahren doch noch einmal externalisieren will. Man müsse nur den Blick aus dem engeren Zusammenhang des Verfahrens heraus lenken. Was als Regelbefolgen gelten kann, entscheidet sich demnach nicht erst fallweise durch die Anwendung. Vielmehr „beziehen wir uns immer auf ein ganzes Netzwerk mehr oder weniger gut geordneter Normen. Innerhalb dieses Netzes operieren wir im Hinblick auf sich verändernde Anwendungssituationen und werden dabei mit unvorhersehbaren Normkollisionen konfrontiert, die nach einer kohärenten Auflösung in kommunikativen Verfahren durch die Betroffenen selbst (die ja in Anwendungssituationen keinen Beobachterstandpunkt außerhalb ihrer Praxis einnehmen können) verlangen. Dieses Erfordernis ist kein Indiz für ein essentielles Defizit regelgeleiteter Praxis überhaupt, sondern bloß für die Zukunftsoffenheit unserer Praxis. Wir fangen eben nicht in jeder neuen, unvorhergesehenen Situation von neuem an, uns Regeln zu schaffen.“¹¹⁷

Einen Ausweg für das Problem der Selbstverfertigung der Begründung durch die Entscheidung ergibt das nicht. An erster Stelle ist die Stabilität entsprechend sozial verankerter „Rechtsparadigmen“¹¹⁸ kontingent. Eine systematische

2005, S. 255 ff., 272.

¹¹⁴Vgl. Wittgenstein, Philosophische Untersuchungen. Werkausgabe Bd. 1, 1984, § 201.

¹¹⁵Siehe Christensen / Sokolowski, Wie normativ ist Sprache? Der Richter zwischen Sprechautomat und Sprachgesetzgeber, in: Haß-Zumkehr (Hrsg.), Sprache und Recht. Jahrbuch 2001 des Institut für Deutsche Sprache, 2002, S. 64 ff., 68 f.

¹¹⁶Im einzelnen und ausführlich dazu Friedrich Müller, Strukturierende Rechtslehre, 1994.

¹¹⁷Günther, Kopf oder Füße? Das Rechtsprojekt der Moderne und seine vermeintlichen Paradoxien, in: Kiesow / Ogorek / Simitis (Hrsg.), Summa. Dieter Simon zum 70. Geburtstag, 2005, S. 255 ff., 272.

¹¹⁸Vgl. Habermas, Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, 1994, S. 270 f. Kritisch dazu Engländer, Diskurs als Rechtsquelle? Zur Kritik der Diskurstheorie des Rechts, 2002, S. 148 f. Auf die Differenzen zwischen Habermas und Günther braucht hier in der Grundsatzdiskussion der Angemessenheit des Konzepts der „Angemessenheit“ nicht eingegangen zu werden. Siehe dazu Somek / Forgó,

Beziehung zwischen Begründungs- und Anwendungsdiskurs lässt sich darauf nicht bauen. Es bedeutet nur, dass man sich an den jeweiligen Gewissheiten auf Zeit orientiert, um zuzusehen, wie es damit aktuell weiter gehen kann. Mehr nicht. Systematisch steht immer alles auf dem Spiel. Paradigmen als Überzeugungssysteme und Leitlinien sind letztlich nicht weniger fragil als Regeln. Jede durch sie geleitete Argumentation kann sie aus dem Sockel heben und verändern. Gerade das aber ist in besonderer Weise im Rechtsstreit der Fall. Mit jedem Argument steht die Stabilität jenes „Netzes“ in Frage. Und das kann auch gar nicht anders sein, sofern juristisches Argumentieren im Wechselspiel der Interpretation von Äußerungen aus Überzeugungen und deren Erschließen wiederum aus dem, was die Beteiligten zum Ausdruck bringen, sich als Arbeit an der Regel vollzieht. Diese sind also mitnichten festgeschürzte Knoten im Netz. Im Moment ihrer Thematisierung als Streit um Recht aber droht ihnen die Auflösung und mit ihnen das Kollabieren des Ganzen.¹¹⁹ Das wiederum hängt damit zusammen, dass die sozial eingefahrenen Paradigmen von Recht im Antagonismus des Rechtsstreits gerade nicht die Rolle eines Endpunkts für die Ableitung der Entscheidung spielen. Sie sind vielmehr genau umgekehrt Ausgangspunkt für die Parteien, überhaupt in den Rechtsstreit eintreten zu können. An ihnen müssen sie nämlich ihr Vorbringen überhaupt erst einmal relevant als Rechtsmeinung ausweisen. Das bedeutet wiederum nichts anderes, als dass mit dem Rechtsstreit jene Paradigmen mit sich in Widerstreit liegen, über den juristisch zu urteilen ist. Ganz analog zur Regel geht es also im Rechtsstreit nicht darum, was nach den entsprechenden Paradigmen rechtens ist, sondern darum, was im Fall geltendes Paradigma des Rechts ist. Es führt also kein Weg daran vorbei, dass sich auch „eine semantisch konzipierte Grenze zwischen dem Gehalt einer geltenden Norm und einer durch diesen ‚gedeckten‘ Anwendung in der Tat nicht ziehen lässt.“¹²⁰

Von der Trennungsthese bleibt so nichts übrig. So gesehen hat auch Robert Alexy Recht, wenn er gegen Günther die Unmöglichkeit einer Trennung von Begründungs und Anwendungsdiskurs einwendet: „Die Idee des Anwendungsdiskurses ist zugleich richtig, leer und missverständlich. Sie ist insofern richtig, als sie die alte hermeneutische Forderung der Berücksichtigung aller Gesichtspunkte zum Ausdruck bringt. Diese Forderung ist ein elementares Rationalitätspostulat. Sie ist leer, weil sie nicht sagt, welche Gesichtspunkte wie zu berücksichtigen sind.“ Und schließlich ist sie „missverständlich, weil sie die Gefahr einer nicht-universalistischen Entscheidungspraxis birgt.“¹²¹ Allerdings kritisiert Alexy die Trennungsthese ersichtlich aus den falschen Gründen.¹²² Denn die Un-

Nachpositivistisches Rechtsdenken. Inhalt und Form des positivem Rechts, 1996, S. 346 ff.

¹¹⁹Siehe auch *Christensen / Sokolowski*, Die Krise der Kommunikation und die Möglichkeit juristischen Argumentierens, in: Lerch (Hrsg.), Recht verhandeln. Argumentieren, Begründen und Entscheiden im Diskurs des Rechts. Die Sprache des Rechts II, 2005, S. 105 ff., 147 ff.

¹²⁰*Somek / Forgó*, Nachpositivistisches Rechtsdenken. Inhalt und Form des positivem Rechts, 1996, S. 341.

¹²¹Siehe *Alexy*, Normenbegründung und Normanwendung, in: *ders.*, Recht, Vernunft, Diskurs, 1995, S. 171.

¹²²Siehe *Christensen / Kudlich*, Theorie richterlichen Begründens, 2001, S. 86 ff.

terwerfung des juristischen unter den praktischen Diskurs verspricht, wie gesehen, ebenso wenig einen aussichtsreichen Weg rationaler Begründung rechtlicher Entscheidungen. Es bleibt dabei, dass das Recht kein höheres Wesen rettet, weder in Gestalt diskursiv moralischer Prinzipien noch in Gestalt eines Gefüges gültiger Normen. Recht kann nur performativ im Verfahren geschaffen werden. Damit muss man sich aber in jedem Verfahren auch dem Paradox stellen, jene Unterscheidung zwischen Recht und Unrecht immer wieder zu schaffen, auf die man bauen will.

III. Paradox und Performanz

1. Unauflösbare Paradoxien? a) Die Trennungsthese ist mit ihrer Fokussierung auf die Praxis des Verfahrens durchaus auf dem richtigen Weg.¹²³ Denn sie bewegt sich mit der Betonung des Anwendungsdiskurses weg von den idealen Annahmen der Diskurstheorie und hin zur Pragmatik der tatsächlichen Rechtsanwendung. Günther räumt sogar den für das Recht produktiven Charakter des Verfahrens ein, weil die Anwendungen den „semantischen Gehalt“ von Normen verändern und dadurch neue Begründungsfragen aufwerfen.¹²⁴ Die Trennungsthese scheitert allerdings daran, dass sie ein prozedurales Rechtsverständnis mit der Statik der Begründungsfragen verknüpfen will. Die übergeordnete Rationalität konterkariert die Pragmatik.¹²⁵

Wenn Günther den produktiven Charakter des Verfahrens benennt, lässt er gleich wieder den Nachsatz folgen, dass die Anwendungsdiskurse „(...)unter dem Anspruch einer erschöpfenden Berücksichtigung aller relevanten Normen und Situationsdeutungen (stehen). Unter diesem Anspruch lässt sich die Angemessenheit einer Normanwendung sowohl von den Zeitgenossen als auch von späteren Generationen rational kritisieren.“¹²⁶

Seine Theorie bleibt damit einem legalistischen Rechtsverständnis verhaftet, wonach die Hauptlast der Legitimation vom Gesetz getragen wird, obwohl der Anspruch auf Legitimität performativ im Verfahren einzulösen wäre.¹²⁷ Das weitere Entgegenkommen, das die Theorie Günthers der performativen Seite zollt, lässt ihr Festhalten an den Idealen diskursiver Begründung dann ins Proklamative abgleiten ganz so, wie auch schon die vielfältige Berufung auf

¹²³Vgl. *Somek / Forgó*, Nachpositivistisches Rechtsdenken. Inhalt und Form des positivem Rechts, 1996, S. 358.

¹²⁴Vgl. *Günther*, Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht, 1988, S. 95.

¹²⁵Siehe *Somek / Forgó*, Nachpositivistisches Rechtsdenken. Inhalt und Form des positivem Rechts, 1996, S. 361 f. Ansonsten dazu *Christensen*, Die Paradoxie richterlicher Gesetzesbindung, in: Lerch (Hrsg.), Recht verhandeln. Argumentieren, Begründen und Entscheiden im Diskurs des Rechts. Die Sprache des Rechts II, 2005, S. 1 ff., 7 ff.

¹²⁶*Günther*, Kopf oder Füße? Das Rechtsprojekt der Moderne und seine vermeintlichen Paradoxien, in: Kiesow / Ogorek / Simitis (Hrsg.), Summa. Dieter Simon zum 70. Geburtstag, 2005, S. 255 ff., 273.

¹²⁷Zu dessen Kritik *Christensen*, Die Paradoxie richterlicher Gesetzesbindung, in: Lerch (Hrsg.), Recht verhandeln. Argumentieren, Begründen und Entscheiden im Diskurs des Rechts. Die Sprache des Rechts II, 2005, S. 1 ff., 3 ff.

das Konzept der Abwägung. Diese bleiben bloßes Programm. Sie sind nicht mehr als das Versprechen eines vagen Fluchtpunkts für die Arbeit an Recht. Die Einlösung bleibt zwangsläufig auf den Sanktnimmerleinstag vertagt. Sie vermag nicht mehr praktisch zu werden. Davor steht dann eben doch zu sehr die Einsicht in die Gegebenheiten und Nöte des rechtlichen Verfahrens. Zumal wenn Günther in Hinblick auf das Regelparadox selbst noch einmal betont, dass „die Regeln, auf die wir uns einmal eingelassen haben, (...) ihrer interpretativen Ergänzung in neuen Situationen (bedürfen) - es sei denn, wir hätten Anlass, eine bestehende Regel überhaupt zu verwerfen. Diese ergänzenden Anwendungsdiskurse sind nicht weniger vernünftig als die Überlegungen, die wir anstellen, wenn wir die Legitimität einer Norm überhaupt prüfen.“¹²⁸

b) Es stellt sich die Frage, warum Günther dann überhaupt noch an einem der Praxis vorgegebenen Rationalitätsideal festhalten will. Das Motiv benennt Günther deutlich.¹²⁹ Es ist die Furcht vor einem Gespenst, das in der Rechtstheorie umgeht.¹³⁰ Das Gespenst heißt Paradox.¹³¹ Luhmann entwickelt es historisch: Vor dem Hintergrund einer Theorie der funktionalen Differenzierung moderner Gesellschaften wird das Recht autonom. Das Rechtssystem muss dann sich selbst reproduzieren, und das heißt vor allem, das Recht und die Unterscheidung von Recht und Unrecht selbst begründen. Auf eine Paradoxie führt dann die Frage nach dem Recht zur Einführung der Unterscheidung von Recht und Unrecht. Dahinter verberge sich bloß die Selbst-Ermächtigung des Rechts als ein performativer Akt, der selbst grundlos und deshalb gewalttätig (und das heißt: Unrecht) sei. Interne Begründungen erscheinen dann nur als Verschleierungen, ‚Invisibilisierungen‘ dieser Paradoxie; geschickte Manöver, mit denen die Beteiligten sich selbst täuschen, um sich nicht im Antlitz der Paradoxie selbst zu blockieren.“¹³²

Dieses Gespenst gilt es zu bannen. Denn mit ihm „erscheinen zentrale Elemente des Rechtsprojekts der Moderne als unauflösbare Paradoxien: die Paradoxie der Rechtsbegründung, die Paradoxie der Entscheidung und die Paradoxie der Regelanwendung. Diese Argumente zielen auf den Kern des Rechtsprojektes

¹²⁸Günther, Kopf oder Füße? Das Rechtsprojekt der Moderne und seine vermeintlichen Paradoxien, in: Kiesow / Ogorek / Simitis (Hrsg), Summa. Dieter Simon zum 70. Geburtstag, 2005, S. 255 ff., 272 f.

¹²⁹Siehe Günther, Kopf oder Füße? Das Rechtsprojekt der Moderne und seine vermeintlichen Paradoxien, in: Kiesow / Ogorek / Simitis (Hrsg), Summa. Dieter Simon zum 70. Geburtstag, 2005, S. 255 ff.

¹³⁰Vgl. Lüderssen, Paradoxien im Strafrecht und Strafprozessrecht, in: Kiesow / Ogorek / Simitis (Hrsg), Summa. Dieter Simon zum 70. Geburtstag, 2005, S. 367 ff. Siehe dann Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, 1993; sowie des näheren *ders.*, Die Paradoxie des Entscheidens, in: Verwaltungsarchiv 84, 1993, S. 287 ff. Vgl. auch Günther, Kopf oder Füße? Das Rechtsprojekt der Moderne und seine vermeintlichen Paradoxien, in: Kiesow / Ogorek / Simitis (Hrsg), Summa. Dieter Simon zum 70. Geburtstag, 2005, S. 255 ff., 262.

¹³¹Siehe analog Wittgenstein, Bemerkungen über die Grundlagen der Mathematik. Werkausgabe Bd. 6, 1984, Teil IV, § 56: „Der Widerspruch. Warum grad dieses *eine* Gespenst? Das ist doch sehr verdächtig.“

¹³²Vgl. Günther, Kopf oder Füße? Das Rechtsprojekt der Moderne und seine vermeintlichen Paradoxien, in: Kiesow / Ogorek / Simitis (Hrsg), Summa. Dieter Simon zum 70. Geburtstag, 2005, S. 255 ff., 262 f.

der Moderne, seinen Vernunftanspruch.“¹³³ Dabei sollen hier nur die beiden letzteren interessieren, das Entscheidungs- und das Anwendungsparadox. Die Rechtstheorie alteuropäischen Zuschnitts steht offenbar vor dem Paradox wie das Kaninchen vor der Schlange, zu keinem klaren Gedanken an die Realitäten des Rechts mehr fähig. Um der Furcht Herr zu werden, will sie das Paradox semantisch entsorgen: „Bei gehörigem Nachdenken und Berücksichtigung aller Tatsachen“¹³⁴ verschwinden Paradoxien und sind „die Widersprüche auf einer wenn auch entfernten höheren Ebene auflösbar. Auch unter rechtstheoretisch gut orientierten Juristen ist diese Meinung sehr verbreitet, man kann sie mit vielen Beispielen unterstützen.“ Man solle daher die Literatur über Paradoxien nicht so ernst nehmen, „wie sie das selbst tut.“¹³⁵ Angesichts der Probleme, die sich die Rechtstheorie immer wieder damit einhandelt, dem Paradox aus dem Weg zu gehen, ist dies jedoch eher ein Pfeifen im Walde. Es ist daher nötig, sich der Semantik der Rede vom „Paradox“ zu vergewissern.¹³⁶ Die Philosophie jedenfalls ist ganz gut damit gefahren, sich anhand ihrer Paradoxien immer wieder auf sich zu besinnen. Dies könnte auch für das Recht gelten.¹³⁷ Vielleicht ist es doch mehr als ein Ausbund der „versnobten Intellektualität“.¹³⁸

2. Semantisch lexikalische Analyse a) Auf den ersten Blick allerdings scheint die sprachliche Gesellschaft, in der sich das Wort befindet, wenig Gutes zu verheißen. Das Wort findet sich im Wörterbuch auf dem Feld der „Unlogik“, als Adjektiv *paradox* etwa in einer Reihe mit „sinnlos, trügerisch, ungereimt, ungültig, unhaltbar, unklar, unrichtig, unsinnig, unvernünftig, unwissenschaftlich“.¹³⁹ So liest man es auch in den allgemeinen Wörterbüchern, allen voran das *Wortfamilienwörterbuch*, die durchweg das Lemma *Paradox* durch „widersinnig, widersprüchlich“ erklären.¹⁴⁰ Der *Duden* sekundiert mit der Bedeutungsangabe „merkwürdiger-, unsinnigerweise“ ausdrücklich für den

¹³³ Günther, Kopf oder Füße? Das Rechtsprojekt der Moderne und seine vermeintlichen Paradoxien, in: Kiesow / Ogorek / Simitis (Hrsg.), Summa. Dieter Simon zum 70. Geburtstag, 2005, S. 255 ff., 262.

¹³⁴ Lüderssen, Paradoxien im Strafrecht und Strafprozessrecht, in: Kiesow / Ogorek / Simitis (Hrsg.), Summa. Dieter Simon zum 70. Geburtstag, 2005, S. 367 ff., 367.

¹³⁵ Lüderssen, Paradoxien im Strafrecht und Strafprozessrecht, in: Kiesow / Ogorek / Simitis (Hrsg.), Summa. Dieter Simon zum 70. Geburtstag, 2005, S. 367 ff., 367.

¹³⁶ Siehe knapp enzyklopädisch mit umfangreichen Weiterverweisen auf die klassischen Paradoxien im Einzelnen der Wikipedia-Artikel „Paradoxon“ unter <http://de.wikipedia.org/wiki/Paradoxon>. Zu einem Überblick über die Problemgeschichte der Artikel „Paradox“ in Joachim Ritter / Karlfried Gründer (Hrsg.) Historisches Wörterbuch der Philosophie. Band 7: P – Q, 1989, Sp. 81 ff.; sowie zum Begriff *Schäfer*, Paradox, in: Krings / Baumgartner / Wild (Hrsg.), Handbuch philosophischer Grundbegriffe. Band II, Gesetz – Relation, 1973, S. 1051 ff. Des näheren dann auch Perez, Law in the Air: A Prologue to the World of Legal Paradoxes, vervielf. 2004.

¹³⁷ Dazu Teubner, Der Umgang mit Rechtsparadoxien: Derrida, Luhmann, Wiethölter, in: Joerges / ders. (Hrsg.), Rechtsverfassungsrecht: Recht-Fertigungen zwischen Sozialtheorie und Privatrechtsdogmatik, 2003, S. 249 ff.

¹³⁸ Lüderssen, Paradoxien im Strafrecht und Strafprozessrecht, in: Kiesow / Ogorek / Simitis (Hrsg.), Summa. Dieter Simon zum 70. Geburtstag, 2005, S. 367 ff., 367.

¹³⁹ Dornseiff, Der deutsche Wortschatz nach Sachgruppen. 2004, 11.17.

¹⁴⁰ Gerhard Augst, Wortfamilien Wörterbuch der deutschen Gegenwartssprache, 1998.

umgangssprachlichen Gebrauch.¹⁴¹ Die Reihe ließe sich mühelos fortsetzen¹⁴² gerade auch auf der Suche nach Synonymen. Gleichen Sinns mit der Verwendung von *paradox* wären demnach beispielsweise „abstrus, absurd, folgewidrig, unlogisch, unsinnig, unvereinbar, vernunftwidrig, widersinnig, widersprechend, widersprüchlich“.¹⁴³ Die Lexikographen können sich so weit scheinbar auch auf den Sprachgebrauch verlassen. Floskeln wie „aberwitzig und paradox“ oder „mehrdeutig, verwirrend und paradox“ erscheinen zunächst durchaus gängig und typisch.¹⁴⁴ Damit nicht genug. Das *Paradoxe*, als ohnehin schon abseitig genug, scheint sogar noch Steigerungen zu kennen. Etwa, wenn etwas „sehr paradox“ ist, „besonders paradox“, „doppelt paradox“, „wahrlich paradox“, „völlig paradox“, „absolut paradox“ oder gar auch noch „paradox und ungerecht“.

b) Nun wäre es allerdings voreilig, wenn der Rechtstheoretiker meinte, er könnte für seine Warnungen vor dem Paradox die Semantik für sich einnehmen. Das Feld der Unlogik, oder auch der „Ungewissheit“ und des „Misstrauen“, in dem sich das Wort *paradox* findet, ist nicht die ganze lexikalische Wahrheit.¹⁴⁵ Schon der Sprachgebrauch weiß davon, dass etwas nur „auf den ersten Blick paradox erscheint“, denn „bei näherem Hinsehen ist die Situation nur scheinbar paradox“. Sicher, manches „mutet geradezu paradox an“ und „klingt doch irgendwie paradox“. Aber es „klingt“ oder „tönt“ eben nur so. Eine Wendung, die sich im übrigen in erstaunlicher Häufigkeit findet. Nicht jede „paradox wirkende Situation“ ist auch eine solche, und bei näherem Hinsehen, mag sie sogar „scheinbar paradox, aber wahr“, wenn nicht gar „paradox, aber logisch“ sein, zumindest ist sie so „zwar ‚paradox‘, aber Realität“.

Das lässt natürlich aufhorchen und im Wörterbuch noch einmal nachfragen, wie es umgekehrt mit der Sicherheit in der Bedeutung bestellt ist. In seinen Belegen folgt es durchaus dem Sprachgebrauch.¹⁴⁶ Das *Wortfamilienwörterbuch* setzt unübersehbar in der Möglichkeit ein „(scheinbar)“ vor die Erklärung als „widersinnig“¹⁴⁷ und steht wiederum damit nicht allein.¹⁴⁸ Einmal auf dieser Spur

¹⁴¹ *Scholze-Stubenrecht* (Bearb.), *Duden*, Das große Wörterbuch der deutschen Sprache in zehn Bänden, Band 6: Lein-Peko 1999, S. 2851.

¹⁴² Siehe etwa *Wahrig / Krämer / Zimmermann* (Hrsg.) Brockhaus-Wahrig. Deutsches Wörterbuch in sechs Bänden. Fünfter Band P-STD, 1983; *Kempcke* (Hrsg.) Handwörterbuch der deutschen Gegenwartssprache. In zwei Bänden. L – Z, 1984, S. 852; *Klappenbach / Steinitz* (Hrsg.), Wörterbuch der deutschen Gegenwartssprache. 4. Band M – Schinken, 1985; *Mackensen*, Deutsches Wörterbuch, 1991; *Drosdowski* (Bearb.), *Das Große Fremdwörterbuch*. Herkunft und Bedeutung der Fremdwörter, 1994; *Peltzer / von Normann*, Das treffende Wort. Wörterbuch sinnverwandter Ausdrücke, o.J., S. 420.

¹⁴³ *Bulitta / Bulitta*, Wörterbuch der Synonyme und Antonyme. Sinn- und sachverwandte Wörter und Begriffe sowie deren Gegenteil und Bedeutungsvarianten, 2003, S. 607. Siehe auch *Synonymwörterbuch*. Der treffende Ausdruck - das passende Wort. 1995, S. 375.

¹⁴⁴ Ausgewertet wiederum die Korpora des Institut für Deutschen Sprache unter COSMAS II, Version 3.6.0.2, siehe <http://cosmas2.ids-mannheim.de/cosmas2-web/index.jsp>.

¹⁴⁵ *Dornseiff*, Der deutsche Wortschatz nach Sachgruppen. 2004, 11.21.

¹⁴⁶ Siehe etwa *Wahrig / Krämer / Zimmermann* (Hrsg.) Brockhaus-Wahrig. Deutsches Wörterbuch in sechs Bänden. Fünfter Band P-STD, 1983.; sowie vor allem auch *Kempcke* (Hrsg.) Handwörterbuch der deutschen Gegenwartssprache. In zwei Bänden. L – Z, 1984.

¹⁴⁷ *Augst*, Wortfamilien Wörterbuch der deutschen Gegenwartssprache, 1998.

¹⁴⁸ Vgl. *Wahrig / Krämer / Zimmermann* (Hrsg.) Brockhaus-Wahrig. Deutsches Wörter-

lässt auch der *Dornseiff* in der Verortung der Lemmata *paradox* noch andere Umgebungen erkennen. Er siedelt sie etwa auch im Feld der „Verwunderung“ an, in dem es in einer Reihe steht mit „rätselhaft, seltsam, sensationell, sonderbar“, zugleich auch mit Worten wie „überrascht, verblüfft“ und „auffallend, außerordentlich, befremdend, erstaunlich“, aber dann doch wieder mit „auffallend, außerordentlich, befremdend, erstaunlich“.¹⁴⁹ Diese Spannbreite mag sprachlich etwas ahnen lassen von dem Schwanken zwischen Bestürzung und Innovation, die die Rolle prägten, die die *Paradoxa* seit je her in der Philosophie spielten.

Das ist vielleicht gar nicht so verwunderlich, wenn man bedenkt, dass in der Wurzel noch ein schlichtes antipodisches Verhältnis besagt ist. Es kommt laut dem *Paul* aus dem „griech. para ‚gegen‘“ und „doxa ‚Ansicht, Meinung‘“ in die Gegenwartssprache.¹⁵⁰ Genauer lässt sich „das Paradox (alt)griechisch ()“ in der Komposition „von ~, para~“ als „gegen“ und „ , dóxa~“ als „eigentlich eher der Ruhm, hier im Sinne von die Meinung, Ansicht“ zurückführen, in der Zusammensetzung etwa weiter zu „Paradoxie ()“ zunächst als nicht mehr wie „Widerspruch“.¹⁵¹ Die Kontraktion also zu dem einen Lemma *paradox* bzw. *Paradox* ist damit nachvollziehbar. So wird im Wörterbuch, „einen Widerspruch in sich enthaltend“, an die erste, noch nicht in der Sprachlichkeit spezifizierte Stelle gesetzt. Schon an zweiter Stelle wird aber als umgangssprachlich „sehr merkwürdig; ganz u. gar abwegig, unsinnig“ eingefügt. Für das Nomen *Paradox* dann die Bedeutung „das dem Geglauhten, Gemeinten, Erwarteten Zuwiderlaufende“ vorrangig vor „das Widersinnige, der Widerspruch in sich“. Aus Überraschung und Erstaunen speist sich oft Erkenntnis und Einsicht. Und so wundert es nicht, wenn das Wörterbuch gleich dazu belegt eine „scheinbar falsche Aussage (oft in Form einer Sentenz oder eines Aphorismus), die aber bei genauerer Analyse auf eine höhere Wahrheit hinweist“.¹⁵²

c) Könnte es das nicht sein, was entgegen den Kassandrarufern der Diskurstheoretiker die Wahrheit der Rede vom „Paradox“ in einer avancierten Rechtstheorie ausmacht? Lexik und Semantik bieten jedenfalls genug Stoff zu einem differenzierteren begrifflichen Nachdenken. Im Vorlauf lässt sich zunächst einmal der lexischen Spannbreite im Lemma der Schein des Paradoxen nehmen. Morphosyntaktisch fungiert es als Adjektiv entweder als Qualifizierung bzw. Präzisierung oder aber steht als Nomen für die Modalitäten einer Lage ein. Sie wäre demnach etwa einzuschätzen als „einen Widerspruch enthaltend“, „an Widersinnigkeiten reich, aufgrund von Widersprüchen merkwürdig, eigentüm-

buch in sechs Bänden. Fünfter Band P-STD, 1983; *Kempcke* (Hrsg.) Handwörterbuch der deutschen Gegenwartssprache. In zwei Bänden. L – Z, 1984, S. 852; *Klappenbach / Steinitz* (Hrsg.), Wörterbuch der deutschen Gegenwartssprache. 4. Band M – Schinken, 1985.

¹⁴⁹ *Dornseiff*, Der deutsche Wortschatz nach Sachgruppen. 2004, 10.29.

¹⁵⁰ *Paul*, Deutsches Wörterbuch. Bedeutungsgeschichte und Aufbau unseres Wortschatzes. 2002, S. 732.

¹⁵¹ Vgl. <http://de.wikipedia.org/wiki/Paradoxon>.

¹⁵² *Scholze-Stubenrecht* (Bearb.), *Duden*, Das große Wörterbuch der deutschen Sprache in zehn Bänden, Band 6: Lein-Peko 1999, S. 2851; *Augst*, Wortfamilien Wörterbuch der deutschen Gegenwartssprache, 1998.

lich“.¹⁵³ Das heißt immer „*etwas* ist paradox“, „*etwas* ist ein Paradox“. Der *Duden* macht dies explizit durch den Verweis auf das weiterhin mögliche Adverb *paradoxerweise* in der Bedeutungserklärung „1. (bildungsspr.) in paradoxer (1) Weise“ und „2. (ugs.) merkwürdiger-, unsinnigerweise“¹⁵⁴, aber auch milder „merkwürdiger-, eigenartigerweise“.¹⁵⁵

Was also bedeutet es in dieser Linie, etwas *als* paradox oder *als* ein Paradox zu bezeichnen? Schon für die Griechen hieß paradox „einen (scheinbaren) logischen Widerspruch enthaltend“, wie es die Gegenwartssprache auch heute noch kennt. Aber eine ganze Historie und Tradition logischer und semantischer Paradoxien zeigt, dass das noch nicht alles sein kann. Geht man auf das als bildungssprachlich oder philosophisch ausgewiesene Lemma *Paradoxon*¹⁵⁶, so kommt im Ursprung hinzu „gr. paradoxia „Verwunderung über einen sinnwidrigen Sachverhalt“.¹⁵⁷ Allerdings mag das gleich schon nicht mehr sein als ein „der herkömmlichen Meinung entgegenstehender, sonderbarer Lehrsatz“.¹⁵⁸ Dies durchzieht, wie das *Etymologische Wörterbuch* belegt, dann auch die Wortgeschichte.¹⁵⁹

Paradoxa sind, die allgemeine Rede von einer Widersinnigkeit ein wenig differenzierend und präzisierend, mithin jene „Urteile, die in schlussfolgender Verknüpfung scheinbar unabweislich und gleich folgerichtig zu einander ausschließenden

¹⁵³ *Wahrig / Krämer / Zimmermann* (Hrsg.), Brockhaus-Wahrig. Deutsches Wörterbuch in sechs Bänden. Fünfter Band P-Std, 1983, S. 54.

¹⁵⁴ *Scholze-Stubenrecht* (Bearb.), *Duden*, Das große Wörterbuch der deutschen Sprache in zehn Bänden, Band 6: Lein-Peko, 1999, S. 2851:

¹⁵⁵ *Wahrig / Krämer / Zimmermann* (Hrsg.), Brockhaus-Wahrig. Deutsches Wörterbuch in sechs Bänden. Fünfter Band P-Std, 1983, S. 54.

¹⁵⁶ Vgl. beispielsweise *Pfeifer* (Bearb.), *Etymologisches Wörterbuch des Deutschen*. M-Z, 1993, S. 970.

¹⁵⁷ Vgl. *Drosdowski* (Bearb.), *Das Große Fremdwörterbuch*. Herkunft und Bedeutung der Fremdwörter, 1994.

¹⁵⁸ *Paul*, *Deutsches Wörterbuch*. Bedeutungsgeschichte und Aufbau unseres Wortschatzes, 2002, S. 732.

¹⁵⁹ Das 16. Jahrhundert übernimmt das Wort „von spätlat. paradoxon, griech. paradoxem (...)“, welches ihm besagt „der allgemeinen Meinung entgegenstehender, sonderbarer Lehrsatz“. „Neben die bis heute bewahrte griech. -lat. Form (mit ihrem Plural Paradoxa) tritt gelegentlich latinisiertes Paradoxum und in neuerer Zeit auch die endungslose Form Paradox (mit dem schon im 16. Jh. bezeugten Plural Paradoxe). Der Ausdruck ist das substantivierte Neutrum von griech. paradoxos (...) 'der gewöhnlichen Meinung zuwiderlaufend, wider Erwarten, unvermutet, auffallend, sonderbar, seltsam', einer Präfixbildung (s. para-) zu griech. doxa (...) Ansicht, Meinung'. Daraus entlehntes paradox Adj. 'der allgemeinen Meinung entgegenstehend, wunderbar, seltsam', dann vor allem 'unwahrscheinlich, widersinnig', begegnet seit dem 17. Jh.“ (*Pfeifer* (Bearb.), *Etymologisches Wörterbuch des Deutschen*. M-Z, 1993, S. 970. Siehe auch *Paul*, *Deutsches Wörterbuch*. Bedeutungsgeschichte und Aufbau unseres Wortschatzes, 2002, S. 732) Im Großen und Ganzen ist dadurch auch der semantische Rahmen abgesteckt, in dem sich die Philosophie für ihre Problemgeschichte die Rede von Paradox auf den Begriff bringt. Von hier aus lässt sich auch im Lemma *Paradox*, bzw. *paradox* die Brücke zurückschlagen in das Problem einer Paradoxie des Rechts. Der *Eisler* sieht im Paradox zunächst ganz allgemein das „wider Erwarten, wider das Gewohnte, gemeinhin für wahr Gehaltene“ (*Eisler*, *Wörterbuch der philosophischen Begriffe*. Zweiter band L – Sch, 1929, S. 375).

und so widerspruchsvollen Ergebnissen führen“.¹⁶⁰ Die mit Blick auf das Recht entscheidende Frage wäre die nach dem Umgang damit. Gibt es Hinweise dafür, dass – ähnlich wie es Wittgenstein gegen die Furcht vor der Zerstörungswucht des Widerspruchs überhaupt in der Logik und Mathematik sagte – das Paradox bei Licht besehen gar keine „Katastrophe“ ist?¹⁶¹ Ohne weiter die Details des philosophischen Begriffs zu verfolgen, gibt es diese Hinweise sehr wohl. Denn „Paradoxien machen das Ganze, in dem sie auftreten, reicher, beweglicher und offener“. Das heißt, „das Paradox kann als Gefahr, als Randerscheinung oder als Chance gewertet und behandelt werden“. Es kommt nur darauf an, wie man sich dem Paradox zu stellen gedenkt. Denn „zu einem Paradox gehören ein Zusammenhang und Menschen“.¹⁶² Der optimistischere Weg ist jedenfalls, das Paradox, wenn es sich denn nun einmal, wie im Recht, unvermeidlich stellt, als eine „Chance“ zu betrachten. „Das System bekommt durch das Paradox die Chance, sich zu kritisieren, zu verjüngen, zu überschreiten. Es kann sich erneuern. Paradoxien schaffen in dem Beziehungsgefüge, in das sie korrigierend-verneinend eingreifen, ein innovatorisches Potential.“¹⁶³

3. Entparadoxierung als praktisches Problem a) Für die Rechtstheorie jedenfalls sollte, ganz wie es Wittgenstein in Hinblick auf den Widerspruch empfiehlt, das Paradox als „Wink der Götter aufgefasst werden, dass ich handeln soll und *nicht* überlegen.“¹⁶⁴ Das zeigt sich gerade an den Überlegungen, mit denen Günther des Regel- und des Entscheidungsparadoxes Herr werden will. Das Regelparadox soll, wie gesehen, dadurch vermieden werden, dass die Regel als ein Rechtsparadigma unabhängig voraussetzbar sein soll. Wenn dies nicht in eine neuerliche Schleife der gegenseitigen Aufstörung von Regel und Anwendung führen soll, dann kann diese Setzung des Rechtsparadigmas eigentlich nur in der altbekannten positivistischen Manier geschehen.

Bezogen auf die Entscheidungspraxis wäre dem dem Paradox eigenen Dilemma das eine Horn abgebrochen. Entsprechend will Günther dann mit dem Entscheidungsparadox verfahren.¹⁶⁵ Auch hier meint Günther wieder, dass das Paradox auf einer ‚Dekontextualisierung‘ beruht. Bezöge man das Moment des Entscheidens nur richtig, so verschwände es. Der entscheidende Punkt für Günther ist, dass Entscheidungen immer auf eine Person zu zentrieren sind, die sich entscheidet. „Subjekt einer Entscheidung ist üblicherweise eine Person oder ein Kollektiv von Personen - und bereits in dieser Zuordnung liegt ein ganzes Bündel

¹⁶⁰ *Eisler*, Wörterbuch der philosophischen Begriffe. Zweiter Band L – Sch, 1929, S. 375.

¹⁶¹ Vgl. *Wittgenstein*, Zettel. Werkausgabe Bd. 8, 1984, § 687 sowie zur Handhabung dann *Wittgenstein*, Wittgenstein und der Wiener Kreis. Werkausgabe Bd. 3, 1984, S.

¹⁶² *Baumgartner / Wild* (Hrsg.) Handbuch philosophischer Grundbegriffe. Band II. Gesetz – Relation, 1973 S. 1052.

¹⁶³ *Baumgartner / Wild* (Hrsg.) Handbuch philosophischer Grundbegriffe. Band II. Gesetz – Relation, 1973 S. 1055.

¹⁶⁴ *Wittgenstein*, Bemerkungen über die Grundlagen der Mathematik. Werkausgabe Bd. 6, 1984, Teil IV, § 56.

¹⁶⁵ *Günther*, Kopf oder Füße? Das Rechtsprojekt der Moderne und seine vermeintlichen Paradoxien, in: *Kiesow / Ogorek / Simitis* (Hrsg.), Summa. Dieter Simon zum 70. Geburtstag, 2005, S. 255 ff., 267 ff.

von weiteren Phänomenen, die einfach verschwinden, wenn man die Entscheidung hypostasiert. Nichts irgendwie Unentscheidbares wird entschieden, sondern ich entscheide mich oder wir entscheiden uns (für oder gegen etwas).¹⁶⁶ Zwar sollen darin „Rechenschaft“ und „Verantwortung“ durchaus eingeschlossen sein. Das entparadoxierende Moment der Entschiedenheit speist sich jedoch einzig und allein aus seiner Zentrierung im Subjekt der Entscheidung. „Was zur Entscheidung für eine Person ansteht, ist die Wahl zwischen alternativen Möglichkeiten, die sich jeweils als Konklusion aus einer Kette schlussfolgernder Gründe darstellen lassen. Unabhängig von der sich entscheidenden Person betrachtet, ist die Sache insoweit also schon entschieden. Es geht nur darum, welche der Konklusionen eine Person sich zu eigen macht, so dass sie dafür einsteht und die sich daraus ergebenden weiteren Schlussfolgerungen, die z. B. weitere Verbindlichkeiten begründen, übernimmt.“¹⁶⁷

Letztendlich ist damit dem Horn des im Paradox des Rechts liegenden Dilemma die Spitze in der altbekannten dezisionistischen Manier abgebrochen.¹⁶⁸ Das Recht zerfällt in eine positivisierte Begründungsgrundlage und das subjektivierte Anwendungsmoment, ohne dass die beiden Königskinder einer Entscheidung von Recht noch zusammenkommen könnten.¹⁶⁹ Denn jede Beziehung, die zwischen ihnen so gestiftet werden soll, dass sie unabweisbar intern verbunden sind, führt zurück auf den ‚Weg des Paradox‘.¹⁷⁰

b) Das Paradox ist also unvermeidlich und es hilft nichts, als sich ihm zu stellen. Es schwebt, wie es Wittgenstein noch einmal für den Widerspruch sagt, gleichsam als „Januskopf“ über dem Recht als Praxis.¹⁷¹ Das Bemühen darum, dem eine unverzichtbare Grundlage oder Grundnorm als Wahrheit des Rechts vorzusetzen, ist zum Scheitern verurteilt. Folglich kann das Recht seine Aufgabe der Konfliktentscheidung nur so lange erfüllen, als es auf die Fixierung seiner Wahrheit verzichtet. Vor dem Fall, darf nicht feststehen, dass Recht allein das ist, was die Lösung im Konflikt der Parteien bringt. Wenn das schon feststünde, wäre ein Ausgleich dieser Interessen nicht möglich. Wir wüssten schon, was die Idee der Gerechtigkeit sagt, brauchten dies nur zu erkennen und das Verfahren wäre eigentlich überflüssig. Die Aufgabe der Voraussetzung des alteuropäischen Rechtsdenkens bedeutet, dass man im Rechtssystem nicht wissen kann, ob die erarbeitete Unterscheidung zwischen Recht und Unrecht selbst Recht oder Un-

¹⁶⁶ Günther, Kopf oder Füße? Das Rechtsprojekt der Moderne und seine vermeintlichen Paradoxien, in: Kiesow / Ogorek / Simitis (Hrsg.), Summa. Dieter Simon zum 70. Geburtstag, 2005, S. 255 ff., 270.

¹⁶⁷ Günther, Kopf oder Füße? Das Rechtsprojekt der Moderne und seine vermeintlichen Paradoxien, in: Kiesow / Ogorek / Simitis (Hrsg.), Summa. Dieter Simon zum 70. Geburtstag, 2005, S. 255 ff., 270 f.

¹⁶⁸ Ansonsten zum Problem *Fischer-Lescano / Christensen*, Auctoritas interpositio. Die Dekonstruktion des Dezisionismus durch die Systemtheorie, *Der Staat* 2005, 213 ff.

¹⁶⁹ Zur daraus sich ergebenden heimlichen Komplizenschaft von Positivismus und Dezisionismus *Christensen*, Die leere Schatztruhe, oder: wenn die Sprache die Erwartungen der Juristen enttäuscht, in: *Juridicum* 3, 1997, S. 33 ff.

¹⁷⁰ In Anspielung auf *Quine*, *The Ways of Paradox and Other Essays*, 1979.

¹⁷¹ *Wittgenstein*, Bemerkungen über die Grundlagen der Mathematik. Werkausgabe Bd. 6, 1984, Teil IV, § 58.

recht ist.

Das Recht und seine Funktionäre müssen mit diesem Paradox leben. Davor können sie weder Abwägung noch praktischer Diskurs, noch überhaupt irgendeine absolute Rationalität *des* Verfahrens bewahren. Zugleich ist dies die Chance, sich ganz auf das Bemühen um die Geltung von Argumenten zu konzentrieren, die allein als eine relative Rationalität *im* Verfahren erreichbar ist. Dies hält das Recht der Kritik und Innovation offen und versteckt es nicht immunisierend hinter irgendwelchen philosophischen Fassaden.

c) Nur wenn und solange eine Rechtsentscheidung alle gegen sie vorgebrachten Argumente integriert oder ausräumt, ist sie gültig. Aber eben nur „wenn“. Und eben nur „solange“. Der Pflicht des Juristen, solche Geltung frei von Willkür auf die im Fegefeuer der Argumentation bewährten Maßstäbe zu gründen, bleibt das Recht auf Sprache als Widerpart erhalten. Denn Freiheit von Willkür muss wenigstens heißen, zuzuhören und nicht von vornherein die Worte abzuschneiden. Jede Geltung ist nur so gut wie die Argumentation, die sie erreicht. Im unerschöpflichen Gespräch der Sprache mit sich kann sie jedoch nur Episode sein. Auch eine argumentativ gültige Begründung kann erschüttert werden, wenn - sei es in der Rechtsmittelinstanz, sei es in der wissenschaftlichen Begleitung einer Entscheidung oder sei es durch einen findigeren Anwalt in einem neuen Verfahren - ein neues Argument gegen die bisherige Begründung vorgebracht wird. Ist dieser Einwand wirklich neu und nicht nur eine Paraphrase eines bereits erfolgreich widerlegten Einwandes, so ist zu prüfen, ob er in die bisherige Argumentation integriert oder widerlegt werden kann. Ist dies nicht möglich und betrifft der Einwand tragende Elemente der Begründung, so verliert sie ihre argumentative Gültigkeit. Hat sie Bestand, so ist neuerlich der Stand der einen Überzeugung erreicht. Aber eben: „neuerlich“.

Recht ist aus dem Streit der Parteien erst zu erzeugen. Erzeugen heißt aber nicht etwas zu generieren, das gerade fehlt, etwas, das abwesend ist, anwesend zu machen. Das wäre nur eine Verlängerung der Präsenzmetaphysik. Recht ist weder im Gesetzestext anwesend, noch im Sprechen der Parteien, noch in der richterlichen Begründung. Rechtsentscheidungen sind auch nicht eine *creatio ex nihilo* durch einen autoritativen Entscheider, sondern sind Ereignisse, die einen Signifikationsprozess in ein Vorher und ein Nachher scheiden, ohne durch Unsicherheitsabsorption die Zukunft des Signifikationsprozesses determinieren zu können. Rechtsentscheidungen sind ein Aufschub von Recht. Recht ist in keinster Weise zu finden, nicht einmal zu erkennen. Über Recht muss gesprochen und gestritten werden. Doch weil das Sprechen über Recht nur selten in herrschaftsfreien Diskursen zu einem Konsens führt, muss entschieden werden. Aber weil auch anders entschieden werden könnte, braucht man eine Begründung. Und weil auch diese nicht ausreicht, braucht man dazu noch Rechtsmittel.¹⁷² Doch auch hier endet der Aufschub des Rechts nicht mit der Rechtskraft. Denn es gibt keine letzten Gründe, nur vorletzte.

¹⁷²Zum Zusammenhang zwischen Begründung und Rechtsmittel vgl. auch bereits Christensen/Kudlich, Theorie richterlichen Begründens, 2001, S. 328 ff.

2. Kapitel: Die Gesetzesbindung als holistisches Problem

Schon in der Diskussion „externe oder interne Rationalität des Rechts“ hat sich gezeigt, dass man die Bindung ans einzelne Gesetz nicht vom Ganzen des Rechts isolieren kann. Die holistische Dimension juristischer Arbeit war gerade das Problem der Trennungsthese. Aber natürlich muss auch eine Position interner Rationalität darlegen, wie sie Gesetzesbindung angesichts der ganzheitlichen Dimension des Rechts bestimmen kann.

A. Das Gesetz im Ganzen des Rechts

Die Gesetzesbindung des Richters ist in Art. 97 Abs. 1, Art. 20 Abs. 3 und Art. 103 Abs. 2 GG geregelt. Bei der Befolgung des Gesetzes stößt der Richter jedoch auf Widersprüche und Lücken. Wie soll er damit umgehen? Dafür gibt es zwei Strategien. Die praktische will Widersprüche und Lücken durch die Argumentation im Verfahren bearbeiten. Die theoretische will diese Probleme durch Erkenntnis beheben, welche auf das Ganze des Rechts bezogen ist. Während die erste Auffassung auf die Performanz des Rechts im Verfahren setzt, um den zunächst fehlenden Zusammenhang des Rechts zu erzeugen, setzt die zweite Auffassung auf eine monologische Erkenntnis, welche den fehlenden Zusammenhang als Totalität des Rechts liefert und damit dem Streit enthoben ist. Die erste Auffassung ist das, was tatsächlich passiert. Die zweite ist das, was man bisher vielfach davon zu wissen glaubt.

In der herkömmlichen Theorie wird die Gesetzesbindung als doppelte Bindung des Richters verstanden. Einerseits ist er an das Gesetz und andererseits ist er an das Ganze der Rechtsordnung als Recht gebunden. Das Konzept der Gesetzesbindung ist damit ein vertikaler Holismus. Der Richter ist, wenn er dem Gesetz keine Direktive entnehmen kann, an die dahinter stehenden Prinzipien gebunden und wenn diese im Konflikt liegen, an die Rechtsidee als Sinnmitte des ganzen Systems. Der Gedanke des Rechts als Hegel'sche Totalität wurde von Larenz und der Wertungsjurisprudenz als stabiler Hintergrund des juristischen Standesbewusstseins verarbeitet und bildet auch heute einen wichtigen Teil des Plausibilitätshorizonts normaler dogmatischer Arbeit. Angesichts der Internationalisierung und Fragmentierung des Rechts ist dieses ehrwürdige Requisite den heutigen Problemen nicht mehr gewachsen. Dabei kann man jedoch den ganzheitlichen Bezug der einzelnen juristischen Entscheidung nicht einfach negieren. Vielmehr muss man diese Dimension analysieren und seine bisherige Lösung weiterentwickeln.

In der herkömmlichen juristischen Argumentationsstrategie wird ein theoretischer Holismus in Anspruch genommen, der das Ganze für erkennbar und formulierbar hält. Die holistische Dimension juristischer Argumentation wird damit nicht nur anerkannt, sondern sie wird sogar zum Zentrum des juristischen

Diskurses. Der Name für dieses Zentrum ist Einheit der Rechtsordnung, und nur von diesem Punkt aus lässt sich der Stellenwert von Argumenten und die Reichweite von Rechten bestimmen. Über die epistemische Verfügbarkeit soll der vertikale Holismus für die praktischen Probleme des Rechts anwendbar werden. Diese Probleme bestehen vor allem in der Widersprüchlichkeit und Lückenhaftigkeit der Rechtsordnung. Sie werden besonders akzentuiert durch die gesellschaftliche Ausdifferenzierung und Pluralisierung. Hier ist der systematische Ort für den Holismus im juristischen Denken.

I. Widersprüche im Recht

Die Frage nach dem Ganzen ist im Recht zentral. Juristen argumentieren regelmäßig holistisch, indem sie auf das Ganze der Rechtsordnung verweisen, um im Fall von Anspruchskollisionen die Reichweite der jeweiligen Rechtspflichten innerhalb der Gesamtrechtsordnung zu bestimmen.¹⁷³ Diese Technik ist wahrscheinlich so alt wie die juristische Argumentation. Schon Celsus sagt im 9. Buch seiner *Digesten*: "Incivile est nisi tota lege perspecta una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere" [Es ist unbürgerlich, ohne Ansehen des ganzen Gesetzes, nur nach einem Teil desselben, zu urteilen oder sich zu rechtfertigen.]¹⁷⁴ Auf das Ganze bezogene Argumente gehören zu den Regeln juristischer Kunst. Deswegen muss man im Recht, um überhaupt etwas zu verstehen, schon sehr viel verstanden haben. Das ist eine Schwierigkeit der juristischen Ausbildung, vor allem aber für Laien, die sich mit Rechtsproblemen auseinandersetzen. Die Verständlichkeitsforschung im Recht hat gezeigt, dass der sichtbare Text nur die winzige Spitze eines Eisbergs ist,¹⁷⁵ weil das einzelne Gesetz immer mit dem Ganzen des Rechts verbunden ist. Den Anschein der Operationalität gewinnt der Holismus im Recht meistens durch die metaphysische Vorstellung des (Gesetz-)Buches als geordnete Totalität mit festliegender Sinnmitte. Sie wird erkennbar, wenn Savigny über das römische Recht sagt: "Der gesammte Quellenkreis, und insbesondere der Theil desselben, welchen wir das Justinianische Corpus Juris nennen, kann von diesem Standpunkt aus als ein Gesetz betrachtet werden, so daß die Regel der Auslegung eines einzelnen Gesetzes aus sich selbst (§ 35) darauf in gewissem Grade anwendbar wird".¹⁷⁶

1. Partikularisierung und Diversifikation der Rechtsordnung Rechtsprobleme sind vielfältig und heterogen. Die Rechtsordnung reagiert darauf mit

¹⁷³Vgl. zu diesem Problem historisch *Baldus*, Die Einheit der Rechtsordnung, 1995. Grundlegende Kritik und Dekonstruktion dieser Gedankenfigur bei *Friedrich Müller*, Die Einheit der Verfassung, 1979.

¹⁷⁴Dig. 1.3.24 (Celsus 9 Dig.). Siehe auch *Ogorek*, Alte Römer und neue Sittlichkeit, in: Bucher / Canaris/ Honsell/ Koller, Norm und Wirkung. Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65. Geburtstag, 2005, S. 573 ff. (604).

¹⁷⁵Vgl. *Busse*, Verstehen und Auslegen von Rechtstexten – institutionelle Bedingungen, in: Lerch (Hrsg.), Die Sprache des Rechts, Band 1, Recht verstehen, 2004, S. 7 ff.; *Lerch*, Gesetze als Gemeingut aller. Der Traum vom verständlichen Gesetz, in: ebd., S. 225 ff.; *Ogorek*, "Ich kenne das Regelement nicht, habe es aber immer befolgt!" Metatheoretische Anmerkungen zur Verständnisdebatte, in: ebd., S. 297 ff.

¹⁷⁶*Friedrich Carl von Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, I, 1840, S. 263.

einer Partikularisierung und Diversifikation ihrer Regelungen. Damit sind zwei Probleme verbunden, die schon Savigny benannt hat: "Fehlt die Einheit, so haben wir einen Widerspruch zu entfernen, fehlt die Vollständigkeit, so haben wir eine Lücke auszufüllen".¹⁷⁷ Beide Probleme sind über die Semantik des Gesetzes vermittelt.¹⁷⁸ Brisant wird dies durch den bei den Gerichten situierten Entscheidungszwang und die Anforderung der Rechtssicherheit. Wie können nach der Vorgabe der Gesetzesbindung Entscheidungen dem Gesetz zugerechnet werden, wenn dieses als Ganzes nicht überblickt werden kann und zudem widersprüchlich und lückenhaft ist?

Widersprüche im Recht sind problematisch, weil sie die Einheit in Frage stellen. Sie sind deshalb ein besonders empfindlicher Punkt im juristischen Denken. Die juristischen Strategien zur Produktion von Rechtseinheit sind mannigfaltig.¹⁷⁹ Man kann sie zusammenfassen in zwei konträr verlaufende Bewegungen: theoretischer [auch: epistemischer] und praktischer Holismus: Der theoretische Holismus will den Widerspruch als einen vermeintlichen auflösen. Dagegen sucht der praktische Holismus, die Einheit durch Argumentation und Vernetzung im Verfahren herzustellen. Der Unterschied zwischen beiden Auffassungen zeigt sich bei der Handhabung der systematischen Auslegung. Diese stellt den Bezug des Gesetzes zur Einheit des Textes her und erweitert somit die zu verwendenden Textgrundlagen. Da sie mit dem Wortlaut der Gesetze arbeitet, muss man sie von der grammatischen Auslegung abgrenzen. Die Schwierigkeit liegt darin, dass die Einheit eines Textes keine semantische, sondern eine pragmatische Größe ist. Diese Einheit ist also nicht natürlich gegeben, sondern hängt von der jeweiligen Fragestellung des Interpreten ab. Gewiss liegt systematische Auslegung dann vor, wenn man von einem Normtext mit eigener amtlicher Nummerierung auf einen anderen übergreift. Aber sie kann auch innerhalb eines einzelnen Normtextes erfolgen, wenn in ihm verschiedene Regelungen enthalten sind; sogar innerhalb desselben Satzes, wenn dieser etwa Meinungs- und Pressefreiheit nebeneinander garantiert oder einfache und besondere Vorbehalte formuliert. Die Abgrenzung wird also durch die aus der Fragestellung folgende Sicht auf den fraglichen Text bestimmt. Wenn man aber über die argumentationsspraktische Bestimmung der Einheit hinaus geht und daraus eine epistemische Größe macht, verfängt man sich in der Problematik des theoretischen Holismus.

Im Recht wirkt bis heute die Grundannahme der traditionellen Erkenntnistheorie nach, die das Ganze als Konstruktion aus einem Prinzip definiert hatte. Und auch wenn zwischenzeitlich die Referenz auf die Einheit der Erkenntnis durch die Einheit von Staat und Volk ersetzt worden war,¹⁸⁰ so hält die Rechtslehre überwiegend an der neukantischen Erkenntnis fest, dass das Recht als Ganzes, als System, eine "Ordnung von Erkenntnissen nach einem einheitlichen Gesicht-

¹⁷⁷ Friedrich Carl von Savigny, ebd., S. 263

¹⁷⁸ Dazu Friedrich Müller, Die Einheit der Verfassung. Elemente einer Verfassungstheorie III, 1979, S. 103 ff.

¹⁷⁹ Siehe auch Bumke, Relative Rechtswidrigkeit. Systembildung und Binnendifferenzierung im Öffentlichen Recht, 2004, 37 ff.

¹⁸⁰ Engisch, Die Einheit der Rechtsordnung, 1935.

spunkt" darstellt.¹⁸¹ Der Bezug zum Ganzen ist in Rechtslehre und -praxis demnach regelmäßig als hierarchisches Erkenntnisproblem formuliert. Doch gerade dieser "Stand der Dinge ist unbefriedigend",¹⁸² denn es bleibt unreflektiert, wie die Rechtseinheit hergestellt wird, welches die Mechanismen der Kommensurabilisierung des Inkommensurablen darstellen. Holistische Argumente werden im Recht relevant, wenn es um Regelungswidersprüche und Lücken im Gesetz geht.

2. Widersprüche als unvollständige Erkenntnis Die epistemische Strategie holistischer Argumentation will die Widersprüche in der Argumentation durch objektiv-theoretische Erkenntnis aufheben. Man sucht dann nach einer höheren Einheit, die den Streit der Argumente als vordergründigen Irrtum entlarvt. Diese Strategie einer Aufhebung von argumentativen Widersprüchen in einer höheren geistigen Einheit zeigt wiederum Savigny am Beispiel des römischen Rechts: "Für die drey Rechtsbücher [Codex, Digesten, Institutionen] ist zunächst ein allgemeiner Gesichtspunkt aufzustellen, von welchem aus die besonderen Regeln über den Fall von Widersprüchen gefunden werden können. Justinian selbst wollte sie unzweifelhaft als ein zusammenhängendes Ganze betrachtet wissen, und zwar als ein eigentliches Gesetzbuch, das heißt als ein Werk, aus welchem ausschließend die Entscheidung jedes Rechtsfalles genommen werden dürfe, welches aber auch für diesen Zweck völlig hinreiche".¹⁸³

Kaum merklich gleitet dieser Text von drei Gesetzbüchern zu einem Buch, welches dann metaphysisch aufgeladen wird zum Werk als zusammenhängendes Ganzes. Zwar spricht Savigny zunächst von aufzustellenden Gesichtspunkten. Aber dieser Anklang eines konstruktiven Elements verschwindet sofort in der Behauptung, dass Justinian selbst den Text als ein zusammenhängendes Ganzes geschaffen habe. Das ist die abendländische Metaphysik des Buches, übertragen auf die Gesetze. Schon diese Übertragung vom Gesetz auf das Buch ist höchst fragwürdig, weil Gesetze eben stark modularisiert sind und ständig ergänzt werden. Entscheidend ist aber, dass das Buch selbst mit seinen losen Enden aus Weiterverweisen und Fußnoten nie eine Sinneinheit dargestellt hat. Es ist schon immer untergegangen im Mahlstrom der sich ständig erweiternden Bibliothek. Die Kraft, dies zu übersehen, bedarf einer starken Wunschkonstellation. Man braucht diese Einheit, um unaufschiebbare Probleme zu bearbeiten. Nur mit ihrer Hilfe meint man, argumentative Widersprüche auflösen zu können: "Zuvörderst gewinnt in diesem Fall die allgemeine Regel, den Widerspruch wo möglich durch Vereinigung in bloßen Schein aufzulösen (§ 42), eine ganz besondere Kraft und Bedeutung. Einmal weil die drey Rechtsbücher ein einziges Werk darstellen, worin also die Einheit des Gedankens schon an sich als der natürliche Zustand anzusehen ist; dann aber weil Justinian ausdrücklich versichert, es seyen keine Widersprüche vorhanden, und wo wir solche

¹⁸¹Hierzu: *Coing*, Geschichte und Bedeutung des Systemgedankens in der Rechtswissenschaft, 1956, S. 26.

¹⁸²Siehe *Luhmann*, Die Einheit des Rechtssystems, Rechtstheorie 14 (1983), S. 129 ff.

¹⁸³*Friedrich Carl von Savigny*, System I, 1840, S. 270.

wahrzunehmen glaubten, sollten wir nur recht genau (*subtili animo*) zusehen, so würden wir schon einen verborgenen Grund der Vereinigung finden.”¹⁸⁴ Der Umschlag in die Metaphysik des Buches als Einheit beginnt also dort, wo man der argumentativen Praxis nicht mehr traut und ihr einen Grund höherer ideeller Weisheit geben will. An dieser Stelle entwickelt sich ein Bedarf für Ganzheiten. Diese sollen die widersprüchlichen Lesarten des Gesetzes in eine höhere Einheit aufheben.

Der Weg zur Beseitigung von Widersprüchen wird damit innerhalb der Vorstellung vom Gesetzbuch als geschlossene Totalität formuliert. Die systematische Auslegung soll das Umfeld des betreffenden Gesetzestextes einbeziehen und von der Stellung der Norm im Textgefüge auf ihren Inhalt schließen. Sie kann dabei Normwidersprüche ausräumen und das einzelne Gesetz in das innere System der Rechtsordnung einpassen. Das auszulegende Gesetz ist also nicht nur im Zusammenhang mit den übrigen Gesetzen zu interpretieren, sondern es bedarf eines Rückgriffs auf den inneren geistigen Zusammenhang des ganzen Textes. Man will ”die systematische Methode nicht auf ein kontextural-figuratives Verständnis” reduzieren, sondern sie auf die ”immanente Werteordnung”¹⁸⁵ des Gesetzes beziehen. Den Gerichten wird hier also der Weg vom Textäußeren zu den inneren Werten des Rechts empfohlen. Der Richter darf sich nicht damit begnügen, auf der äußerlichen Ebene Texte zu verknüpfen, sondern muss in die Tiefe vorstoßen: ”Um auch die allgemeinen Rechtsgrundsätze für die Interpretation nutzbar zu machen, muss nunmehr die Blickrichtung in die Tiefe gerichtet sein.”¹⁸⁶ Deswegen verlangt die Literatur von der Praxis eine ”vertikale Auslegung”.¹⁸⁷ Es handelt sich dabei allerdings um eine Forderung, nicht um eine Beschreibung. Die Arbeitsweise der Gerichte ist nämlich anders strukturiert: Sie kann ”plastisch als ’horizontale Betrachtungsweise’ bezeichnet werden, in der aufgrund des Sinngehaltes und der Stellung einer Norm der Regelungsgehalt einer anderen Vorschrift abgeleitet wird, d. h. sich die angeführten Normen insoweit auf derselben Normstufe befinden.”¹⁸⁸ Tatsächlich ist eine vertikale Ausrichtung bei den Gerichten nur dann zu erkennen, wenn sie im einfachen Gesetz die Verfassung einbeziehen, wie etwa im Rahmen der verfassungskonformen oder gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung. Hier liegt es an der impliziten Normenkontrolle, dass eine vertikale Arbeitsweise angestrebt wird. Sonst arbeiten sie horizontal, weil der Zugriff auf Werte nicht operabel ist.

3. Widersprüche als praktische Probleme Der Kontext einer Bedeutung muss immer neu beschrieben werden. Die Einheit des Rechts ist kein fester

¹⁸⁴ *Friedrich Carl von Savigny*, System I, 1840, S. 243 f.

¹⁸⁵ *Buck*, Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft, 1998, S. 177 unter Bezug auf Albert Bleckmann, Die systematische Auslegung im europäischen Gemeinschaftsrecht, in: ders., Studien zum Europäischen Gemeinschaftsrecht, 1986, S. 41 ff.

¹⁸⁶ *Buck*, ebd., S. 184.

¹⁸⁷ *Bleckmann*, Die systematische Auslegung im europäischen Gemeinschaftsrecht, in: ders., Studien zum Europäischen Gemeinschaftsrecht, 1986, S. 44.

¹⁸⁸ *Buck*, Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft, 1998, S. 184.

Punkt, den man erreichen könnte. Sie liegt vielmehr auf der Fluchtlinie ständig neuer Beschreibungen. Diese Fluchtlinie ist auch nicht Gegenstand einfacher Beobachtung. Sie wird nur dann sichtbar, wenn man die Beobachter beobachtet. Dies ist die lapidar praktische Haltung zum "Popanz des Widerspruchs"¹⁸⁹, wie sie Wittgenstein artikuliert: "Wenn nun unter meinen Regeln ein Widerspruch vorkommt, so könnte ich sagen: Dann sind das keine Regeln in dem Sinn, in dem ich sonst von Regeln spreche. Was tun wir in einem solchen Fall? Nichts einfacher: Wir geben eine neue Regel, und damit ist die Sache erledigt."¹⁹⁰ Und: "Wenn ein Widerspruch gefunden wird – habe ich die Methode zu seiner Auffindung schon zu Beginn gehabt? Wenn ja, dann liegt nur ein Versäumnis vor; ich habe vergessen, alle Möglichkeiten zu prüfen. Wenn nicht: dann kommt ja gar keine Möglichkeit von einem Widerspruch in Betracht; denn der Widerspruch ist ja erst durch die Methode seiner Auffindung gegeben."¹⁹¹ Das Heranziehen des Kontextes führt damit nicht zur Sinnmitte des Rechts, sondern in die Beobachtung zweiter Ordnung. Genau diese Konsequenz zeigt sich mit voller Deutlichkeit in der Rechtspraxis. In der weit überwiegenden Anzahl der Rechtsentscheidungen besteht das systematische Argument im Verweis von Rechtsentscheidungen auf Rechtsentscheidungen. Das heißt, die Systematik wird vollzogen als Beobachtung zweiter Ordnung. Diese Beobachtung zweiter Ordnung wirft Legitimationsfragen auf, die bisher nur unter dem Titel des Präjudizes als Rechtsquelle thematisiert wurden. Erst wenn man sich klar macht, dass das Recht *nicht* Quellen *entnommen*, sondern unter einschränkenden Vorgaben in Rechtskonflikten *geschaffen* wird, kann man von der unzulänglichen Metaphysik der "Quellen" wegkommen und operationale methodische Fragen erörtern. Statt über Quellen zu spekulieren, muss man auf Handlungen achten.

Ein grundlegendes Ziel systematischer Auslegung liegt darin, Widersprüche in der Bedeutungsfixierung zu vermeiden.¹⁹² Gemeinhin wird dieser Grundsatz als Beobachtung erster Ordnung formuliert: "Ihm zufolge haben gleichlautende Begriffe ein und derselben Rechtsordnung – mögen sie in einem engeren oder weitern Textzusammenhang stehen – grundsätzlich auch den gleichen Inhalt."¹⁹³ Weil Texte eine Bedeutung aber nicht einfach "haben", muss der Grundsatz für die Strukturierung des Materials durch den Beobachter formuliert werden. Das wird auch deutlich, wenn es in der Praxis heißt: "Diese Bestimmungen sind gleichlautend und müssen einheitlich ausgelegt werden [...]"¹⁹⁴

Im Gegensatz hat man dann bei unterschiedlichen Formulierungen die Option unterschiedlicher Bedeutungszuweisung.¹⁹⁵ Trotzdem gibt es die Möglichkeit, bei gleicher Formulierung unterschiedlich zu interpretieren, wenn dafür beson-

¹⁸⁹ Wittgenstein, Wittgenstein und der Wiener Kreis. Werkausgabe Bd. 3, 1984, S. 196.

¹⁹⁰ Wittgenstein, ebd., S. 194.

¹⁹¹ Wittgenstein, ebd., S. 208.

¹⁹² Vgl. etwa zu den Voraussetzungen, unter denen eine einheitliche Auslegung des Gemeinschaftsrechts zu erfolgen hat, EuGH, Slg. 2002 I-4943, Rdn. 26 ff. – Rs. 133/99, Niederlande/Kommission.

¹⁹³ Potacs, Auslegung im öffentlichen Recht, 1994, S. 78.

¹⁹⁴ EuGH, Slg. 1963, 417 ff. (432), Wagner/Fohrmann u.a.

¹⁹⁵ EuGH, Slg. 1981, 2781 ff. (2794), Analog Devices.

dere Gründe sprechen. Meist wird diese Strategie als *funktionsdifferente Auslegung* bezeichnet. Sie bestätigt wiederum, dass die Einheit der Rechtssprache eben kein Gegenstand der Beobachtung ist, sondern nur als Anforderung an die Aktivität im Recht gelten kann. Immer dann, wenn es gewichtige Gegengründe gibt, ist das Ziel der Einheitlichkeit zu suspendieren. In der Rechtspraxis ist die Einheit des Rechts nicht verfügbar. Die Gerichte reagieren darauf mit einer Ergänzung der Systematik erster Ordnung durch eine Systematik zweiter Ordnung. Das heißt, sie beobachten nicht das Recht, sondern den Beobachter des Rechts.

Insgesamt zeigen sich damit bei der Durchführung der systematischen Argumentation zwei gegensätzliche Strategien. Das erste Modell argumentiert vom Ganzen her epistemisch als Beobachter erster Ordnung und setzt auf Rechtserkenntnis. Es ist ein monologisches Modell, wonach die einsame Erkenntnis zwischen dem Richter und dem Ganzen der Rechtsordnung vermitteln soll. Das Modell beansprucht gesetzes- bzw. wertgesteuert zu sein. Das zweite Modell argumentiert praktisch auf das Ganze hin, wobei versucht wird, im Wege der Beobachtung zweiter Ordnung eine Vernetzung von Rechtsentscheidungen herzustellen. Es ist dies ein diskursives Modell, wonach durch praktische Argumentation im Verfahren und Kompatibilisierung von Präjudizien der Horizont des Ganzen als nicht intendiertes Nebenprodukt erzeugt wird. Dieses Modell ist stärker verfahrensbezogen.

II. Lücken im Recht

Neben dem normativen Widerspruch sind Rechtslücken ein weiteres Grundproblem im Recht. Wenn man eine Lücke im Gesetz behauptet, ist man mit dem vorhandenen Ganzen an Normtexten nicht zufrieden. Es stellt sich dann die Frage, ob hinter den Texten noch eine Wertungseinheit des Rechts besteht, die man zur Begründung und Ausfüllung von Lücken heranziehen kann. Wiederum steht man hier vor der Wahl zweier gegenläufiger Modelle: epistemischer und praktischer Holismus.

1. Werteinheit als Maß der Lücke a) Der epistemische Holismus behauptet eine der Summe von Normtexten übergeordnete Werteinheit des Rechts. Um die Notwendigkeit des Zugriffs auf diese Werteinheit zu begründen, werden Grenzfälle der Rechtspraxis herangezogen. Diese Strategie entlarvt Luhmann am Beispiel des Folterproblems: "Zur Einstimmung in das Thema [...] mag nach gutem Juristenbrauch die Vorgabe eines Falles dienen. Stellen Sie sich vor, Sie seien ein höherer Polizeioffizier. In Ihrem Lande – und das könnte in nicht zu ferner Zukunft auch Deutschland sein – gäbe es viele linke und rechte Terroristen, jeden Tag Morde, Brandanschläge, Tötung und zahlreiche Schäden für Unbeteiligte. Sie hätten den Führer einer solchen Gruppe gefangen. Sie könnten, wenn Sie ihn folterten, vermutlich das Leben vieler Menschen retten, 10, 100, 1000 [...] würden Sie es tun?"¹⁹⁶

¹⁹⁶ Luhmann, Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?, 1993, S. 1.

Wie kommt Luhmann zu dieser Frage? Es geht ihm darum, das Recht als ein dynamisches System zu begreifen, dessen Aufgabe darin besteht, die Konflikte und Kollisionen anderer Systeme, Institutionen und menschlichen, natürlichen und sozialen Umwelten des Rechts zu bearbeiten.¹⁹⁷ Dazu muss er eine Sichtweise des Rechts als statisches Normengefüge mit einer Zentralnorm überwinden. Das ist die Zentralannahme seiner Theorie, die davon ausgeht, dass die Unterscheidung zwischen Recht und Unrecht die traditionelle Betonung der Identität leitender Prinzipien oder Werte ersetzt. Es sind Unterscheidungen, nicht Identitäten, die Wahrnehmung und Verarbeitung von Informationen ermöglichen, so dass die Schärfe der Unterscheidung zwischen Recht und Nicht-Recht wichtiger ist, als der Grad der Systemintegration.

b) Auch sonst benutzen morphogenetische Prozesse Unterscheidungen, nicht Ziele, Werte oder Identitäten, um emergente Strukturen zu bilden.¹⁹⁸ Dass dieser Gedanke im Recht noch nicht angekommen ist, liegt nach Luhmann daran, dass die Sprachwelt einer Gesellschaft meistens eine Stufe hinter der gesellschaftlichen Entwicklung zurückbleibt. Die alteuropäische Gesellschaft war stratifiziert, das heißt durch eine Ungleichheit der Ränge zwischen Adel und Volk gekennzeichnet. Die moderne Gesellschaft ist funktional differenziert, das heißt durch eine Gleichwertigkeit ungleicher Systeme gekennzeichnet, wie Recht, Wirtschaft, Politik usw. Aufgabe des Rechtssystems ist es, bei Konflikten zwischen Recht und Unrecht zu unterscheiden. Recht/Unrecht ist die Codierung des Rechts. Die Programme des Rechts, in Form von Gesetzestexten, Argumentformen usw., konditionieren die Kreuzung des Codes, ohne diese Operationen determinieren zu können. Luhmann spricht dabei vom Normtext als Eingangsdatum der Rechtserzeugung.¹⁹⁹

Danach ist rechtliches Argumentieren „immer in einem Kontext der Beobachtung zweiter Ordnung“, als Erarbeiten „eines Arguments – für andere Beobachter“ gefasst. Gesetzgebung ist so „die Erstellung von Normtexten zur Organisierung von Beobachtungsverhältnissen“; Normtexte erscheinen als „zeitabstrakte Texte, die „doch in der Lage sind, durch Verwendung spezifischer Formen (Unterscheidungen) ausreichende Vorgaben zu leisten und dadurch Beliebigkeit (also Zerfall, also Entropie) auszuschließen. Solche Normtexte würden, ähnlich wie komplexe Computerprogramme, zwar keinen Einblick in die konkret ablaufende Operation mehr erlauben, und sie würden auch keine Gleichsinnigkeit der Beobachtungsergebnisse mehr garantieren. Aber sie könnten soweit spezifiziert sein, dass erkennbar wird, wenn ein Grund vorliegt, die Änderung der Texte selbst in Erwägung zu ziehen.“ Nach Thomas Seibert „hat sich die Einsicht durchgesetzt, dass Normen nicht vorgefunden werden“,

¹⁹⁷Zu diesem Umweltbegriff ausführlich: Teubner, *Rights of Non-humans? Actors Between Science, Law and Society*, in: Bora / Pottage (Hrsg.) *Normativities: Law, Science and Society*, 2006, i.E.

¹⁹⁸Luhmann, *The World Society as a Social System*, in: *ders., Essays on Self-Reference*, 1990, S. 175 ff. (179).

¹⁹⁹Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, S. 403 ff.

sondern „für jede Entscheidung neu formuliert werden“.²⁰⁰

c) Mit Luhmanns komplexer Beschreibung kontrastiert die Selbstreflexion des Rechts. Das Rechtsdenken bleibt alteuropäisch und damit hinter seiner eigenen Komplexität zurück, wenn das Recht als Hierarchie von Normen oder Rechtsquellen begriffen wird. An der Spitze dieses alteuropäischen Modells thront die Idee der Gerechtigkeit als Grundnorm. Sie ist umgeben vom Adel der Prinzipien und blickt hinunter auf das Volk der Rechtsbegriffe. Man kann, wenn es einen Fall zu entscheiden gilt, immer von den Rechtsbegriffen zu den Prinzipien gelangen. Wenn diese Prinzipien nun untereinander im Streite liegen, nimmt man Zugriff auf die zentrale Idee der Gerechtigkeit. Daraus ergibt sich ein mehrstöckiges Gebäude, worin im obersten Stockwerk die Rechtsphilosophie residiert, welche die Frage beantwortet: „Was ist Recht?“. Im Stockwerk darunter sagt die juristische Methodik, wie das Recht angewendet wird, während im Keller die Dogmatiker vorgegebene Rechtsinhalte am Fall erkennen.

Luhmann will die Juristen mit der Verführungskraft eines kleinen Falles aus diesem alten Schema herauslocken. Gibt es wirklich eine unverzichtbare Grundlage oder Grundnorm, deren Wahrheit das Recht voraussetzen muss, um funktionieren zu können? Oder ist es nicht vielmehr umgekehrt, dass das Recht diese Unverfügbarkeit erst generiert, dass es seine Aufgabe der Konfliktentscheidung nur so lange erfüllen kann, als es auf die Fixierung seiner Wahrheit verzichtet? Wenn wirtschaftliche Belange mit sozialen, ökologischen oder politischen kollidieren, darf nicht feststehen, dass Recht allein das ist, was der Wirtschaft nützt oder politische Ziele durchsetzt bzw. ökologische Risiken handhabbar macht usw. Wenn das schon feststünde, wäre ein Ausgleich dieser Interessen nicht möglich. Wir wüssten schon, was die Idee der Gerechtigkeit sagt, brauchten dies nur zu erkennen und Rechtsverfahren wären eigentlich überflüssig. Erst wenn man zugibt, dass man im Rechtssystem nicht wissen kann, ob die erarbeitete Unterscheidung zwischen Recht und Unrecht selbst Recht oder Unrecht ist, verlässt man das alteuropäische Rechtsdenken. In einer funktional-differenzierten Gesellschaft müssen Recht und seine Funktionäre mit diesem Paradox leben; mit Rudolf Wiethölter gesprochen: „Rechtspflege' als Pflege der Rechtsparadoxie selbst, ihrer Erhaltung und Behandlung zugleich“.²⁰¹

Daraus ergibt sich für Luhmann die Skepsis gegenüber invasiven Eingriffen des Rechts, welche er an seinem Beispiel entwickelt. An Winfried Bruggers Argumentation für eine „Notfolter“ ist dagegen die skizzierte alteuropäische Methode in Anwendung beobachtbar. Brugger verneint das Vorliegen einer Regelungslücke in den Polizeigesetzen der Länder in Bezug auf die Folter. Er öffnet das Bollwerk des Rechts gegen Folter dann allerdings an einer entscheidenden Stelle durch die Behauptung einer „Wertungslücke“. Brugger schreibt: „Zweifelloos liegt keine Formulierungslücke vor. Darunter ist das

²⁰⁰ *Seibert*, Zeichen, Prozesse, Grenzgänge zur Semiotik des Rechts, 1996, S. 120.

²⁰¹ *Wiethölter*, Recht-Fertigungen eines Gesellschafts-Rechts, in: Joerges/ Teubner (Hrsg.), Rechtsverfassungsrecht. Recht-Fertigung zwischen Privatrechtsdogmatik und Gesellschaftstheorie, 2003, S. 13 ff. (19).

Fehlen einer gesetzlichen Regelung zu verstehen an einem Ort und in Bezug auf eine Frage, wo nach dem gesetzlichen Plan eine Regelung zu erwarten ist. Eine Formulierungslücke schließt § 35 BwPolG sicher aus: Zwang bei Vernehmungen ist ausnahmslos verboten. Doch es könnte eine Wertungslücke vorliegen. Das Gesetz regelt ein bestimmtes Problem, tut dies aber auf eine Art und Weise, die unvernünftig und ungerecht ist.²⁰²

Eine Lücke entsteht hier durch Berufung auf Vernunft oder Gerechtigkeit. Taugen diese Größen als Deduktionsgrundlagen für Einzelentscheidungen? Vernunft und Gerechtigkeit sind wichtige Ziele für die Arbeit der Gerichte und die Rechtskultur als Ganze. Aber der einzelne Jurist kann sie weder handhaben noch definieren. Die Kontingenz der Wertungsfrage bricht – und zwar ganz unabhängig von dem Ergebnis, das man zum konkreten Fall vertritt²⁰³ – sofort auf, wenn man gegen Brugger fragt: Warum sollte die Regelung der Folter unvernünftig und ungerecht sein, wenn das Foltern unter Bezug auf die Menschenwürde von der Verfassung über das Europarecht bis zum Völkerrecht eindeutig als verboten eingestuft wird?²⁰⁴ Anders als Brugger glauben zu machen sucht, ist das Fehlen einer einfachgesetzlichen Regelung über das Foltern in den Polizeigesetzen gerade keine Manifestation einer Wertungslücke, sondern impliziert die abschließende Regelung eines Verbots der Folter. Dafür sprechen neben dem Verweis in der Standardmaßnahme polizeilicher Befragung auf § 136a StPO auch ein Blick in Art. 1 der UN-Antifolterkonvention²⁰⁵, das deutsche Umsetzungsgesetz hierzu²⁰⁶ und die Regelungen der Europäischen Folterkonvention, die im Rahmen des Europarats geschlossen und von der Bundesrepublik ratifiziert worden ist.²⁰⁷

Wenn im Folterfall die Würde des Gefolterten gegen die Würde des Entführten steht, bedarf es trotz dieser Normtexte nach Brugger einer Wertentscheidung. Denn nach seinem Bild der Ampel zeigt die Rechtsordnung sowohl Rot für die Folterung als auch Grün für deren Notwendigkeit. Aus diesem Dilemma soll eine Abwägung herausführen.²⁰⁸ Damit führt die von Brugger vorgeschlagene Abwägung mitten in das Dilemma der Holismus. Brugger leitet die Notwendigkeit der Folter aus einer Definition des Wesens des Rechts her. Seine Argumentation geht aufs Ganze, und er will bei einer möglichen Paradoxie des Rechts nicht stehen bleiben; er will Klarheit und greift dafür bis auf den Gesellschaftsvertrag

²⁰² Brugger, Würde gegen Würde, in: VBIBW (1995), S. 446 ff. (448 f.).

²⁰³ Zur strafrechtlichen Beurteilung (§§ 240, 32 StGB) der „Rettungsfolter“ vor dem abweichenden Hintergrund der Garantie eines Nothilferechts vgl. etwa *Wagenländer*, Zur Strafrechtlichen Beurteilung der Rettungsfolter, 2006.

²⁰⁴ Siehe die Nachweise bei *Fischer-Lescano*, Folter in Abu Ghraib. Die Strafanzeige gegen US-Verantwortliche in der Bundesrepublik, in: Beestermöller/ Brunkhorst (Hrsg.), Folter – Sicherheit zum Preis der Freiheit?, München 2006, S. 142 ff.

²⁰⁵ Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe vom 10. Dezember 1984, 1465 U.N.T.S. 85.

²⁰⁶ BGBl. 1990 II 246.

²⁰⁷ Straßburg, 26.9.1987, E.T.S. 126; BGBl. 1989 II 946.

²⁰⁸ Vgl. dazu Brugger, in: Darf der Staat foltern? Eine Podiumsdiskussion mit Winfried Brugger, Bernhard Schlink, Dieter Grimm, in: Humboldt Forum Recht 4:2002, <http://www.humboldt-forum-recht.de/4-2002/Drucktext.html>, S. 15 u. ö.

zurück,²⁰⁹ der dabei zum Zentrum der Rechtsordnung wird und die Kohärenz des Systems garantiert. Ganz anders Luhmann: Mit der Ironie eines kleinen Falles wollte Luhmann zeigen, dass es für die Unterscheidung von Recht und Unrecht keine sichere Grundlage einer letzten unverzichtbaren Norm gibt. Wir müssen mit der Offenheit und Unsicherheit dieser Unterscheidung leben. Nur dann ist Recht als Grundlage des Pluralismus möglich.

2. Das praktische Problem als Maß der Lücke Der herkömmliche Begriff der Lücke ist äußerst unklar. Um diesen Begriff rechtsstaatlich präzise handhaben zu können, sind zwei Voraussetzungen zu unterscheiden: Erstens muss man, um eine Lücke im Gesetz annehmen zu können, ein Regelungsziel angeben. Zweitens muss man feststellen, dass das Gesetz diesem Regelungsziel nicht genügt. Hier liegen die größten Schwierigkeiten der in der herkömmlichen Jurisprudenz gepflegten Sprachtheorie und Rechtsnormtheorie. Wenn man mit dem klassischen Gesetzespositivismus das Gesetz als anwendbaren Befehl versteht, hat man immer, wenn die Anwendung nicht sofort möglich ist, eine Lücke. Die Rechtsordnung bestünde dann fast nur noch aus Lücken. Denn das Gesetz ist praktisch nie ein anwendbarer Befehl. Der Bereich der Lücken verringert sich auch dann nicht, wenn man mit der herkömmlichen Auslegungslehre das Gesetz als dem Fall vorgeordnete normative Substanz versteht. Eine solche normative Substanz stellt sich bei genauer Betrachtung immer als Projektion heraus, so dass man Lücken nur vermeiden kann, wenn man genaue Betrachtungen des Gesetzes vermeidet. Die Lücke dient hier nur dazu, die offensichtliche Schwäche des klassischen Positivismus zu kaschieren, dass das Gesetz gerade nicht als anwendbarer Befehl funktioniert.

Wie also kann man sich dem Problem der Lücke im Recht nähern und den Befehl präzisieren? Man muss das demokratische Potential des klassischen Positivismus festhalten und die unzulänglichen theoretischen Mittel seiner Einlösung zu tauglichen Instrumenten fortentwickeln. Dann lässt sich auch der Begriff der Lücke präzisieren. Erst wenn man den Normtext als Eingangsdatum für die *lege artis* in horizontalen Rechtsfertigungsnetzwerken herzustellende Rechtsnorm begreift, mit anderen Worten: im Sinne eines horizontalen Holismus, lässt sich der aktive Anteil der Rechtspraktiker an der Entscheidung innerhalb der Gesetzbindung verstehen. Damit kann die Überforderung des Gesetzes und die grenzenlose Expansion des Lückenbegriffs überwunden werden. Man stößt dann allerdings auf ein zweites Erkenntnishindernis²¹⁰ in der juristischen Sprachtheorie: Juristen machen in ihrem Zugriff auf die Sprachwissenschaft aus dem linguistischen Begriff der Regel eine gesetzespositivistische Norm, welche eindeutig zu entscheiden erlaubt, ob ein Sprachgebrauch legitim

²⁰⁹ *Brugger*, in: *Darf der Staat foltern?*, ebd., S. 24; vgl. dazu auch *ders.* S. 18 "That's the deal: Wir verzichten auf ein paar Mittel, aber durch die Organisation der Polizei machen wir das Schutzniveau gleich. Wenn das aber vorhersehbar nicht der Fall sein sollte, dann gilt dieser Gesellschaftsvertrag, rechtsphilosophisch gesprochen, nicht mehr. Dann hat der Staat nicht mehr das Monopol legitimer Gewaltsamkeit. Dann muss er das Monopol aufgeben und die Selbstverteidigungsgewalt an den Bürger zurückgeben. Das will doch niemand!"

²¹⁰ Vgl. zu diesem Begriff *Bachelard*, *Le matérialisme rationnel*, 1972, S. 4 ff.

ist oder nicht.²¹¹ Wenn die Regel diese klare Zuordnung nicht erlaubt, im Bereich von Vagheit, Mehrdeutigkeit usw., muss mit Prinzipien gearbeitet werden. Wenn die Sprachregel so aufzufassen wäre, gäbe es allerdings bei der sprachlichen Konstitution der Rechtsnorm wiederum nur Lücken. Die Strategie der Ergänzung von Rechtsregeln und Rechtsprinzipien ist deshalb keine Lösung für das bereits von Hermann Kantorowicz und der Freirechtsschule ausgemachte Problem, dass im Recht "nicht weniger Lücken als Worte da sind",²¹² weil der Verweis von Texten auf Texte keine Unsicherheitsabsorption impliziert. Im Gegenteil: Alle Regelformulierungen wie auch die von den Juristen zur Ergänzung erfundenen Prinzipien sind nur vorläufige Zwischenschritte bei der Interpretation und bedürfen um zu einer Entscheidung zu führen, des Verfahrens und der Argumentation.

Wenn man da, wo die Sprache des Gesetzes eine unmittelbare Antwort verweigert, eine Lücke annimmt und diese im Wege der Gesamtanalogie unter Bezug auf das Ganze füllt, schneidet man Argumentation ab und nimmt dem Verfahren sein Recht. Man macht aus einer praktischen Frage eine theoretische und aus einem Einzelproblem eine Frage der Gesamtheit. Diese Ersetzungen führen aber nicht weiter, sondern zurück. Sie stilisieren als monologische Erkenntnis, was Argumentation der Beteiligten im Verfahren ist.

3. Zwei Wege holistischen Argumentierens Widersprüche zwischen verschiedenen, für den Fall einschlägigen Regeln, Lücken in Rechtstexten und generelle Fragen der Interlegalität²¹³ sind die alltägliche Erfahrung jedes Praktikers. Dies zeigt: "Einheit des Rechts stellt sich nicht naturwüchsig ein, sondern sie muss hergestellt werden".²¹⁴ Das Bemühen darum schreibt das Problem erst einmal fort. Die Suche nach Einheit wird immer wieder von den komplexen Gegebenheiten des Einzelfalls konterkariert. Die Besonderheit des Einzelfalls droht die Sicht auf den übergreifenden Zusammenhang zu verstellen. Die Teilrechtsgebiete entwickeln eine jeweils spezifische Regelungsdynamik, welche dazu führt, dass sie sich immer mehr voneinander entfernen. Seinen institutionellen Niederschlag findet dies in der Ausdifferenzierung der Gerichtsbarkeiten mit ihren Zuständigkeitsproblemen. "Die Folge der Spezialisierung ist eine Auflö-

²¹¹Vgl. dazu *Alexy*, Die logische Analyse juristischer Entscheidungen, in: ders./ Koch/ Kuhlen/ Rüßmann (Hrsg.), Elemente einer juristischen Begründungslehre, 2003, S. 9 ff. (16 f.); ders., Rechtsregeln und Rechtsprinzipien, in: ebd., S. 217 ff.

²¹²*Gnaeus Flavius* (Kantorowicz), Kampf um die Rechtswissenschaft, 1906, S. 15.

²¹³Zur Interlegalität: *Amstutz*, Zwischenwelten. Zur Emergenz einer interlegalen Rechtsmethodik im europäischen Privatrecht, in: Teubner/ Joerges (Hrsg.), Rechtsverfassungsrecht, 2003, S. 213 ff. und *de Sousa Santos*, Toward a New Legal Common Sense: Law, Globalization and Emancipation, 2002.

²¹⁴*Röhl*, Allgemeine Rechtslehre. Ein Lehrbuch. 2001, S. 431. Ähnlich in Hinblick auf die Kohärenz von Normsystemen auch *Alexy/ Peczenik*, The Concept of Coherence and its Significance for Discursive Rationality, in: *Ratio Juris* 3 (1990), S. 130 ff. (145 f.). Historisch zur Einheit des Rechts als einer aufgegebenen statt einer gegebenen etwa *Sمند*, Verfassung und Verfassungsrecht (1928), in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, 1968, S. 119 ff. Kritisch gegen einen solchen "Rettungsversuch" *Friedrich Müller/ Christensen*, Juristische Methodik. Band I Grundlagen. Öffentliches Recht, 2002, Rn. 388.

sung der einheitlichen Rechtsordnung in Teilbereiche, die kaum noch von einander Kenntnis nehmen und nicht mehr aufeinander abgestimmt sind.“²¹⁵

Dabei kann die Einheitlichkeit der Rechtsprechung²¹⁶ auch nicht durch einen Gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe wirksam gewährleistet werden,²¹⁷ „weil sich die oberen Bundesgerichte scheuen, den Gemeinsamen Senat anzurufen obwohl Anlass dazu immer wieder vorhanden wäre.“²¹⁸ Eine vollständige logische Deduzierbarkeit von Entscheidungen aus Entscheidungen und eine vollständige Durchhierarchisierung von Gerichtsinstitutionen, der Grenzfall absoluter Interdependenz, kann auch im Nationalstaat nicht gewährleistet werden. Ebenso kann die Rechtswissenschaft die gesuchte Einheit nicht garantieren, weil sie sich in Spezialdisziplinen auflöst: „Sie hat sich von der sozialen Dynamik allen Spezialistentums mitreißen lassen, das die Bedeutung des eigenen Fachs betont und übergreifende Zusammenhänge vernachlässigt.“²¹⁹ Auch der Gesetzgeber kann nicht abhelfen, da die von ihm produzierten Texte gerade den Ausgangspunkt der Problematik lieferten. Die Auflösung normativer Widersprüche ist damit ein Problem praktischer Argumentation.

Die Einheit der Rechtsordnung ist ein ganzheitliches Konzept. Ein solches ist auch nötig, denn der Bezug auf das Ganze ist im Recht unvermeidbar. Recht ist an Sprache gebunden und damit an Bedeutung. Bedeutung ist aber keine intrinsische Eigenschaft von bedeutungstragenden Einheiten, sondern eine relationale Eigenschaft. Deswegen sind atomistische Konzepte nicht möglich und werden im Recht auch gar nicht vertreten. Umso dringlicher ist aber die Frage, wie man mit dem Bezug zum Ganzen umgehen kann. Diese Frage stellt sich natürlich in allen Wissenschaften. „Holismus“ ist darum Gegenstand einer grundlegenden Diskussion. Dabei stehen sich zwei gegensätzliche Sichtweisen auf das Ganze gegenüber: Die klassische Sicht will mit der Unterscheidung Teil und Ganzes arbeiten, die neuere Sicht verwendet dagegen die Unterscheidung Gestalt und Horizont in einer hermeneutischen Tradition bzw. System und Umwelt in systemtheoretischer Formulierung. Die Unterscheidungen sind ineinander überführbar. Der Systembegriff der Systemtheorie ist ein „horizontalen Holismus“, der das System als Kette vernetzter Unterscheidungen aus einem Potential von Vernetzungen bestimmt. Zusätzlich bringt die Unterscheidung System/Umwelt mit der Figur des Re-entry noch eine Form für die Operationalisierung des Horizontbezuges vor. Wenn man die Differenz Ganzes und Teil für fundamental hält, ist das Ganze epistemisch zugänglich und man kann von dort aus argumentieren. Wenn man die Differenz von Gestalt und Horizont bzw. System und Umwelt für fundamental hält, kann man nicht über das Ganze verfügen, sondern nur den Rahmen bzw. Horizont/Umwelt einer laufenden Diskussion im Wege einer

²¹⁵ Rühl, Allgemeine Rechtslehre. Ein Lehrbuch. 2001, S. 431.

²¹⁶ Feldner, Verstärkte Senate beim obersten Gerichtshof, 2001, insbesondere der rechtsvergleichende Teil, S. 1 ff. u. S. 71 ff.

²¹⁷ Feldner, ebd., S. 123 ff.

²¹⁸ Rühl, Allgemeine Rechtslehre. Ein Lehrbuch. 2001, S. 431.

²¹⁹ Rühl, ebd., S. 431.

praktischen Intervention öffnen bzw. erweitern.

Im Recht stellt sich die Frage nach dem Ganzen praktisch. Allerdings haben die Juristen zur Lösung ihrer Probleme durchaus Konzepte aus der Philosophie importiert. Dabei hat die Orientierung an hermeneutischen Konzepten im Recht eher zu vertikalen Auffassungen des Holismus geführt, während die (eher seltene) Orientierung an analytischen Konzepten zu einer grundsätzlichen Ablehnung des Holismus als Problemstellung führt. Die neue Wendung der analytischen Diskussion in die Richtung eines horizontalen und praktischen Holismus ist im Recht noch nicht verarbeitet.

Damit findet man in der juristischen Reflexion eine grundlegende Unterscheidung. Eine Auffassung attribuiert die gefundenen Widersprüche dem Gesetz oder seiner sprachlichen Bedeutung. Man sucht in der Form des epistemischen Holismus eine ontologische Lösung durch theoretische Erkenntnis. Es gilt dann die *Maxime*, dass das Gesetz selbst nicht widersprüchlich sein kann. Das Auftreten von Widersprüchen sei dem defizitären Erkenntnisprozess zuzurechnen. Die Gegenauffassung (die reflexive Konzeption) begreift Widersprüche praktisch. Die Bedeutung des Gesetzes ist nur das Medium für die Entwicklung gegenläufiger Lesarten. Die Auflösung des Widerspruchs erfolgt im praktischen Argumentationsprozess, dessen Bezug zum Ganzen horizontal holistisch ist. Erst in den rechtlichen Signifikationsprozessen steht der Inhalt des Gesetzes (vorläufig) fest. Damit führen die Juristen einen Streit, der sich in jeder Wissenschaft stellt. Die Frage nach dem Ganzen ist auch ein philosophisches und wissenschaftstheoretisches Problem.

B. Kann man den Holismus nach dem Schema Ganzes-Teil denken?

Die holistische Dimension der Semantik ist ein Grundproblem in Linguistik und Sprachphilosophie des 20. Jahrhunderts. Einen Satz verstehen heißt eine Sprache verstehen. Denn Bedeutung ist keine intrinsische Eigenschaft sprachlicher Elemente, sondern eine relationale Eigenschaft. Es bedurfte allerdings einer längeren Entwicklung, um diesen heutigen Problemstand zu erreichen. Begonnen hat sie in der analytischen Sprachphilosophie mit einer Wendung gegen den Holismus. Gegenstand der Kritik war die vom deutschen Idealismus überlieferte Kategorie der Totalität. Aus dem Scheitern des logischen Atomismus folgt dann über die Zwischenstation eines Molekularismus eine Rückkehr zur Kategorie der Ganzheit. Dabei wird aber der starke Holismus des Totalitätskonzepts abgeschwächt zu einem Holismus ohne Ganzes.

Dieser Übergang von einem starken zu einem schwachen Holismus entbehrt nicht einer gewissen Ironie. An seinem Ende feiert mit Hegel ausgerechnet jener Philosoph seine Wiederkehr, mit dessen Kritik alles begann.²²⁰ Das "Verdikt

²²⁰Ausführlich dazu auch *Farshim*, Ganz oder gar nicht. Holismus und die Unbegrenztheit des Begrifflichen, in: Bertram/ Liptow (Hrsg.), Holismus in der Philosophie. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie, 2002, S. 189 ff.

über Hegel" war geradezu "Gründungsakt" der analytischen Philosophie.²²¹ Die im antimetaphysischen Gestus vorgetragene Kritik galt vor allem dessen ganzheitlichen Auffassungen. Den englischen Neohegelianismus Bradleys²²² kritisierte Moore ausgehend vom common sense und dem Normalsprachgebrauch. Gleichzeitig entwickelte Russell eine idealsprachliche Grundlage²²³ für den logischen Atomismus. An dessen Aporien wiederum arbeitet sich die analytische Philosophie mit zunehmend holistischer Tendenz ab. Gegenwärtiger Höhepunkt dieser Bewegung ist die normativ pragmatisch fundierte Inferenzsemantik Brandoms,²²⁴ der sich als Vertreter der "Pittsburgher Schule des Neuhegelianismus" ausdrücklich auf einen pragmatistisch gewendeten Hegel beruft.²²⁵

I. Der Atomismus funktioniert nicht

a) Russell hat seine Holismuskritik an der idealistischen Systemphilosophie seiner hegelianischen Lehrer entwickelt.²²⁶ Er will zeigen, dass die Begründung begrifflicher Vernunft über die Figur der Totalität scheitern muss. Eine interne Vermittlung sprachlicher Vernunft zu einem Ganzen genügt nicht den Vorgaben formaler Logik und Mathematik, die für das anbrechende 20. Jahrhundert zum Leitbild von Rationalität geworden waren. Deswegen bedarf es jetzt einer externen Relationierung der jeweiligen Elemente in einem System von Aussagen zu dem von ihnen Bedeuteten. Nur so ist es möglich, zu den elementaren Gegebenheiten zu kommen, die als letzte Prüfsteine des Aussagensystems fungieren sollen. Die elementaren Gegebenheiten sollen dafür unmittelbar wahrheitsfähige und damit auch unabhängige Garanten von Gewissheit sein. Komplexere Aussagen können dann in einer strukturierten Weise durch Ableitung und Schlüsse aus ihnen konstruiert und allein aufgrund ihrer geregelten Beziehungen auf ihre Wahrheit hin überprüft werden. Das erlaubt, dass die Analyse von komplexen Ensembles restlos auf die elementaren Wahrheiten zurückgeführt werden kann.

Damit war die Auffassung des logischen Atomismus geboren, "dass alles, was über einen Komplex ausgesagt werden kann, sich durch Aussagen über die Bestandteile des Komplexes und ihre wechselseitigen Beziehungen so zum Ausdruck bringen lässt, dass der Komplex als Ganzes überhaupt nicht mehr erwähnt zu

²²¹Siehe *Welsch*, Hegel und die analytische Philosophie, in: *Kritisches Jahrbuch der Philosophie*, 8 (2003), S. 11 ff.

²²²Siehe *Moore*, Eine Verteidigung des Common Sense, in: *ders.*, Eine Verteidigung des Common Sense. Fünf Aufsätze, 1969, S. 113 ff.; sowie *ders.*, *Principia Ethica*. 1996.

²²³Vgl. *Russell*, Philosophie. Die Entwicklung meines Denkens, 1992, S. 10.

²²⁴Dazu *Liptow*, Robert B. Brandoms pragmatistische Theorie sprachlicher Bedeutung, unter: <http://www.information-philosophie.de/philosophie/brandom.html>.

²²⁵Siehe *Brandom*, Pragmatische Themen in Hegels Idealismus. Unterhandlung und Verwaltung der Struktur und des Gehalts in Hegels Erklärung begrifflicher Normen, in: *Deutsche Zeitschrift für Philosophie* 3 (1999); 355 ff.; sowie *Habermas*, Von Kant zu Hegel. Zu Robert Brandoms Sprachpragmatik, in: *ders.*, Wahrheit und Rechtfertigung. Philosophische Aufsätze, 1999, S. 138 ff. Siehe weiter auch die These von der Unbegrenztheit des Begrifflichen bei *McDowell*, *Mind and World*,. 1994.

²²⁶Im Einzelnen dazu *Russell*, Philosophie. Die Entwicklung meines Denkens, 1992.

werden braucht.“²²⁷ Übrig bleibt als Grundlage allein ein widerspruchsfreies Set von Axiomen. Daraus kann man Erkenntnisse ableiten, deren Struktur der Welt entspricht. Diese Idee der Strukturisomorphie kennzeichnet auch Wittgensteins Traktat²²⁸, der zunächst die Elementarsätze als Bausteine eines logisch disziplinierten Zugangs zur Welt postuliert²²⁹ und sich dafür neben den ”großartigen Werken Freges” ausdrücklich auf die ”Arbeiten meines Freundes Herrn Bertrand Russell” beruft.²³⁰

b) Die Grundidee des Atomismus steht im Gegensatz zum ganzheitlichen Denken. Der Holismus geht davon aus, dass das Ganze bestimmend für die Teile ist. Dagegen sieht der Atomismus dieses Ganze lediglich als eine Kompilation von Teilen, die ihre Eigenheiten unabhängig voneinander aufweisen. Sie werden erst sekundär durch bestimmte Kompositions- bzw. Ableitungsverfahren und formale Schlüsse in Beziehung zueinander gesetzt.²³¹ Das Interesse Russells an einem solchen Atomismus ist ein epistemologisches. Und genau in der Frage nach dessen Einlösbarkeit liegt dann aber auch schon der Kern seines Scheiterns. Russell glaubte naiv realistisch an die Möglichkeit eines unmittelbaren Zugangs zu den elementaren Tatsachen, bzw. Einzeldingen als Sinnesdaten, denen sich auf der Seite der Sprache entsprechend elementare Ausdrücke zuordnen ließen. Dies sollte dann die Eindeutigkeit der Zuordnung garantieren und so auch eine idealsprachlich einwandfreie Abbildung ihrer Struktur ermöglichen.

Die Idee eines solch elementaren Zugangs ist aber eine Illusion. Ein unmittelbarer Bezug auf die Sinnesdaten ist nicht möglich. Dieser setzt die Möglichkeit einer Isolierung der atomaren Tatsachen aus dem Kontinuum der Ereignisse und damit auch deren Identifizierung als bestimmte Einzelheiten voraus. Das wiederum kann nur auf der Grundlage von Begriffen geleistet werden. Begriffe setzen aber Begriffe voraus, so dass der Atomismus in eine infinite Zirkularität eintritt. Außerdem genügt die Bekanntschaft mit den Sinneseindrücken, die ”knowledge by acquaintance”, wie Russell²³² selbst sagt, nicht für ein gesichertes Wissen.²³³ Es bleibt die Möglichkeit der Sinnestäuschung dabei noch offen.

²²⁷ Russell, ebd., S. 161.

²²⁸ Dazu *Stekeler-Weithofer*, Bedeutung und Weltbezug. Inferentielle Semantik bei Wittgenstein, Davidson und Brandom, in: Bertram/ Liptow (Hrsg.), Holismus in der Philosophie. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie, 2002, S. 94 ff. (96 f.).

²²⁹ Dazu *Stekeler-Weithofer*, Brandoms pragmatistische Theorie der Bedeutung, in: Fuhrmann/. Olsson (Hrsg.), Pragmatisch denken, 2004, S. 35 ff. (39 ff.); sowie *ders.*, Bedeutung und Weltbezug. Inferentielle Semantik bei Wittgenstein, Davidson und Brandom, in: Bertram/ Liptow (Hrsg.), Holismus in der Philosophie. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie, 2002, S. 94 ff. (96 f.).

²³⁰ *Wittgenstein*, Tractatus logico-philosophicus. Logisch-philosophische Abhandlung. Werkausgabe Bd. 1 1984, Vorwort.

²³¹ Ausführlicher dazu *Esfeld*, Holismus und Atomismus in den Geistes- und Naturwissenschaften. Eine Skizze, in: Bergs/ Curdts (Hrsg.), Holismus und Individualismus in den Wissenschaften, 2003, S. 7 ff.

²³² Vgl. *Russell*, Knowledge by Acquaintance and Knowledge by Description in: Proceedings Aristotelian Society XI (1910), S. 108 ff.

²³³ <http://www.thur.de/philo/hegel/hegel16.htm>. Zu Russells eigenen Revisionsversuchen

Schon nach der analytischen Standardanalyse bedarf es daher zumindest einer Rechtfertigung des entsprechenden Glaubens an die Tatsachen, die daher auch die Wahrheit des entsprechenden Urteils, bzw. Glaubenssatzes, voraussetzt.²³⁴ Die vermeintlich unmittelbar unabhängig gegebenen elementaren Tatsachen, auf die der Atomismus bauen will, verdanken sich darum bei näherem Hinsehen selbst schon wieder einem ganzen Geflecht von logisch epistemologischen Voraussetzungen.

Wittgenstein hat denn auch selbstkritisch für seinen Traktat die entsprechende Idee der Elementarsätze als "Dogmatismus" bezeichnet und fallen lassen.²³⁵ Der Wiener Kreis, der sich mit Wittgensteins Frühwerk auseinandersetzt, versucht allerdings den Atomismus der Elementarsätze zu reformulieren. Dabei wirkt das Motiv einer Kritik des ganzheitlichen Denkens, welche sich als "wissenschaftliche Weltanschauung" gegen jegliche Formen des Totalitarismus wendet.²³⁶ Von dieser Diskussion gingen die entscheidenden Impulse der gegenwärtigen "Holismusforschung" aus.²³⁷

c) Für seine Idee eines logischen Aufbaus der Welt überschreitet Carnap²³⁸ allerdings schon die Prämissen des Atomismus.²³⁹ Er konzidiert die Unmöglichkeit, die zentrale Voraussetzung des unmittelbaren Zugangs zur Welt einzulösen. Nur wenn diese Unmittelbarkeit gegeben wäre, könnte, wie es der Atomismus fordert, das jeweils Einzelne autark bestimmt werden; und es ließe sich der Bezug zum Ganzen vermeiden.²⁴⁰ Carnap geht bei seiner Bestimmung der Rolle der Sprache über die engen Voraussetzungen des Atomismus hinaus. Bedeutung lasse sich nicht isoliert bestimmen. Sie ergebe sich vielmehr durch ihre Stellung im Ganzen der Struktur einer logisch bereinigten Sprache. Nach dieser Bereinigung soll Sprache sich für das Abbild der Welt eignen. Carnap illustriert dies mit seinem berühmten Bild des Streckennetzes einer Eisenbahn. Dieses zeigt, wie die miteinander verflochtenen Gegebenheiten auf einen formalen Strukturplan von Knoten und Verbindungen übertragbar sind. Er verfolgte damit "die Idee einer Strukturbeschreibung, die davon ausgeht, dass zur Identifikation von Teilen eines Ganzen die Angabe ihrer Orte in einer

Russell, Unser Wissen von der Außenwelt, 1926.

²³⁴Dazu *Chisholm*, *Theory of Knowledge*, Englewood Cliffs, NJ 1966. In kritischer Auseinandersetzung *Gettier*, Ist gerechtfertigte, wahre Meinung Wissen?, in: Bieri (Hrsg.), *Analytische Philosophie der Erkenntnis* 1987, S. 91 ff. Ansonsten ausführlich *Craig*, Was wir wissen können. Pragmatische Untersuchungen zum Wissensbegriff, 1993.

²³⁵Vgl. *Wittgenstein*, Wittgenstein und der Wiener Kreis. Werkausgabe Bd. 3, 1984, S. 182 ff.

²³⁶Siehe *Schlick*, *Wissenschaftliche Weltanschauung - Der Wiener Kreis*, 1929.

²³⁷Im Überblick zu dieser *Bertram/Liptow*, *Holismus in der Philosophie. Eine Einleitung*, in: dies. (Hrsg.), *Holismus in der Philosophie. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie*, 2002, S. 14 ff. Ansonsten für den semantischen Holismus im engeren *Mayer*, *Semantischer Holismus. Eine Einführung*, 1997, S. 67 ff.

²³⁸Siehe *Carnap*, *Der logische Aufbau der Welt*, 1974.

²³⁹Zu dieser Entwicklung hier speziell auf den semantischen Holismus hin gesehen *Mayer*, *Semantischer Holismus. Eine Einführung*, 1997, S. 81 ff.

²⁴⁰Entsprechend die Stoßrichtung etwa von Sellars' Kritik des "Mythos des Gegebenen". Siehe *Sellars*, *Der Empirismus und die Philosophie des Geistes*, 1999.

Struktur ausreichend sein muss.“²⁴¹ Geliefert wird so ein "Konstitutionssystem" für die Bildung von Aussagen über die Welt. Ihre Bedeutung als solche soll ihnen dann durch die Methode ihrer jeweiligen Verifikation zukommen. Durch diese werden die im System gültigen Aussagen für ihre Wahrheitsfähigkeit mit einem entsprechenden empirischen Gehalt verknüpft.

Mit der Verifikation wird indes die holistische Tendenz des Carnap'schen Systems wieder zurückgenommen. Denn die in diesem System der Sprache formal korrekt ableitbaren Aussagen werden isoliert mit der Welt konfrontiert, um ihre Wahrheitsfähigkeit festzustellen.²⁴² Deutlich wird dies mit der Antwort, die Carnap auf die Frage gibt, worauf dann überhaupt gesichertes theoretisches Wissen und worin die Struktur des sprachlichen Aussagesystems begründet werden kann. Dafür sollen "Protokollsätze" eintreten, die als Basissätze "unmittelbar beobachtbare Sachverhalte" bedeuten. Sie benötigen daher keine Überprüfung. Vielmehr dienen sie selbst als Kriterium für die Haltbarkeit theoretischer Aussagen.²⁴³ Die atomistische Illusion einer unvermittelten Bestimmbarkeit von Teilen eines Systems wiederholt sich damit, wie Neurath gegen Carnap einwendet.²⁴⁴

Eine reine Beobachtungssprache ist nicht möglich, da diese immer schon mit begrifflichen Zutaten einer Orientierung auf die Welt kontaminiert ist. Ebensowenig kann man Sätze unmittelbar auf die Welt beziehen, da dieser Bezug notwendig wieder sprachlich bestimmt werden muss. Sätze sind immer nur wieder auf Sätze beziehbar: "Die Protokollsätze bieten daher keine Wirklichkeitsgarantie, sie stellen keine an der Wirklichkeit verankerten Basissätze dar, sondern haben in erster Linie, wie alle anderen Sätze der Wissenschaft auch, Forderungen der Kohärenz zu genügen."²⁴⁵ Folglich kann auch der Status von Basissätzen immer wieder in Frage gestellt werden. Sie können nur vorläufig als solche fungieren. Das heißt, "nicht eine vermeintliche Eichung an der Wirklichkeit, sondern die Widerspruchsfreiheit des Gesamtsystems der Sätze bildet das Wahrheitskriterium der Wissenschaft. Und dabei ist im Prinzip jeder Satz, auch jeder Basissatz, revidierbar."²⁴⁶ Alles in allem "erleiden" also "atomistische Singularisierungsversuche und empiristische Elementarisierungsversuche [...] gleichermaßen Schiffbruch am Vermittlungscharakter dessen, was sie als unmittelbar oder elementar wähen."²⁴⁷

²⁴¹Mayer, Semantischer Holismus. Eine Einführung, 1997, S. 21.

²⁴²Siehe auch *Stekeler-Weithofer*, Brandons pragmatistische Theorie der Bedeutung, in: Fuhrmann/ Olsson (Hrsg.), Pragmatisch denken, 2004, S. 35 ff. (37 ff.).

²⁴³Vgl. *Welsch*, Hegel und die analytische Philosophie, unter: <http://www.information-philosophie.de/philosophie/WelschHegel.html>.

²⁴⁴Vgl. *Neurath*, Protokollsätze, in: Erkenntnis 3 (1932/1933), S. 204 ff.

²⁴⁵*Welsch*, Hegel und die analytische Philosophie, unter: <http://www.information-philosophie.de/philosophie/WelschHegel.html>.

²⁴⁶Ebd.

²⁴⁷Ebd.

II. Der Molekularismus zerschlägt die Welt in isolierte Inseln

a) An diesem Punkt setzt Quine mit dem Paukenschlag seiner Fundamentalkritik der "Dogmen des Empirismus" an.²⁴⁸ Und er zieht daraus die Konsequenz eines radikalen Holismus²⁴⁹, der eine neue Phase postanalytischer Philosophie einläutet. Für Quine gibt es keine Möglichkeit, eine Theorie zu verifizieren oder durch ein *experimentum crucis* zu widerlegen. Die Wissenschaft ist aus seiner Sicht ein Netz oder Kraftfeld, das nur an den Rändern und daher als Ganzes von der Erfahrung berührt wird. Wenn es hier zu Widersprüchen kommt, ist es immer möglich, im Inneren des Netzes Abhilfe zu schaffen. So zeigt etwa die Diskussion um die Quantenmechanik, dass auch ganz elementare Sätze wie etwa der Satz vom ausgeschlossenen Dritten zur Disposition der Wissenschaft gestellt werden, wenn eine Erklärung dies erfordert.²⁵⁰ Deswegen geht Quine einen weiteren Schritt über den Empirismus hinaus. Während der klassische englische Empirismus das Wort einer bestimmten Erfahrung zuordnen wollte, hat schon Frege die Bedeutung eines Wortes im Satz bestimmt. Dieses so genannte Fregesche Kontextprinzip wird von Quine erweitert. Dabei geht er nicht einfach vom Satz zur Theorie, oder von der Theorie zum Erkenntnisprogramm bzw. dem Ganzen der wissenschaftlichen Disziplin. Sein Schritt über den Satz hinaus führt vielmehr zur Wissenschaft als Ganzes.

In Quines Aufsatz findet man allerdings zwei Auffassungen des Holismus. Zunächst einmal ein Bild des Holismus, gefasst in die Metapher vom Netz bzw. Kraftfeld. Die Elemente einer Theorie werden dabei als Punkte im Netz beschrieben und gewinnen erst dadurch ihre Bestimmtheit. Eine zweite Auffassung des Ganzen der Wissenschaft liegt dem gegenüber näher an der Vorstellung der klassischen Hermeneutik, die davon ausgeht, dass das Ganze immer mehr ist, als die Summe seiner Teile. Dabei wird davon ausgegangen, dass die Bedeutung eigentlich nur dem Ganzen der Wissenschaft zukommt, weil nur diese sich verifizieren lässt. Dieses zweite Bild geht deutlich in die Richtung des ganzheitlichen Holismus bzw. Kollektivismus.²⁵¹

b) Wenn man dann die Einheit der Wissenschaft durch eine Mehrzahl von Paradigmen ersetzt, entsteht das bekannte Problem der Inkommensurabilität.

²⁴⁸Siehe vor allem *Quine*, Zwei Dogmen des Empirismus, in: ders., Von einem logischen Standpunkt. Neun logisch-philosophische Essays, 1979, S. 27 ff. (47 ff.). Dazu als "Gründungsurkunde der gegenwärtigen philosophischen Diskussion über den Holismus" *Bertram*, Holismus und Praxis. Der Zusammenhang von Elementen, Beziehungen und Praktiken, in: *Bertram/ Liptow* (Hrsg.), Holismus in der Philosophie. Ein zentrales Motiv der Gegenwartphilosophie, 2002, S. 59 ff. (60).

²⁴⁹Quine selbst spricht allerdings nicht ausdrücklich von "Holismus". Dies in Auseinandersetzung mit ihm bei *Hofstadter*, The Myth of the Whole. An Examination of Quine's View of Knowledge, in: *Journal of Philosophy* 15 (1954), S. 397 ff. Dazu *Bertram/ Liptow*, Holismus in der Philosophie. Eine Einleitung, in: dies. (Hrsg.), Holismus in der Philosophie. Ein zentrales Motiv der Gegenwartphilosophie, 2002, S. 7 ff. (15).

²⁵⁰Zur sogenannten Quine-Duhem-These *Vuillemin*, On Duhem's and Quine's Thesis, in: *Erkenntnis* 9 (1979), S. 69 ff.

²⁵¹Dazu *Bertram*, Holismus und Praxis, in: ders./ *Liptow*, Holismus in der Philosophie. Ein zentrales Motiv der Gegenwartphilosophie, 2002, 59 ff. (61); sowie *Esfeld*, Holismus in der Philosophie des Geistes und der Philosophie der Physik, 2002, Kap. 1.

Molekulare Einheiten konkurrierender Paradigmen sind danach deduktiv getrennt und können nicht sinnvoll miteinander sprechen. Es gibt eine Vielzahl von Welten, aber als Inseln, zwischen denen keine Brücken bestehen. Dieses Problem wird erst mit der Kritik Davidsons am Unverträglichkeitstheorem von Kuhn und Feyerabend überwunden. Davidson zeigt, dass von Inkommensurabilität nur in einer gemeinsamen Welt gesprochen werden kann. Er stützt sich dabei auf die Ansätze zu einem praktischen Holismus beim späten Wittgenstein. Dieser war mit seiner Spätschrift "Über Gewissheit" in seiner Kritik an Moore²⁵² schon zu einem konsequent praktischen Holismus gekommen.²⁵³ Auch für ihn können sich Wahrheit und Gewissheiten nur im Ganzen des Verhältnisses zur Welt bestimmen. Dementsprechend sind sie ohne Ausnahme Revisionen ausgesetzt, wenn sich dieses Verhältnis verschieben sollte. Gegen Moores Postulierung unerschütterlicher Gewissheiten des Common Sense wendet Wittgenstein ein, dass diese nicht einer isolierten Anschauung entspringen. Vielmehr verdanken sie sich, ganz so wie bei Quine theoretische Aussagen, allein dem System unserer Überzeugungen, dem entsprechenden "Weltbild".²⁵⁴ Die Bestimmung von Einzelem ist selbst schon von begrifflicher Natur und erfordert begriffliche Prozesse. Daher ist Moores Verteidigung der sinnlichen Gewissheit ein Irrtum. Sie ignoriert die begriffliche Vermitteltheit eines jeden Zugriffs auf Einzelnes. Unmittelbarkeit ist in Wahrheit nur ein Vordergrundeffekt vor dem Hintergrund allgemeiner, begrifflicher Strukturen. Dieser wiederum verdankt sich nicht irgendwelchen Erkenntnissen: "Mein Weltbild habe ich nicht, weil ich mich von seiner Richtigkeit überzeugt habe; auch nicht, weil ich von seiner Richtigkeit überzeugt bin. Sondern es ist der überkommene Hintergrund, auf welchem ich zwischen wahr und falsch unterscheide."²⁵⁵ Von einer Verifikation – und sei es des Überzeugungssystem im Ganzen – kann also keine Rede mehr sein. Das ganze Verhältnis zur Welt ist allein intern bestimmt. Das Überzeugungssystem ist praktisch eingespielt und damit zugleich ganz und gar eine Angelegenheit der Sprache. Denn "wenn wir anfangen etwas zu glauben, so nicht einen einzelnen Satz, sondern ein ganzes System von Sätzen. (Das Licht geht nach und nach über das Ganze auf)."²⁵⁶

Bei Wittgenstein deutet sich damit die Wende zu einem praktischen Holismus an, durch den Davidson die Unzulänglichkeiten des Quineschen Ansatzes überwindet.²⁵⁷ Zwar beruft sich Davidson nicht ausdrücklich auf Wittgenstein, son-

²⁵²Siehe *Wittgenstein*, Über Gewissheit. Werkausgabe Bd. 8, Frankfurt am Main 1984.

²⁵³Dazu im einzelnen *Scholz*, Sinn durch Einbettung. Von Frege zu Wittgenstein, in: Bertram/ Liptow, Holismus in der Philosophie. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie, 2002, S. 168 ff. (172 ff.); sowie *ders.*, Wittgensteins Holismen: Sätze, Sprachspiele, Lebensformen, in: Philosophiegeschichte und logische Analyse 4 (2001), S. 173 ff.

²⁵⁴Vgl. etwa *Wittgenstein*, Über Gewissheit. Werkausgabe Bd. 8, 1984, § 142.

²⁵⁵*Wittgenstein*, ebd., § 94.

²⁵⁶*Wittgenstein*, ebd., § 141.

²⁵⁷Siehe *Davidson*, Wahrheit und Bedeutung, in: *ders.*, Wahrheit und Interpretation, 1990, S. 40 ff.; sowie *ders.*, Radikale Interpretation, in: ebd., S. 183 ff. Ausführlich dazu hier im besondern *Mayer*, Semantischer Holismus. Eine Einführung, 1997, S. 159 ff.; sowie *Krämer*, Sprache, Sprechakt, Kommunikation. Sprachtheoretische Positionen des 20. Jahrhunderts, 2001, S. 183 ff.

dern legt Tarskis semantische Wahrheitstheorie zugrunde.²⁵⁸ Aber genau wie Wittgenstein nimmt er als Ausgangspunkt das auf "das Ganze der Sprache" ausgedehnte Fregesche Kontextprinzip.²⁵⁹ "Das Zeichen (der Satz) erhält seine Bedeutung von dem System der Zeichen, von der Sprache, zu dem es gehört. Kurz: Einen Satz verstehen, heißt, eine Sprache verstehen."²⁶⁰ Beide stimmen also in der Konsequenz eines Bedeutungsholismus überein. Davidson formuliert seine "holistische Auffassung der Bedeutung" folgendermaßen: "Frege hat einmal gesagt, nur im Zusammenhang des Satzes habe ein Wort Bedeutung; in der gleichen Einstellung hätte er hinzufügen können, nur im Zusammenhang der Sprache habe ein Satz (und daher ein Wort) Bedeutung."²⁶¹ Hier hätte er Wittgenstein zitieren können. Und für die Übereinstimmung Davidsons mit ihm ist weiterhin bemerkenswert, dass auch Davidson dann die Frage nach der Bedeutung nicht als einer der Eigenschaft von Ausdrücken, sondern als eine nach deren Verstehen oder Interpretation stellt.²⁶² Damit vermeidet er die Unzulänglichkeiten des Quineschen Holismus. Er trennt sich vom Verifikationismus und konzipiert den Holismus so, dass nicht die Sprache als Ganzes zum Bedeutungsträger wird. Wenn das Ganze der Bedeutungsträger wäre, könnte man nicht mehr erklären, wie wir einzelne Äußerungen verstehen. Stattdessen schlägt Davidson ein Lernmodell vor, das Bedeutung nicht voraussetzt, sondern ihre Erzeugung eben als Interpretation vor dem offenen Horizont eines Ganzen untersucht.²⁶³

c) Davidson argumentiert im Rahmen des Quine'schen Gedankenexperiments der radikalen Übersetzung.²⁶⁴ Danach wird in der Interpretation die fremde Sprache in die eigene transponiert. Entsprechend der Quineschen Einsicht, dass sich Sprach- und Weltwissen nie voneinander trennen und gegeneinander ausspielen lassen, besteht eine solche eigene Sprache in einem Ganzen von verständlichen Bedeutungen und akzeptierten bzw. für wahr gehaltenen Überzeugungen. Beide Momente stehen in einem gegenseitigen Erläuterungsverhältnis.²⁶⁵ Vor diesem Hintergrund wird in einem geradezu hermeneutischen Prozess²⁶⁶ ein Verständnis der Äußerungen des anderen

²⁵⁸Siehe *Tarski*, Die semantische Konzeption der Wahrheit und die Grundlagen der Semantik, in: Sinnreich (Hrsg.), Zur Philosophie der idealen Sprache: Texte von Quine, Tarski, Martin, Hempel und Carnap, 1972, S. 53 ff.

²⁵⁹Vgl. *Frege*, Grundlagen der Arithmetik, 1884, § 106.

²⁶⁰*Wittgenstein*, Das Blaue Buch. Werkausgabe Bd. 5, 1984, S. 21.

²⁶¹*Davidson*, Wahrheit und Bedeutung, in: ders., Wahrheit und Interpretation, 1990, S. 40 ff. (47). Dazu auch *Krämer*, Sprache, Sprechakt, Kommunikation. Sprachtheoretische Positionen des 20. Jahrhunderts, 2001, S. 182.

²⁶²Dann vor allem *Davidson*, Radikale Interpretation, in: ders., Wahrheit und Interpretation, 1990, S. 183 ff.

²⁶³Zum Interpretationismus Davidsons hier vor allem *Liptow*, Regel und Interpretation. Eine Untersuchung zur sozialen Struktur sprachlicher Praxis, 2004, S. 183 ff.

²⁶⁴Vgl. *Quine*, Wort und Gegenstand (Word and Object), 1980, S. 59 ff.

²⁶⁵Vgl. *Davidson*, Der Begriff des Glaubens und die Grundlage der Bedeutung, in: ders., Wahrheit und Interpretation, 1990, S. 204 ff.; sowie *Glüer*, Sprache und Regeln. Zur Normativität von Bedeutung, 1999, S. 28.

²⁶⁶*Krämer*, Sprache, Sprechakt, Kommunikation. Sprachtheoretische Positionen des 20. Jahrhunderts, 2001, S. 176 bezeichnet denn auch "Davidson als Hermeneuten der

bis hin zu dem einer "gänzlich fremden Sprache" gewonnen.²⁶⁷ Das macht die Radikalität des Davidsonschen Interpretationsmodells aus. Der Kontext der "Sätze, Sprachen, Theorien, Vokabulare, Überzeugungssysteme oder Äußerungszusammenhänge"²⁶⁸ bietet alles, was dafür nötig ist, um sprachlichen Ausdrücken ihre Bedeutung zu geben. Um den Bedeutungen der Worte in den Äußerungen auf die Spur kommen, muss sich der Interpret daher auf die Meinungen und Überzeugungen beziehen, denen sie Ausdruck verleihen.

Als Ansatzpunkt für ein Verständnis von Äußerungen ist dabei nicht mehr nötig als dem anderen zu unterstellen, dass er sehr wohl weiß, wovon er redet und was er tut. Und dafür wiederum ist nicht mehr nötig, als dass der Interpret unterstellt, dass sich der andere im großen und nicht anders durch die Welt bewegt als er selbst und so auch im großen und ganzen seine Meinungen und Überzeugungen auf den gleichen Wegen bildet wie er selbst auch. Dieses "Prinzip der Nachsicht"²⁶⁹ hält den Interpreten an, möglichst nach einem Verständnis von Äußerungen zu suchen, demzufolge die "Sprecher Recht haben, wenn es plausiblerweise möglich ist, je nachdem freilich, was wir nach unserer eigenen Auffassung für das Richtige halten. Was dieses Vorgehen rechtfertigt, ist die Tatsache, dass Meinungsverschiedenheit ebenso wie Meinungsgleichheit nur vor einem Hintergrund massiver Übereinstimmung verständlich sind"²⁷⁰ Das "Prinzip der Nachsicht" als Grundlage aller Interpretation besagt nicht, dass Verstehen zu völliger Konformität zwingen würde. Es bietet ganz im Gegenteil erst die Grundlage, einen Anhaltspunkt dafür, Differenzen festzustellen und ihnen im Hinblick auf die Bedeutung, in der der andere die Wörter verwendet, Rechnung zu tragen. Interpretation wird also zur Bewegung innerhalb eines Systems von zwei sich gegenseitig erläuternden Zusammenhängen: einmal dem System von Überzeugungen darüber wie die Welt beschaffen ist und zum anderen dem System sprachlicher Bedeutungen.²⁷¹

Davidsons Ansatz eines semantischen Holismus besteht in der Auffassung, "dass die Bedeutung eines Zeichens oder eines sprachlichen Ausdrucks oder auch der Gehalt einer Überzeugung oder einer mentalen Repräsentation [...] eine Funktion seines bzw. ihres Zusammenhangs mit anderen Zeichen oder Ausdrücken, Überzeugungen oder Repräsentationen [ist]. Das in Frage stehende Ganze ist dann entsprechend ein Zeichensystem, das Vokabular einer Theorie, eine Sprache oder ein System von Überzeugungen oder Repräsentationen."²⁷²

alltäglichen Rede".

²⁶⁷Die praktisch gewendete Andeutung eines solchen Modells bei *Wittgenstein*, Philosophische Untersuchungen. Werkausgabe Bd. 1, 1984, § 206.

²⁶⁸*Mayer*, Semantischer Holismus. Eine Einführung, 1997, S. 35.

²⁶⁹Zu diesem Prinzip in Hinblick auf die "Bedingungen des Verstehens" hier nur *Stüber*, Donald Davidsons Theorie sprachliche Verstehens, 1993, S. 144 ff.

²⁷⁰*Davidson*, Radikale Interpretation, in: *ders.*, Wahrheit und Interpretation, 1990, S. 183 ff. (199).

²⁷¹Entsprechend siehe auch weiter *Davidson*, Eine Kohärenztheorie der Wahrheit und der Erkenntnis, in: *Bieri* (Hrsg.), Analytische Philosophie der Erkenntnis, 1987, S. 271 ff.

²⁷²*Bertram/Liptow*, Holismus in der Philosophie. Eine Einleitung, in: *dies.* (Hrsg.), Holismus in der Philosophie. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie, 2002, S. 7 ff. (10).

Bedeutung im engeren Sinn als sprachlich vermittelte, sowie der Gehalt von Überzeugungen können weder isoliert signifikanten Ereignissen zugeschrieben werden, noch lassen sich Bedeutung und Gehalt auf ein unmittelbares Verhältnis zu einem von ihnen Repräsentierten reduzieren.²⁷³ Signifikante Ereignisse präsentieren ihren Sinn immer durch den Zusammenhang, den sie untereinander bilden und sind so auch für ihr Verständnis essentiell auf diesen angewiesen. Sie drücken also streng genommen einen Sinn gar nicht aus, sondern bieten ihn aufgrund ihrer Stellung im Flusse solcher Ereignisse dar.

Mit Davidson ist also der methodische Aspekt wieder vom Wertaspekt getrennt. Man braucht für die Bestimmung des Einzelnen das Ganze, aber dieses Ganze ist dadurch nicht von vorrangigem Wert. Diese Trennung gelingt ihm, weil er den Holismus nicht mehr nach dem Schema Teil und Ganzes konzipiert, sondern nach dem Schema Gestalt und Horizont. Eine Gestalt kann man nur vor dem Hintergrund eines unbestimmt bleibenden Horizonts sehen. Aber der Horizont wird dadurch nicht zum eigentlichen Träger der Bedeutung.

III. Die Rückkehr zu einem schwachen Holismus

Der Holismus ist für eine Semantik unverzichtbar, kann aber im Durchgang durch die analytische Diskussion als Problem präzisiert werden. Dabei ergeben sich zwei Abschwächungen in der holistischen Theorie. Zum einen muss man auf der Seite der Elemente des Ganzen auf eine strikte Anforderung der Identität verzichten. Zum anderen muss man auf der Seite des Ganzen auf eine Bestimmung als Figur verzichten.

a) Zunächst zum Problem der Identität: Ein semantischer Holismus ist unmöglich, wenn man für die Bestimmung von Überzeugungen oder Bedeutungen eine strikte Identität verlangt.²⁷⁴ Strikte Identität würde Bedeutung als intrinsische Eigenschaft der Einzelelemente voraussetzen und damit als Atomismus noch weniger plausibel sein als die geschilderte Form des Holismus. Wenn Bedeutung relational ist und nur über den Umweg von Differenzen oder Inferenzen bestimmt werden kann, muss man die Forderung strikter Selbstidentität einschränken. Denn Relation setzt als Umweg mindestens eine Zeitdifferenz.

Strikte Identität ist aber keineswegs notwendig. Vielmehr ist davon auszugehen, "dass die umgangssprachliche Rede von ‚derselben‘ Überzeugung oder ‚derselben‘ Bedeutung zweier sprachlicher Ausdrücke eine grobe Redeweise ist."²⁷⁵ Sie lässt vielerlei Spezifizierungen zu. Für die benötigte Ausdifferenzierung einzelner Gehalte an Überzeugungen oder Bedeutungen mag es durchaus hinreichen, wenn die Bedeutungen oder Überzeugungen "irgendwie" auf ihren Einklang oder ihre Verschiedenheit hin vergleichbar gemacht und aufeinander bezogen werden.

²⁷³Dazu auch *Putnam*, Repräsentation und Realität. 1991, S. 33 ff.

²⁷⁴Diese Vorstellung kritisiert auch schon *Wittgenstein*, Philosophische Untersuchungen. Werkausgabe Bd. 1, 1984, § 216.

²⁷⁵Vgl. *Bertram/ Liptow*, Holismus in der Philosophie. Eine Einleitung, in: dies. (Hrsg.), Holismus in der Philosophie. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie, 2002, S. 7 ff., 25.

Dieses "irgendwie" lässt sich durchaus holistisch, vor allem etwa inferenzsemantisch präzisieren. Ausgangspunkt bleibt, um nicht gleich auch den Holismus mit über Bord zu werfen, dass das durch Bedeutungen und "Überzeugungen gebildete System [...] einen Gedanken fest[legt], indem es ihm im logischen und epistemischen Raum seine Stelle zuweist."²⁷⁶ Bestimmung braucht nicht mehr unbedingt als Identität, nicht einmal mehr als Individuation aufgefasst werden. Es reicht allein das Festlegen auf eine inferentielle Rolle zur Verortung aus. Und das kann in vielerlei Weise geschehen. Statt sich also auf "Eins-zu-eins-Relationen wie der der Identität oder Konstitution" festlegen zu müssen, reicht es aus "Viele-zu-eins-Relationen" als Verortung ins Spiel zu bringen.²⁷⁷ Gewonnen ist damit, den unmittelbaren Durchschlag von Veränderungen im Ganzen auf eine Veränderung des Einzelnen in einem Netz von inferentiellen Verweisen aufzufangen zu haben.

b) Die zweite Präzisierung des holistischen Problems durch die analytische Diskussion ergibt sich bei der Bestimmung des Ganzen. Im herkömmlichen Begriff der Totalität wird dieses Ganze bestimmt und genau durch diese Bestimmung zu einem Element zwischen allen anderen. Damit kann es seinen Auftrag, die Austauschbewegung aller Elemente zu kontrollieren, nicht mehr erfüllen. Es entsteht also ein Paradox, das auch durch Temporalisierung nicht aufgehoben werden kann. Deswegen muss man sich von der Auffassung des Ganzen trennen, wonach es eine Gestalt darstellt, unter die man alle Einzelemente subsumieren kann. Es geht um den Versuch, den Holismus ohne Ganzes zu denken.

Der vertikale Holismus in der Figur der Totalität funktioniert nur als rhetorische Fassade. Denn jede Praxis, die das Ganze bestimmt, macht es eben dadurch zum Teil. Funktionieren kann ein Holismus nur als praktischer. Während der theoretische Ansatz dazu auf revisionsimmune Sätze zurückgehen will, sieht der Gegenansatz darin eine Frage praktischer Entscheidungen im Verständigungsprozess. Jede Diskussion muss durch Vertrauensvorschuss und Anfechtungsstruktur ihr Gebiet eingrenzen. Wenn man das Ganze für handhabbar hält, gibt es eine "Wir-Perspektive", die man der Verständigungspraxis überordnen kann, um diese von dort aus zu herrschen. Dem ist ein konsequent praktisches Verständnis des Holismus entgegenzuhalten, das auch das Moment des Ganzen aus den Verhältnissen nicht kollektiv bestimmt. Vielmehr ist das Ganze aus der Praxis heraus zu profilieren und damit "holistisch individuell"²⁷⁸ eine Angelegenheit "zwischen" den Beteiligten solcher Praktiken.

Damit sind "holistische Strukturen als Implikate von Praktiken mit sprachlichen

²⁷⁶ *Glüer*, *Alter Hut kleidet gut*. Zur Verteidigung des semantischen Holismus, in: Bertram/ Liptow (Hrsg.), *Holismus in der Philosophie*. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie, 2002, S. 114 ff., 116.

²⁷⁷ Vgl. *Glüer*, *Alter Hut kleidet gut*. Zur Verteidigung des semantischen Holismus, in: Bertram/ Liptow (Hrsg.), *Holismus in der Philosophie*. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie, 2002, S. 114 ff., 121.

²⁷⁸ Dazu *Liptow*, *Interpretation, Interaktion und die soziale Struktur sprachlicher Praxis*, in: Bertram/ Liptow. (Hrsg.), *Holismus in der Philosophie*. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie, 2002, S. 129 ff., 135.

Ausdrücken zu verstehen. Diese Implikate bilden sich von Praxis zu Praxis neu aus. Sie kommen also im Übergang zustande, sind mit den Praktiken verbunden, ohne dass diese irgendwelche Momente der Strukturen selbst konstituieren würden.“²⁷⁹ Holismus ist den Praktiken implizit und kann daher allenfalls explizit gemacht werden. Sei es in Begründungen als Ableitung, sei es in Bedeutungserklärungen als Schluss auf einen begrifflichen Gehalt. Damit aber Begründen überhaupt funktionieren kann, muss es so etwas wie einen Grund geben. Und damit Erklärungen funktionieren können, muss es so etwas die ein Erklärendes geben. Diese Binsenweisheit bedeutet zum einen, dass eine Explizierung des den Praktiken impliziten Holismus sich nicht in einem ad infinitum verlieren darf und kann. Gleichwohl kann sie kein "natürliches Ende" finden. "Holistische Beziehungen - und mit ihnen das, was verstanden werden muss, wenn etwas verstanden werden soll - reichen nicht ad infinitum, sondern lediglich ad indefinitum.“²⁸⁰ Ein Ende kann immer nur praktisch erreicht werden. Sei es durch die Einwandfreiheit der bemessen an der Ausgangsfrage zufriedenstellenden Begründung. Oder sei es durch den sich an dem vom Sinn der Frage nach einer Erklärung vorgezeichneten Raum einer Antwort²⁸¹, mit der eine Zufriedenheit mit dem erreichten Verständnis eines begrifflichen Gehalts erreicht werden kann.

c) Die historische Entwicklung von einem starken zu einem schwachen Holismus erlaubt nun Differenzierungen im Begriff des Ganzen. Die Struktur eines holistischen Arguments lässt sich mit drei Gegensatzpaaren sichtbar machen: Ein Holismus ist vertikal, wenn er dem Schema Ganzes und Teil folgt und damit die Teile als defizitär und einer Einordnung bedürftig begreift. Ein Holismus ist horizontal, wenn er das Schema Gestalt und Horizont zugrunde legt und damit den Teil als produktiv und das Ganze als abhängig von dessen Sicht begreift. Ein Holismus heißt epistemisch, wenn er das Ganze für eine bestimmbare Größe hält, von der aus man deduktiv argumentieren kann. Ein Holismus heißt praktisch, wenn er das Ganze als Möglichkeit zur Öffnung des Rahmens einer konkreten Diskussion sieht. Ein Holimus ist moderat, wenn er Einschränkungen für begründbar und machbar hält, ein Holismus ist radikal, wenn er dies prinzipiell ablehnt. Der Holismus der herkömmlichen Lehre ist danach vertikal und epistemisch. Mit der postulierten Zugangsmöglichkeit zum Ganzen ist er auch moderat. Aber wenn das Postulat der Zugänglichkeit semantisch nicht eingelöst werden kann, bleibt diese Moderation illusionär. Die Gegenposition der Gerichte bestimmt die holistische Dimension horizontal und praktisch. Entscheidend ist für sie, ob sie die Moderation des Ganzen pragmatisch einlösen kann.

²⁷⁹ Bertram, Holismus und Praxis. Der Zusammenhang von Elementen, Beziehungen und Praktiken, in: Bertram/ Liptow (Hrsg.), Holismus in der Philosophie. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie, 2002, S. 59 ff., 72.

²⁸⁰ Vgl. Seel, Für einen Holismus ohne Ganzes, in: Bertram/ Liptow (Hrsg.), Holismus in der Philosophie. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie, 2002, S. 30 ff., 37.

²⁸¹ Im Sinne von Wittgenstein, Wittgenstein und der Wiener Kreis. Werkausgabe Bd. 3., 1984, S. 227 gerade als Richtung, also relational wiederum, also keineswegs substantiell: "Eine Frage verstehen heißt, die Art des Satzes als Antwort wissen. Ohne Antwort keine Denkrichtung, keine Frage. Man kann nicht richtungslos suchen."

3. Kapitel: Semantik des Gesetzes und Pragmatik des Rechts

Die Rechtspraxis kommt ohne den Bezug zum Ganzen nicht aus. Das ergibt sich notwendig schon aus der Verwendung von Sprache. Die Frage nach dem Ganzen bleibt. Zwar wird das Gespenst spektral, aber es kehrt zurück. Recht lässt sich nur im Kontext bestimmen. Das ist die unverlierbare Einsicht der Diskussion um die Einheit der Rechtsordnung. Gescheitert ist sie an der praktischen Unlösbarkeit der Idee eines Ganzen als formulierbare Totalität. Das wiederum zeigt, dass es für eine angemessene Vorstellung juristischen Entscheidens Überlegungen bedarf, die weit über das hinausgehen, was die bisherige Hermeneutik und auch viele Ansätze holistischer Philosophie geleistet haben. Die Frage ist, wie dieser holistische Bezug zu denken ist. Die Forderung nach einem Holismus ohne Ganzes²⁸² liefert uns dafür die Form der Paradoxie. Wir unterstellen die Einheit der Rechtsordnung als Form und streiten in der Praxis über ihren Inhalt. Dabei gibt es keine objektive Wir-Perspektive, sondern nur eine Vielzahl von Sichtweisen, die sich im praktischen Verfahren durch eine Vernetzung mit anderen Entscheidungen aneinander abarbeiten müssen.

A. Semantik des Gesetzes

Wie kann es gelingen, den Holismus in diesen Konfliktsituationen sinnvoll zu moderieren? Als mögliche Bezugspunkte werden dabei in der juristischen Diskussion drei Größen in Anschlag gebracht: Der Wille des Gesetzgebers, das Gesetz oder die Wortlautgrenze.

I. Bindung durch den Gesetzgeber

a) Es ist keine seltene Frage, wie man „das Gesetz vor dem Richter retten“ kann. Der demokratietheoretische Impetus soll über die Sprache des Gesetzes eingelöst werden. Sie sei das entscheidende Steuerungsinstrument des demokratisch legitimierten Gesetzgebers gegenüber dem Richter als bloßem Anwender. Semantik bzw. Pragmatik des Gesetzes sollen das Maß der Grundrechtsgeltung im einfachen Gesetz schon vor dem jeweiligen Verfahren fixieren und damit den Holismus als Problem juristischer Argumentation beseitigen bzw. mindestens einschränken. Wenn man der Rechtspraxis eine aktive sprachliche Sinngebung des Gesetzes erlaube, durchkreuze man die Möglichkeit einer demokratischen Genese der Rechtsentscheidung. Kann man aber die Forderung nach einer demokratischen Genese von Rechtsentscheidungen wirklich dadurch einlösen, dass man dem Gesetzgeber ein Monopol auf die Aktivität sprachlicher Sinngebung zuschreibt?

Die geschilderte Position arbeitet mit einem Kommunikationsmodell. Von seiner Struktur her privilegiert das Kommunikationsmodell den Sender, jedoch um den

²⁸²Siehe dazu *Seel*, Für einen Holismus ohne Ganzes, in: Bertram/ Liptow, Holismus in der Philosophie, Eine Einleitung, in: dies. (Hrsg.), Holismus in der Philosophie. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie, 2002, S. 30 ff.

Preis, dass die Möglichkeiten seiner Sinnbestimmung durch den verwendeten Code festgelegt sind.²⁸³ Vermittelt über den Sender ist es dann vor allem der Code, der den Inhalt der mitgeteilten Botschaft festlegt. Der Code soll dazu dienen, die Sinngebungskompetenz der Rechtspraxis auszuschließen. Damit ergibt sich aber zunächst nur eine Verschiebung: Die Sinngebungskompetenz geht vom Gesetzgeber auf den sprachlichen Code über. Der Gesetzgeber kann die Rechtsanwendung nur insoweit beeinflussen, als er den sprachlichen Code und das damit gegebene Verhältnis von Sprache und Wirklichkeit aufnimmt und höchstens präzisiert. Aus dieser Sicht²⁸⁴ bestimmt der Gesetzgeber den Sinn des Normtextes vermittelt des von ihm verwendeten Codes sprachlicher Regeln. Diese sprachlichen Regeln legen ein bestimmtes Verhältnis von Sprache und Wirklichkeit fest und entscheiden somit, auf welche Fälle der Normtext anzuwenden ist. Danach kann die Rechtspraxis den Sinn des Normtextes nicht aktiv bestimmen, weil dieser Sinn schon durch die Sprachregeln festgelegt ist, die der Gesetzgeber verwendet hat.

Als kommunikationstheoretisches Ideal gilt dabei die eindeutige Relation zwischen sprachlichen Zeichen und sog. außersprachlichen Objekten, welche der Gesetzgeber durch Normierung des Sprachgebrauchs herstellen kann.²⁸⁵ Für die juristische Auslegung folgt daraus, dass sie herausfinden muss, welche Relationen der Gesetzgeber zwischen Zeichen und Sache hergestellt oder präzisiert hat. Vermittelndes Glied ist dabei die Sprachregel. So wie man bei Kenntnis der Sprachregel weiß, auf welche Gegenstände sich das Zeichen bezieht, so weiß man nach verständiger Lektüre der Normtexte, auf welche Fälle sie anzuwenden sind. Hat der Gesetzgeber den Normtext erst einmal formuliert, so ist sein Inhalt endgültig fixiert, und der Rechtspraxis bleibt außer der Erkenntnisanstrengung nichts mehr zu tun.

Dieses Modell geht davon aus, dass Gesetzgeber und Rechtsanwender mit gleichen sprachlichen Verwendungsregeln und gleichem Wirklichkeitsverständnis operieren, weil (und sofern) sie sich im gleichen gesellschaftlichen Kontext befinden. Insoweit bilden die gelegentlich große historische Diskrepanz zwischen Gesetzgebung und -anwendung sowie die Tatsache, dass die Wirklichkeit sich in abstrakter Zukunftsorientierung und in der Behandlung konkreter abgeschlossener Fälle für Normsetzung und -konkretisierung in unterschiedlichem „Aggregatzustand“ befindet, das eigentliche Auslegungsproblem, nicht aber die durch unterschiedlichen Wirklichkeitsbezug vermittelte bzw. sprachtheoretisch begründete Unmöglichkeit einer Kommunikation zwischen Gesetzgeber und Richter. „Dass eine ‚Botschaft‘ des Gesetzes beim anwendenden Juristen nicht ankomme, ist auch nach dem faktischen Ablauf von Gesetzgebungsverfahren kaum zu befürchten, wenn Gesetzesentwürfe von

²⁸³Vgl. dazu *Descombes*, Das Selbe und das Andere, 1981, S. 112 f.

²⁸⁴*Maus*, Zur Problematik des Rationalitäts- und Rechtsstaatspostulats in der gegenwärtigen juristischen Methodik am Beispiel Friedrich Müllers, in: Abendroth/ Blanke/ Preuß u.a., Ordnungsmacht, 1981, S. 153 ff. (161 f.).

²⁸⁵Vgl. ebd., sowie *dies.*, Zum Regelungsgehalt von Gesetzgebungsmaterialien, in: Rüdiger (Hrsg.), Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung, 1976, S. 369 ff. (insbes. 395).

Verwaltungsjuristen erstellt und von Parlamenten verabschiedet werden, die noch immer zu einem hohen Anteil aus Juristen bestehen”²⁸⁶. Die gleichen Sprachregeln sollen hier also eine Sinngebung des Normtextes in Übereinstimmung mit dem Gesetzgeber garantieren. Denn der Zweck der Sicherstellung eines übereinstimmenden Verständnisses erfordert nicht nur, dass die im Normtext verkörperten Sprachregeln feste und objektiv vorgegebene Größen sind, sondern diese Regeln müssen auch eine gewisse Homogenität aufweisen.

Dabei scheinen beide Probleme mit Hilfe der Auslegung lösbar und machen eigentlich nur die Decodierung der Botschaft des Gesetzgebers etwas zeitraubender.

b) Damit ist alles klassifiziert, und nichts kann die Idylle des Kommunikationsmodells mehr stören. Oder doch? Wie wenn die genannten Schwierigkeiten sich nicht als brave Ausnahmen der biederen Regel fügen wollten? Der gelegentlich große historische Abstand und der unterschiedliche Aggregatzustand stören die Grundannahmen dieses Kommunikationsmodells, die man folgendermaßen formulieren kann: Im Normalfall kommt die Botschaft, die der Gesetzgeber an den Rechtsanwender senden wollte, vermittelt über das Medium des Textes zweifelsfrei an.²⁸⁷ Ausgehend von den Zeichen des Textes, gelangt man zu den ”gleichen sprachlichen Verwendungsregeln” und kann so den jeweils vorliegenden Fall der zweifelsfreien Botschaft des Gesetzes gemäß entscheiden. Kann aber die Rechtsanwendung in der Regel des Normalfalls so funktionieren? Der Gesetzgeber wird hier mit dem Autor eines Textes gleichgesetzt, und der Autor wird gleichgesetzt mit dem Gravitationszentrum des Textsinns. Aufgabe des Rechtsanwenders wäre es demnach, die im Text verkörperten Gedanken des Gesetzgebers nachzuvollziehen. Aber gerade dieser Nachvollzug erweist sich in der Praxis als uneinlösbare Fiktion. Der Normtext funktioniert vielmehr gerade dadurch, dass er von einer Bindung durch den ”Sender” abgeschnitten ist.²⁸⁸ Die Leitsätze konkreter Entscheidungen können ihm zugerechnet werden, weil bei jeder neuen Verwendung sein Sinn nicht einfach identisch wiedergegeben, sondern verschoben wird, und weil dadurch der Normtext unter Bruch mit dem ursprünglichen Kontext neuen, unvorhergesehenen Situationen aufgepfropft²⁸⁹

²⁸⁶ *Maus*, Zur Problematik des Rationalitäts- und Rechtsstaatspostulats in der gegenwärtigen juristischen Methodik am Beispiel Friedrich Müllers, in: Abendroth/ Blanke. Preuß u.a., Ordnungsmacht, 1981, S. 153 ff. (161 f.). Zu der zwischen Gesetzgeber und Richter vermittelnden gemeinsamen Weltsicht vgl. auch *Starck*, Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung, in: VVDStRL 34 (1975), S. 43 ff. (60 ff., 90 Leitsatz 10); zu dem von Maus angesprochenen unterschiedlichen Aggregatzustand vgl. die Gesetzgebung und Rechtsprechung nach ihrer Zeitwirkung differenzierende Analyse bei *Kirchhof*, Der Auftrag des Grundgesetzes an die rechtsprechende Gewalt, in: Richterliche Rechtsfortbildung. Festschrift der Juristischen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, 1986, S. 11 ff. (24 f.), m. w. N.

²⁸⁷ Diese Regel ließe sich auch für andere juristische Verwendungen und Verkürzungen des Kommunikationsmodells formulieren.

²⁸⁸ Vgl. dazu *Derrida*, Signatur, Ereignis, Kontext, in: ders., Randgänge der Philosophie, 1976, S. 124 ff. (133 f.). Allgemein zur Schrift als originales Supplement: *ders.*, Grammatologie, 1974, S. 536 ff.

²⁸⁹ Vgl. zur Herauslösung aus dem Kontext und zur parasitären Aufpfropfung als Dementi

werden kann. Der Normtext ist also nicht darauf angewiesen, dass ein Autor ihn mit der Fülle seines gegenwärtigen Meinens stützt, sondern er kann im Gegenteil als Zurechnungspunkt konkreter Entscheidung nur funktionieren, weil dies nicht der Fall ist und seine Bedeutung offen ist für Bestimmung und Anreicherung im Rahmen der semantischen Praxis.

Genauso ist es mit der zweiten Ausnahme vom Regelfall übereinstimmenden Verstehens. Wenn man den "unterschiedlichen Aggregatzustand" der Wirklichkeit im Normtext und im Prozess der Konkretisierung als erschwerende Ausnahme ansieht, die mit Hilfe sprachlichen Wissens überwunden werden kann, dann setzt man voraus, dass die Rechtsanwendung lediglich vorgegebene Sprachregeln aktualisiert. Diese Voraussetzung wird aber von der Realität praktischer Rechtsarbeit beständig dementiert. Die Botschaft des Gesetzes reicht zur Entscheidung des Falles nicht aus. Denn der Normtext kann die Leitsätze aller künftig zu entscheidenden Fälle nicht in der sprachlichen Bedeutung seiner Oberbegriffe vorwegnehmen. Es ist also nicht einfach ein unterschiedlicher "Aggregatzustand" der Wirklichkeit, der den vom Gesetzgeber formulierten Normtext von den durch den Rechtsarbeiter formulierten Leitsätzen trennt. Schon logisch kann das Allgemeine die mögliche Ausprägung der Einzelfälle nicht vollständig enthalten. Es geht also nicht einfach darum, mittels Auslegung den unterschiedlichen Aggregatzustand der Wirklichkeit von Zukunft in Vergangenheit zu überführen, so wie man mittels Temperaturabsenkung Wasser zu Eis gefrieren kann. Es fehlt vielmehr schon auf der logischen Ebene am Gemeinsamen einer entsprechenden Substanz.²⁹⁰ Was also hier als Erschwerung des Regelfalls erscheint, ist in Wahrheit selbst der Regelfall.

c) In dieser Umkehrung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses werden die grundlegenden Probleme der vorausgesetzten Bedeutungstheorie sichtbar. Die Sprachregel soll hier garantieren, dass der Rechtsanwender, nachdem er den historischen Abstand und den unterschiedlichen Aggregatzustand der Wirklichkeit überbrückt hat, allein anhand der sprachlichen Regeln des Normtextes feststellen kann, auf welche Fälle das Gesetz anwendbar ist und auf welche nicht. Die Sprachregel bildet damit die feste Basis der Rechtsanwendung. Indem der Gesetzgeber einen bestimmten Ausschnitt der Wirklichkeit dem Normtext zuordnet, die Zeichen mit einer Klasse von Gegenständen verknüpft, entscheidet er auch schon über die künftige Anwendung des Textes.

Die Vorstellung, dass jemand eine gegebene Klasse von Gegenständen einem Zeichen zuordnet, setzt allerdings die Bedeutung, welche sie erklären will, schon voraus: "Sprechen heißt nicht nur Assoziieren oder 'Wortbilder' verketteten, sondern setzt voraus, daß man in geregelter Weise Zeichen als Zeichen (...) verknüpfen und wiedergeben kann. Und dabei spielt vor allem diejenige Regel eine Rolle, die in der signitiven Zusammengehörigkeit eingeschlossen ist. Diese Regeln lassen

einer wörtlichen Bedeutung: *Derrida*, Signatur, Ereignis, Kontext, in: ders., *Randgänge der Philosophie*, 1976., S. 136.

²⁹⁰Vgl. dazu *Römer*, Hans Kelsen und das Problem der Verfassungsinterpretation, in: *Abendroth/ Bланке/ Preuß* (Hrsg.), *Ordnungsmacht*, 1981, S. 180 ff. (187).

sich nicht bloß als beschreibende Abstraktion verstehen, die aus dem tatsächlichen Sprechen in einem bestimmten Kollektiv gewonnen wäre, weil ein solches Sprechen ja erst auf der Grundlage jener Regeln stattfinden kann. Der einzelne vermag die Beziehung Zeichen/Objekt nur deshalb zu realisieren, weil die signifikative Zusammengehörigkeit und deren Regeln gesellschaftlich instituiert, also nicht 'real' sind und weder im 'Realen' noch in der 'Logik' über einen Ort verfügen²⁹¹.

Wenn man also sprachliche Bedeutung als Beziehung zwischen den voneinander unabhängig gegebenen Elementen Zeichen und Sache begreifen will, übersieht man, dass eine solche Bezeichnungsrelation nur auf der Grundlage einer schon gesellschaftlich institutionalisierten Regel funktionieren kann.²⁹² Fundiert ist diese Regel nicht durch sprachenabhängig gegebene Eigenschaften, die einer Klasse von Gegenständen gemeinsam wären, sondern nur durch die Praxis ihrer eigenen Anwendung auf eine prinzipiell un abgeschlossene Klasse von Anwendungsfällen.²⁹³ Die gesellschaftliche Institutionalisierung der Bezeichnungsrelation führt dazu, dass ein Sprecher eine referenzkonstituierende Geschichte immer schon vorfindet und höchstens in diese eingreifen kann. Und selbst wenn sich im Einzelfall eine referenzkonstituierende Einführungshandlung nachweisen ließe,²⁹⁴ wäre diese nicht aus einer isolierten Beziehung des Zeichens zu den Sachen heraus zu verstehen, sondern immer eingebunden in einen Äußerungszusammenhang und gegebenenfalls eine diskursive Strategie. Weil dieser Ansatz die gesellschaftliche Dimension der Referenz nicht erkennt, kann er auch die Bindung praktischer Rechtsarbeit nicht richtig bestimmen. Der Gesetzgeber konstituiert nicht die Referenz, indem er ein allgemeines Zeigehandlungsschema einem sprachunabhängig gegebenen Sachbereich möglichst präzise zuordnet, sondern er kann nur durch die Profilierung des fraglichen Textes gegenüber anderen Texten in die referenzkonstituierende Geschichte bestimmter Zeichen mit mehr oder weniger großem Erfolg eingreifen.²⁹⁵ Aber auch dann lässt sich eine gesellschaftlich gegebene Bezeichnungsrelation nicht einfach präzisieren, sondern der Gesetzgeber (Sprecher) muss damit rechnen, dass die Praxis der Referenzkonstitution inhomogen und konfliktbeladen ist.²⁹⁶

Nur unter Voraussetzung einer intentionalistischen Perspektive kann man den Versuch unternehmen, die Referenz aus einer monologischen Beziehung eines isolierten Sprechers zur Sache heraus zu begründen. Zwar wird die Sprache von Menschen geschaffen, aber das heißt nicht, dass sie ein bloßes Instrument²⁹⁷ für die Zwecke eines isolierten Subjekts darstellt. Wie die

²⁹¹ *Castoriadis*, Gesellschaft als imaginäre Institution, 1984, S. 421.

²⁹² Vgl. dazu auch *Castoriadis*, ebd., S. 419 f.

²⁹³ Vgl. dazu *Wellmer*, Zur Dialektik von Moderne und Postmoderne. Vernunftkritik nach Adorno, in: *ders.*, Zur Dialektik von Moderne und Postmoderne, 1985, S. 48 ff. (79 f.).

²⁹⁴ Vgl. dazu *Busse*, Überlegungen zum Bedeutungswandel, in: Sprache und Literatur 1986, S. 51 ff. (65).

²⁹⁵ Vgl. zu den Möglichkeiten und Grenzen einer Sprachpolitik *Busse*, ebd., S. 61.

²⁹⁶ Vgl. dazu *Wimmer*, Referenzsemantik, Tübingen 1979, S. 144 ff.

²⁹⁷ Vgl. zur Kritik am Instrumentalismus juristischer Sprachtheorien: *Broekman*, Juristischer Diskurs und Rechtstheorie, in: Rechtstheorie 11 (1980), S. 5 ff. (17 ff., insbes. S. 19 und

Spinnweben als Erzeugnis der Spinnen, ist die Sprache das nicht-geplante Ergebnis menschlicher Tätigkeit.²⁹⁸ Sie weist daher eine gesellschaftliche Dimension auf, welche ihrer instrumentellen Verfügbarkeit Grenzen setzt.²⁹⁹ Deswegen kann der Gesetzgeber die Referenz des Zeichens nicht einfach aus einer monologischen Beziehung zur Sache heraus konstituieren. Vielmehr muss er, um die referenzkonstituierende Geschichte der Ausdrucksverwendungen zu beeinflussen, an die gesellschaftliche Praxis anknüpfen und die fluktuierenden Regeln in charakteristischen Aspekten profilieren.

Die Behauptung, dass über die Anwendung des Normtextes auf den Fall durch die vom Gesetzgeber verwendeten Sprachregeln schon entschieden sei, verfehlt deswegen die komplexe Beziehung, mit der ein Sprecher an eine gesellschaftlich institutionalisierte Sprachregel anknüpft. Das Referenzverhältnis ist keine vom Subjekt gestiftete externe Relation zwischen Sprache und Sache. Sprache und Sache sind in der semantischen Praxis der Subjekte vielmehr intern relationiert. Nicht der Normtext kann damit die Referenz fixieren, sondern diese Leistung wird erst im konkreten Verfahren durch die Argumentation erbracht.

d) Führt nun aber der Abschied von den geschilderten kommunikationstheoretischen Vereinfachungen dazu, dass der Gesetzgeber bei der Konkretisierung der von ihm gesetzten Normtexte ganz außerhalb der Betrachtung bleiben muss? Um diese Frage zu beantworten, ist seine Rolle im Prozess der Rechtsverwirklichung zunächst unabhängig von abstrakt³⁰⁰ vorausgesetzten demokratietheoretischen Postulaten zu betrachten.

Eine demokratietheoretische Kritik darf das Kind nicht mit dem Bade ausschütten, indem sie den Gerichten unrealistische Bedingungen vorsetzt. Diese Gefahr realisiert sich, wenn man den Gerichten die Kompetenz zur sprachlichen Sinngebung entziehen will und dafür ein Monopol des Gesetzgebers postuliert. Man bleibt damit beim Gesetzesbegriff des klassischen Liberalismus, der eine verkürzte Rezeption der Gewaltenteilung Montesquieus pflegt. Die Geschichte ist inzwischen weitergegangen. Man könnte die Leistung Montesquieus jetzt präziser einschätzen. Denn dieser hat den Richterautomaten niemals gefordert.³⁰¹ Es handelt sich dabei um eine Rückprojektion, die der staat-

öfter).

²⁹⁸Vgl. dazu *Popper*, Zur Theorie des objektiven Geistes, in *ders.* Objektive Erkenntnis, 1974, S. 172 ff. (179). Vgl. dazu auch aus linguistischer Sicht *Keller*, Zur Theorie sprachlichen Wandels, in: ZGL 10 (1982), S. 1 ff.

²⁹⁹Vgl. dazu *Heringer*, Not by Nature nor by Intention: The Normative Power of Language and Science, in: Ballmer (Hrsg.), Linguistic Dynamics — Discourses, Procedures and Evolution, 1985, S. 251 ff.

³⁰⁰Vgl. zur Kritik an einem bei Maus angesetzten abstrakten Rationalitätsmaßstab, der sich nicht auf die Strukturen der Entscheidungssituation einlässt: *Christensen/ Kromer*, Zurück zum Positivismus?, in: KJ 1983, S. 41 ff. (53).

³⁰¹Vgl. dazu *Ogorek*, De l'Esprit des légendes oder wie gewissermaßen aus dem Nichts eine Interpretationslehre wurde, in: Rechtshistorisches Journal 2 (1983), S. 277 ff. sowie *dies.*, Die erstaunliche Karriere des Subsumtionsmodells oder wozu braucht der Jurist Geschichte?, in: Prittowitz u.a. (Hrsg.), Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002, 2002, S. 127 ff.

srechtliche Positivismus im 19. Jhd. vorgenommen hat. Schon dies sollte Anlass sein, über die Haltbarkeit der überkommenen Prämissen nachzudenken. Man kommt in der Problematik nur voran, wenn man die demokratietheoretischen Postulate in praktische Arbeitsanweisungen umsetzen kann. Sonst bleiben sie abstrakt.

Ein politischer Entscheidungsprozess³⁰² führt weder zu einem homogenen gesetzgeberischen Willen noch kann er als einheitliche Handlung mit klar überschaubarer Finalität verstanden werden. Vielmehr ist die Gesetzgebung im parlamentarischen System nur im Rahmen einer Semantik kompetitiven Handelns, arguing und bargaining, zu begreifen.³⁰³ In den verschiedenen Stadien des Verfahrens werden dabei einzelne Fallkonstellationen besprochen, bestimmte Formulierungen verworfen und die schließlich verabschiedete Formulierung in einzelnen Aspekten ihrer Verwendungsweise kontrastiv bestimmt.³⁰⁴ Diese Kontexte können den argumentativen Prozess der Bedeutungskonstitution des Normtextes über das genetische Konkretisierungselement mitbestimmen. Aber sie können den Prozess der Bedeutungskonstitution niemals vollständig determinieren und schon gar nicht die Anwendung des Normtextes auf eine unübersehbare Anzahl von jeweils unterschiedlich gelagerten Einzelfällen im Vorhinein festlegen.³⁰⁵ Deshalb muss man bei realistischer Einschätzung der sprachlichen Bedingungen sagen, dass der Text dem Leser seine Arbeit nicht abnehmen kann. Der Leser muss sich zu den Zeichen einen Sinn machen. Ganz sicher kann er dabei nicht beliebig vorgehen und muss im Kontext des Rechts auch die Gesetzesmaterialien im Rahmen der genetischen Auslegung berücksichtigen. An den Materialien kann eine Lesart scheitern, aber sie können den Sinn für den Leser nicht fixieren. Der Text spricht eben nicht, sondern er benötigt den Leser als Bauchredner. Die Konfliktstruktur des Verfahrens sorgt aber dafür, dass die Leistung des Bauchredners kritisch gewürdigt und nur akzeptiert wird, wenn sie dem Stand der Kunst entspricht.

Wenn man stattdessen den Gesetzgeber zum Subjekt des Sinngebungsprozesses macht, setzt man an die Stelle einer praktischen Einlösung der Forderung nach demokratischer Genese der Rechtsentscheidung eine bloße Fiktion. Erst unter der Voraussetzung, dass man die Möglichkeiten des Gesetzgebers, die Entscheidung eines konkreten Streitfalls zu beeinflussen, realistisch einschätzt, lässt sich auch bestimmen, was demokratische Genese der Rechtsentscheidung heißen kann: "Das direkte Setzen von Entscheidungsnormen ist politisch geprägten demokratischen Verfahren in aller Regel entzogen. Es bleiben nur demokratische Entscheidungen im Bereich der öffentlichen Gewalt, die vielfach vermittelt sind, die in solcher Abschwächung das direkte Setzen von Rechts- und Entschei-

³⁰²Grundsätzlich zum Gesetzgebungsverfahren: *Friedrich Müller*, Strukturierende Rechtslehre, 1984, S. 270 ff. (insbes. 271).

³⁰³Vgl. dazu *Friedrich Müller*, ebd., S. 272: "Kampf um Wörter und Formulierungen".

³⁰⁴Vgl. zum genetischen Konkretisierungselement auch *Schlink*, Bemerkungen zum Stand der Methodendiskussion in der Verfassungsrechtswissenschaft, in: *Der Staat 1980*, S. 73 ff. (101 ff.).

³⁰⁵Vgl. *Friedrich Müller/Christensen*, Juristische Methodik, 2004, Rn. 282 ff.

dungsnormen in künftigen Einzelfällen vorweg zu beeinflussen versuchen. Jene die Fälle unmittelbar regelnden Akte sind dem Amtsrecht vorbehalten (...). Die ehrliche Verpflichtung auf eine rationale Arbeitsmethode der Juristen, die sich rechtsstaatlicher Nachprüfbarkeit bewußt unterwirft und dadurch ihre Verfassungsbindung zu verwirklichen bestrebt ist, kann dazu führen, daß die in Normtexten formulierten Ergebnisse demokratischer Politik dann auch tatsächlich den Rechtszustand in der Gesellschaft prägen. Das Amtsrecht darf das Volkrecht nicht überspielen, sich nicht von ihm abkoppeln, es nicht auszutricksen versuchen³⁰⁶. Die demokratische Genese der Rechtsentscheidung wird also dadurch gewährleistet, dass den Gerichten aufgegeben wird, die selbstgesetzten Rechts- und Entscheidungsnormen im Rahmen der Standards einer gegebenen Argumentationskultur an die vom Gesetzgeber hervorgebrachten Normtexte rückzubinden. Verletzt wird das Prinzip der demokratischen Genese der Rechtsentscheidung dagegen durch ein gerichtliches Vorgehen, das wie in den spektakulären Fällen des sog. "Richterrechts" die Entscheidungen konkreter Streitfälle an selbstformulierten Normtexten anbindet³⁰⁷ und damit die demokratisch entstandenen Normtexte überspielt.

II. Bindung durch das Gesetz

a) Eine aussichtsreiche Lösung für das Problem einer Moderation des Holismus ist der begriffliche Rahmen des Gesetzestextes. Unterschiede ergeben sich aber in der Bestimmung dieses Rahmens. Auch hier bieten sich wieder zwei Wege an: Zunächst das Mangelmodell. Danach gibt es im Normtext zu wenig Bedeutung, und die juristische Auslegung muss versuchen, diesen Mangel durch Erkenntnis zu beheben. Das Modell ist epistemisch und setzt auf die isolierte Rechtserkenntnis des Richters, so dass Semantik und Pragmatik getrennt sind. Die Alternative dazu wäre das Überflussmodell. Danach gibt es im Rechtsstreit ein Zuviel an Bedeutung, denn jede der Streitparteien hat das Gesetz auf ihre Weise verstanden, und es geht darum, welche Lesart 'besser' ist. Dieses Modell setzt auf das Verfahren und die praktische Argumentation, so dass Semantik und Pragmatik von vornherein verbunden sind. Während das Mangelmodell den Normtext als Behälter für eine Bedeutungssubstanz auffasst, begreift ihn das Überflussmodell als Instanz für die Validierung von Lesarten. Im ersten Modell produziert Bedeutung Normativität, während im zweiten Modell normative Standards Bedeutung produzieren.

b) Die herkömmliche juristische Begriffslehre geht bei ihrem Versuch zur Moderation des Holismus vom Mangelmodell aus. Ziel der juristischen Auslegung ist der dem Normtext "zu entnehmende Wortsinn".³⁰⁸ Sinn gilt in der juristischen Lehre fast durchgängig als "Inhalt" des Wortlauts³⁰⁹ und dieser damit als Behälter. Damit scheint die Lösung für die Moderation des Holismus gefunden: Nur

³⁰⁶ Friedrich Müller, „Richterrecht“, 1986, S. 90 f.

³⁰⁷ Vgl. Friedrich Müller, ebd., S. 100.

³⁰⁸ Vgl. Kramer, Juristische Methodenlehre, 1998, S. 43.

³⁰⁹ Vgl. dazu Anweiler, Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft, 1997, S. 61 m. w. N.

wenn die Bedeutung als intrinsische Eigenschaft des Normtextes fehlt, kann und muss man aufs Ganze gehen. Der Gesetzesbegriff scheint damit dem Holismus einen definierten Ort zuzuweisen und eine sichere Grenze zu ziehen.

Dieser Vorschlag hat in der juristischen Methodenlehre eine lange Tradition. Schon die Begriffsjurisprudenz³¹⁰ hat unter Anknüpfung an den damaligen Stand von Logik und Wissenschaftslehre dem Begriff eine zentrale Stellung in der Rechtswissenschaft zugewiesen: "Wissenschaftliches Denken heißt Herrschaft über das Gegebene dadurch, dass wir es Begriffen unterordnen. Genauso in der Rechtswissenschaft. Mit Hilfe verhältnismäßig weniger Begriffe beherrschen wir die Welt des Rechts"³¹¹. Allerdings stößt man bei der praktischen Handhabung dieser Rechtsbegriffe rasch auf Probleme, welche die Herrschaft über die Welt des Rechts etwa mit der Frage erschweren, wie dunkel es sein muss, damit man von Nachtzeit sprechen kann, oder wie viele Bäume vorhanden sein müssen, damit man von Rechts wegen einen Wald annehmen kann.³¹² Die sprachliche Bedeutung scheint also den juristischen Vorstellungen vom subsumtionsbereiten Rechtsbegriff gewisse Schwierigkeiten zu bereiten.

Die juristische Lehre vom Begriff versucht, die in der Praxis auftretenden Schwierigkeiten zu klassifizieren und dadurch überschaubar zu machen.³¹³ Zu diesem Zweck wird der Regel-Ausnahme-Mechanismus in Anschlag gebracht. Als Regelfall gilt der in seiner Bedeutung klare und in seinem Umfang bestimmte Begriff, der ohne die Notwendigkeit einer eigenständigen Wertung durch den Richter für die Subsumtion bereitsteht. Die Art und Weise, mit der ein jeweils fraglicher Begriff von dieser Regel abweicht, bestimmt seine Einordnung in der juristischen Begriffslehre.³¹⁴

Als eine solche Ausnahme ist zunächst der "unbestimmte Rechtsbegriff"³¹⁵ zu nennen, der meist dadurch definiert wird, dass Zweifel über seine Anwendung

³¹⁰Zur Begriffsjurisprudenz als weiterwirkende Grundlage der juristischen Lehre vom Begriff: *Wank*, Die juristische Begriffsbildung, 1985, S. 146 ff.; vgl. auch *Kramer*, Juristische Methodenlehre, 1998, S. 119 ff.; *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 1991, S. 109 ff.; *Pawlowski*, Einführung in die juristische Methodenlehre, 2000, Rn. 149 ff.; vgl. dazu auch *Rüthers*, Rechtstheorie, 1999, S. 264 ff.

³¹¹*Sohm*, Institutionen. Geschichte und System des römischen Privatrechts, 1926, S. 32, Einleitung.

³¹²Vgl. zu weiteren Beispielen *Kramer*, Juristische Methodenlehre, 1998, S. 44 und *Schwacke*, Juristische Methodik, 2003, S. 38; vgl. dazu auch *Rüthers*, Rechtstheorie, 1999, S. 99 ff.

³¹³Verschiedene Aspekte zur Einteilung der Rechtsbegriffe benennt *Wank*, Die juristische Begriffsbildung, 1985, S. 6 ff. (z. B. Grundbegriffe versus konkrete Begriffe, Legalbegriffe versus dogmatische Begriffe usw.). Am wichtigsten ist aber der Aspekt, den *Wank* als den Grad bezeichnet, wonach die Inhalte feststehen (ebd., S. 7). Dabei wird zumeist der eindeutige Begriff vorausgesetzt, und es werden nur noch die Ausnahmen untersucht. Vgl. hierzu *Herberger/Simon*, Wissenschaftstheorie für Juristen, 1980, S. 243 ff. (285 ff.), m. w. N.

³¹⁴Grundlegend *Wank*, Die juristische Begriffsbildung, 1985. Vgl. als kurzen Überblick *Kramer*, Juristische Methodenlehre, 1998, S. 44 ff., *Koller*, Theorie des Rechts: eine Einführung, 1997, S. 207 ff.

³¹⁵Vgl. *Cattépoel*, Der unbestimmte Rechtsbegriff als Problem der Rechtssprache, in: Rechtstheorie 1979, S. 231 ff.; *Schwacke*, Juristische Methodik, 2003, S. 92 f.; *Rafi*, Kriterien für ein gutes Urteil, 2004, S. 89 ff.

bestehen. Der "normative Begriff"³¹⁶ bedarf einer Wertung, bevor er im Einzelfall angewendet werden kann. Der "Ermessensbegriff"³¹⁷ geht über Unbestimmtheit und Wertbezogenheit noch dadurch hinaus, dass er eine persönliche Einstellung des Rechtsanwenders ins Spiel bringt und gerade erst dadurch eine der Einzelfallgerechtigkeit entsprechende Anwendung ermöglicht. Als letzte in dieser Reihe erscheint die Generalklausel. Bei dieser soll der Mangel an objektiver Bedeutung am größten sein. Es handelt sich aus der Sicht des Mangelmodells um eine unvollendete Norm, so dass der Richter den angefangenen Gesetzgebungsprozess³¹⁸ erst noch vollenden muss, indem er die Leere des Behälters mit anderen Substanzen auffüllt. Hier erscheint dann die Moral oder auch die Drittwirkung der Grundrechte.³¹⁹ Im Vergleich zu diesen Ausnahmen wird noch einmal deutlich, was in dieser Modellierung als Regelfall des sprachlichen Funktionierens von Recht vorausgesetzt wird: Das Recht ist in den Begriffen des Gesetzes eindeutig vorgegeben, ohne die Notwendigkeit von Wertungen kann es der Richter anwenden, wobei er die unpersönliche Einstellung eines Subsumtionsautomaten aufweist.

Die begriffsjuristische Vorstellung von der Rechtsanwendung als mechanische Deduktion aus einer vorausgesetzten Begriffspyramide ist zwar häufig kritisiert, aber lange nicht überwunden worden. Die Interessenjurisprudenz³²⁰ hat mit ihrer Unterscheidung von Begriffskern und Begriffshof erreicht, dass die Unbestimmtheit zumindest als Teilmerkmal von potentiell jedem Rechtsbegriff anerkannt wird.³²¹ Obwohl diese Konsequenz noch nicht mit hinreichender Deutlichkeit in der juristischen Begriffslehre gezogen wird, ist damit aber offensichtlich gemacht, dass die von der Begriffsjurisprudenz als Regelfall vorausgesetzte eindeutige Bestimmtheit gerade die Ausnahme zu der umgekehrten Regel darstellt. Nur bei Zahlbegriffen und Terminen besteht jedenfalls ohne besondere Anstrengung der Parteien kein Zweifel über die Anwendbarkeit der Begriffe.³²² Ansonsten ist jeder Begriff nur so lange bestimmt, bis einer der Prozessbeteiligten das erste zweifelnde Argument vorbringt. Die Konsequenz

³¹⁶Vgl. dazu *Koch / Rüssmann*, Juristische Begründungslehre, 1982, S. 201 ff.; *Selmann*, Rechtsphilosophie, 2001, S. 123 ff.

³¹⁷*Kramer*, Juristische Methodenlehre, 1998, S. 50.

³¹⁸Vgl. dazu *Kaufmann*, Über Gerechtigkeit: 30 Kapitel praxisorientierter Rechtsphilosophie, 1993, S. 149: "Rohmaterial, das erst noch der Bearbeitung bedarf, damit Recht daraus wird." *Hedemann*, Die Flucht in die Generalklauseln: Eine Gefahr für Recht und Staat, 1933, sprach von einem "Stück offengelassener Gesetzgebung". *Kramer*, Juristische Methodenlehre, 1998, S. 141, spricht im Anschluss an den Sprachgebrauch in der Schweizer Methodendiskussion von der Generalklausel als einer Lücke *intra legem*, m. w. N.; vgl. dazu *Rüthers*, Rechtstheorie, 1999, S. 464.

³¹⁹*Kramer*, Juristische Methodenlehre, 1998, S. 75 ff. m. w. N.

³²⁰Vgl. *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 1991, S. 113 ff.; *Pawlowski*, Einführung in die juristische Methodenlehre, 2000, Rn. 156 ff.; *Rüthers*, Rechtstheorie, 1999, S. 302 ff.

³²¹Hierzu die Nachweise zur Entstehung und juristischer Rezeption der Unterscheidung von Kern und Hof: *Schiffauer*, Wortbedeutung und Rechtserkenntnis, 1979, S. 36, Fn. 52. Kritische Diskussion bei *Cattepoel*, Der unbestimmte Rechtsbegriff als Problem der Rechtssprache, in: Rechtstheorie 1979, S. 231 ff. (234 ff.).

³²²Siehe aber für mögliche Zweifel auch bei Zahlbegriffen: *Cattepoel*, ebd., S. 237 ff.

der von der Interessenjurisprudenz entwickelten Kritik läuft also darauf hinaus, das Regel-Ausnahme-Verhältnis so umzukehren, dass die zweifelsfreie Anwendung eines Begriffs als Ausnahme erscheint.

c) Ferner greift die Lehre vom Typus³²³ die von der Begriffsjurisprudenz vorausgesetzte Wertfreiheit der Rechtsbegriffe³²⁴ an. Die insbesondere von Larenz entwickelte Position wendet sich mit ihrer Unterscheidung zwischen Begriff und Typus gegen die Auffassung der Rechtsanwendung als mechanische Subsumtion unter die artbildenden Merkmale klassifikatorischer Begriffe.³²⁵ Die klassifikatorischen Begriffe, hier abstrakt allgemeine Gattungsbegriffe genannt, beziehen sich danach nur auf das äußere System der Rechtsordnung und können deren innere wertungsmäßige Einheit nicht sichtbar machen. Dazu bedarf es der Ergänzung durch andere Denkformen, wie das Konkretisierungsbedürftige Prinzip und den funktionsbestimmten Begriff (Beispiel: Begriff des Rechtsgeschäfts als Mittel der Privatautonomie). Letzterem kommt die Aufgabe zu, zwischen den Prinzipien und dem äußeren System zu vermitteln. Aufgefächert wird der funktionsbestimmte Begriff nicht durch klassenbildende Merkmale, sondern im Wege einer Typenbildung. Die Gegenüberstellung von Begriff und Typus wird unter anderem damit begründet, dass der Begriff keine Abstufung seiner Merkmale zulasse.

Die schroffe Trennung von Begriff und Typus macht die Schwierigkeiten dieser Position deutlich: Zwar gelingt es ihr, die Schwäche der traditionellen Logik und der ihr entsprechenden Begriffslehre aufzudecken. Aber die Ausarbeitung ihrer Alternative legt die logischen und definitionstheoretischen Prämissen der herkömmlichen Lehre immer noch unbefragt zugrunde: "Typen" sind unscharfe Klassenbegriffe und damit eine Abweichung von den allein korrekten klassifikatorischen Begriffen. Deswegen kann die Lehre vom Typus nicht berücksichtigen, dass die moderne Logik und Wissenschaftslehre in den komparativen Begriffen eine Abstufung von Eigenschaften zulässt,³²⁶ womit die Gegenüberstellung von Begriff und Typus auf der Ebene der Begriffslehre nicht schlüssig ist.

Trotzdem kann die Lehre vom Typus aber deutlich machen, dass die Rechtsanwendung nicht die mechanische Wiedergabe einer im Text vorgegebenen

³²³Vgl. *Wank*, Die juristische Begriffsbildung, 1985, S. 124 ff. Kritisch zur Typenlehre: *Kindhäuser*, Zur Definition qualitativer und komparativer Begriffe – Eine Entgegnung auf Herschels Typologie im Arbeitsrecht, in: *Rechtstheorie* 1984, S. 226 ff.; *Kuhlen*, Typuskonzeption in der Rechtstheorie, 1977; *Schiffauer*, Wortbedeutung und Rechtserkenntnis, 1979, S. 76 ff. Vgl. zur typologischen Betrachtungsweise im Allgemeinen *Lehnen*, Typus und Rechtsfindung, 1971 sowie die Nachweise zur praktischen Anwendung dieser Lehre in der Dogmatik bei *Kramer*, Juristische Methodenlehre, 1998, S. 126, Fn. 404. Kritisch zur Typuskonzeption auch *Rüthers*, Rechtstheorie, 1999, S. 510 ff.

³²⁴Zur so genannten Wertungsjurisprudenz vgl. *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 1991, S. 123 ff.; *Pawlowski*, Einführung in die juristische Methodenlehre, 2000, Rn. 171 ff.

³²⁵Dazu und zum Folgenden *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1983, Kap. 7, S. 420 ff.

³²⁶Vgl. *Kuhlen*, Typuskonzeptionen in der Rechtstheorie, 1977; *Kindhäuser*, Zur Definition qualitativer und komparativer Begriffe – Eine Entgegnung auf Herschels Typologie im Arbeitsrecht, in: *Rechtstheorie* 1984, S. 226 ff.

nen Bedeutung ohne jeden Wertbezug darstellt. Weder die Sprache des Alltags noch die des Gesetzes ist als neutrales Instrument im technischen Sinn einfach anwendbar. Vielmehr handelt es sich beim Sprechen und auch beim Rechtsprechen um ein Handeln, das Bedeutung erst konstituiert und deswegen nicht in quasi-naturhafter Fixierung von Wertungen und semantischen Konflikten getrennt werden kann. Zudem führt die typologische Begriffsbildung mit ihrer Gegenüberstellung von Extremwerten³²⁷ und fallweisen Profilierungen der fraglichen Bedeutung zu einer Kritik an der von der klassischen Begriffslehre vorausgesetzten atomistischen Konzeption sprachlicher Bedeutung. Aber dieser Schritt in die Richtung eines semantischen Holismus bleibt folgenlos, weil das Konzept nicht kontextuell aus der Verstehensproblematik entwickelt wird. Vielmehr wird der Verweis auf den Kontext epistemisch gewendet. Die der Erkenntnis vorgegebene Rechtsidee soll die ganze Konstruktion stabilisieren, so dass das vertikale Schema nur bestätigt wird.

d) Insgesamt werden in dieser Entwicklung schon wichtige Punkte deutlich, die einer bei der Sprache des Gesetzes ansetzenden Moderation des Holismus die Richtung weisen können. Zunächst ist das von der Begriffsjurisprudenz vorausgesetzte Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen bestimmtem und unbestimmtem Begriff nicht haltbar. Ebenso wenig kann die Begriffsbildung und Rechtsanwendung insgesamt von einem schon durch die Sprache vermittelten Wertbezug abgelöst werden. Damit kann die von der klassischen Lehre vorausgesetzte Eindeutigkeit der Rechtsbegriffe nicht als Beschreibung gelten. Sie stellt lediglich ein Postulat dar.

Allerdings weist die innerjuristische Kritik an der klassischen Begriffslehre auch spezifische Schranken auf: Die Begriffsjurisprudenz ging von einem im Gesetzestext fertig vorgegebenen Begriff aus, der sich in ein geschlossenes System einfügt und eindeutig bestimmbar ist. Von diesen Prämissen wird nur die letzte angegriffen. Die ersten beiden Voraussetzungen einer im Text vorgegebenen und sich zu einem geschlossenen System fügenden Bedeutung werden dagegen sowohl von der Interessenjurisprudenz als auch von der Typenlehre weitgehend unbefragt hingenommen. Es reproduziert sich der von Quine ironisierte Museumsmythos, wonach das Wort sich genauso auf seine Bedeutung bezieht, wie das Schild auf die ausgestellten Exponate.

Diese Annahme ist nicht nur unterkomplex, sondern verfehlt vor allem die pragmatische Dimension. Deswegen kommt sie nicht über eine Addition von Atomismus und subsidiärem Holismus hinaus. Die unvollständige Reflexion der sprachtheoretischen Bedingungen des klassischen Modells führt dazu, dass die grundlegende Schwäche der juristischen Begriffslehre nicht herausgearbeitet werden kann. Diese findet in der fehlenden Eindeutigkeit und dem nicht zu vernachlässigenden Wertbezug nur ihren besonders sichtbaren Ausdruck. Tatsächlich ist eine solche Kombination von Atomismus und Holismus nicht möglich. Bedeutung kann nicht zum Teil intrinsisch und zum Teil relational sein. Die

³²⁷ Zippelius, Der Typenvergleich als Instrument der Gesetzesauslegung, in: Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 2, 1972, S. 482 ff.

Auffassung, dass die sprachliche Bedeutung als Grenze der Auslegung schon im Text vorgegeben sei, führt dazu, nach einem Ding zu suchen,³²⁸ in welchem sich diese Bedeutung verkörpert. Die juristische Lehre vom Begriff ist die Antwort auf diese schon im Ansatz verfehlte Frage. Statt nach einer Grenze als vorgegebenem Ding zu suchen, wäre das Funktionieren der fraglichen Texte, ihre Verwendungsweise herauszuarbeiten.³²⁹ So aber führt die zur Wortlautgrenze überhöhte Lehre vom Begriff ins Niemandsland von Scheinproblemen: "Einerseits ist der Wortlaut immer eindeutig, nämlich der bezeichnete Begriff. Über seine Auslegung in die Sprache werden andererseits mehrere Meinungen bestehen. Da alle diese Meinungen sich auf den nicht unmittelbar gegebenen Begriff berufen können, ist die Vielfalt der Meinungen prinzipiell unbegrenzt. Die Rede von der Grenze des Wortsinns wird damit sinnlos: Sie begrenzt nichts, bleibt Gedankenkonstrukt ohne Wirklichkeit"³³⁰.

e) Neuere Ansätze versuchen diese Schwierigkeiten durch eine Orientierung an der analytischen Sprachphilosophie zu überwinden. Aus der Kritik an der klassischen Lehre vom juristischen Begriff ziehen diese Konzeptionen die Konsequenz, es genüge nicht, die Lehre vom Begriff durch eine Lehre vom Typus zu ergänzen. Dabei wird der Interessenjurisprudenz entgegengehalten, dass sie kein Kriterium für die Unterscheidung von Begriffskern und Begriffshof entwickelt habe,³³¹ und gegen die Lehre vom Typus wird eingewendet, dass sie unter Missachtung neuerer wissenschaftstheoretischer Entwicklungen zu schnell die Begriffslehre durch eine Typenlehre ersetze.³³² Man könne die klassische Begriffslehre retten, wenn man die unklare Vorstellung einer dem Text irgendwie anhaftenden Bedeutung durch den Bezug auf die Sprachregel ersetze. Deren Feststellung mache das Problem der Bedeutung rational diskutierbar.

Nach der von Hans-Joachim Koch und Robert Alexy vertretenen Theorie der juristischen Semantik³³³ gibt es zu den Zeichen des Normtextes Wortgebrauch-

³²⁸Siehe *Wittgenstein*, Philosophische Untersuchungen, 1971, § 139. Vgl. zur Darstellung von Wittgensteins Position: *Eike von Savigny*, Die Philosophie der normalen Sprache, 1980, S. 32 ff. und öfter. In der juristischen Diskussion wurden diese Überlegungen aufgenommen von *Schiffauer*, Wortbedeutung und Rechtserkenntnis, 1979, S. 80 ff.

³²⁹Vgl. dazu *Friedrich Müller*, Recht – Sprache – Gewalt, 1975, S. 34 f. und öfter.

³³⁰*Schiffauer*, Wortbedeutung und Rechtserkenntnis, 1979, S. 76.

³³¹Vgl. *Koch*, Einleitung: Über juristisch-dogmatisches Argumentieren im Staatsrecht, in: ders. (Hrsg.), Die juristische Methode im Staatsrecht, 1977, S. 15 ff. (27).

³³²Vor allem: *Kuhlen*, Typuskonzeptionen in der Rechtstheorie, 1977.

³³³Diese Theorie bezeichnet sich als analytische Semantik und setzt sie in Gegensatz zur Hermeneutik und Dekonstruktion. Diese philosophischen Zuordnungen sollen hier nicht diskutiert werden, denn eine Rechtstheorie ist immer reicher und zugleich weniger komplex als ihre philosophischen Referenzen. Allerdings hatte Busse, vgl. dazu *Busse*, Juristische Semantik, 1993, S. 116 ff., 126 ff., 172 ff. m. w. N. gezeigt, dass innerhalb der analytischen Sprachphilosophie und Linguistik die von Koch und Alexy vertretene Konstruktion keinen Anhalt findet. Referenzen lassen sich nur in Bezug auf die von Carnap vertretene Intensionssemantik beziehen. Und damit auf den Stand der Diskussion vor der Interventions Quines Anfang der 50er Jahre. Generell zum Spannungsverhältnis zwischen den Elementen Kognition, Referenz und Handlung im Begriff der Bedeutung vgl. *Felder*, Juristische Textarbeit im Spiegel der Öffentlichkeit, 2003, S. 42 ff. Zur heutigen Diskussion vgl. *Glüer*, Sprache und Regeln, 1999, S. 159 ff.

sregeln³³⁴, welche korrektes Sprechen ermöglichen und seine Grenzen definieren. Die "Rehabilitierung der semantischen Interpretation im Recht"³³⁵ soll den Holismus in die Schranken der "Wortgebrauchsregeln" weisen. Ziel ist es, ein differenziertes System von "semantischen Grenzen" zu liefern.³³⁶ "Alexy hat diese Relationen als ‚Wortgebrauchsregeln‘ analysiert. Diese Regeln werden in der internen Rechtfertigung juristischer Entscheidungen als sprachliche Regeln über die Bedeutung von Ausdrücken gebraucht, die in vorangegangenen Begründungsschritten verwendeten wurden. Wortgebrauchsregeln geben an, welche Eigenschaften (M) ein Objekt (x) erfüllen muss, damit es unter einen Gesetzesbegriff (T) fällt."³³⁷ Formuliert wird damit das alte Modell des Regelfolgens. Die Regel fungiert als Sortiermaschine für Lesarten.

Dabei ist auffallend, dass die juristische Technik, Lesarten zu überprüfen und zu verwerfen, sehr viel komplexer ist. Sie verwendet mindestens alle Canones der Auslegung. In der Lehre vom Wortgebrauchsgouvernementalismus dagegen werden die Instanzen, an denen eine Lesart scheitern kann, reduziert auf das einzige Element der grammatischen Auslegung: "Semantische Grenzen werden durch semantisch fehlerhafte Verwendung sprachlicher Ausdrücke überschritten. Die Verwendung eines sprachlichen Ausdrucks ist fehlerhaft, wenn die ihr zugrundeliegende Wortgebrauchsregel nicht mit der in der Sprachgemeinschaft tatsächlich geltenden, d.h. normativ als richtig ausgezeichneten Wortgebrauchsregel übereinstimmt. In einem solchen Fall formuliert der Sprecher die Wortgebrauchsregel falsch."³³⁸ Die formulierte Wortgebrauchsregel ist dann die Grenze der Auslegung. Diese Regeln gelten als normativ und objektiv und bilden somit den festen Bezugspunkt für die Unterscheidung von Bedeutungsfeststellung und Bedeutungsfestsetzung.

Das Spekulative des geschilderten Ansatzes liegt in der Annahme eines dem Sprachgebrauch zugrundeliegenden Regelwerks. Dieser, spekulativem Wissen zugängliche Gegenstand soll auch die Grundlage der Rechtserkenntnis als Bedeutungserkenntnis liefern. Eine solche Vorstellung ist nur haltbar, wenn sie sich von den Wissenschaften abschottet, die Sprache und Texte empirisch untersuchen. Deswegen grenzt die Diskurstheorie die Linguistik aus und besteht auf einem nichtlinguistischen Bedeutungsbegriff: "Eine rechtssoziologische oder linguistische Analyse des richterlichen Entscheidungsverhaltens wird nicht angestrebt."³³⁹ Trotzdem muss diese Theorie eine Perspektive entwickeln, wie ihr postulierter Erkenntnisgegenstand zu fassen wäre. Ein praktisches Funktionieren der Theorie muss also mindestens denkbar sein. An dieser Stelle

³³⁴ Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, 1996, S. 288.

³³⁵ Vgl. Klatt, Theorie der Wortlautgrenze. Semantische Normativität in der juristischen Argumentation, 2004, S. 33.

³³⁶ Im Einzelnen dazu Klatt, ebd., S. 235 ff.

³³⁷ Klatt, Die Wortlautgrenze, in: Lerch (Hrsg.), Recht verhandeln. Argumentieren, Begründen und Entscheiden im Diskurs des Rechts. Die Sprache des Rechts II, 2005, S. 343 ff. (359).

³³⁸ Klatt, ebd., S. 359.

³³⁹ Klatt, Theorie der Wortlautgrenze. Semantische Normativität in der juristischen Argumentation, 2004, S. 35.

steht der Vorschlag Alexys,³⁴⁰ die Sprachregel durch Besinnen auf die eigene Sprachkompetenz oder durch Nachschlagen im Wörterbuch zu fassen. Dadurch soll eine Feststellung im Unterschied zur Festsetzung der Bedeutung möglich werden.

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

Schon in der Alltagskommunikation kommt man mit der Berufung auf die Wirklichkeit nicht weiter. Wenn die Aufforderung "Schau doch hin!" an den Kontrahenten im Streit ergeht, ist es unwahrscheinlich, dass dieser zur gleichen Wahrnehmung wie man selber gelangt. Das lässt sich auch nicht erzwingen. Denn niemand hat zur "Wirklichkeit" einen gegenüber allen anderen Menschen privilegierten Zugang. Mit der "natürlichen Bedeutung" geht es genauso. Sprache ist ein Totalitätsbegriff, den niemand ganz beherrscht: "Das 'Verstehen einer Sprache' ist wohl in der Regel nur ein durchschnittliches oder sogar unterdurchschnittliches Kennen dieser Sprache, d.h. der Phonemik und Graphemik, der geläufigsten Vokabeln und grammatischen Strukturen usw. Eine 'natürliche Sprache' kennt ja total niemand. Weshalb jede natürliche Sprache immer wieder für noch eine Überraschung gut ist."³⁴¹ Wenn zwei Personen nicht dieselbe Bedeutung für natürlich halten, hilft kein Befehl "Versteh doch!". Es gibt keinen archimedischen Punkt, von dem aus die Gesamtheit der Sprache überblickt werden könnte, um einen Sprachkonflikt *objektiv* zu entscheiden. Die "natürliche Bedeutung" steht nicht zur Verfügung. Wenn über die Plausibilität divergierender Bedeutungen entschieden werden muss, braucht es Argumente.

³⁴⁰Vgl. dazu *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 1996, S. 290 sowie *Klatt*, Theorie der Wortlautgrenze. Semantische Normativität in der juristischen Argumentation, 2004, S. 72.

³⁴¹*Hermanns*, Linguistische Hermeneutik, in: Ortner / Linke (Hrsg.), Sprache und mehr, 2003, S. 125 ff. (137).

Die Vorstellung, ein Sprecher könne durch Besinnung auf die eigene Kompetenz Bedeutung einfach feststellen, scheitert linguistisch daran, dass er nicht in der Lage ist, eine versionslose Beschreibung der Sprache zu geben. Alles was er tun kann, wird immer auf eine mehr oder weniger gute Festsetzung hinauslaufen. Natürlich ist die Schwierigkeit dieses Übergangs auch der Diskurstheorie nicht entgangen. Sie reagiert darauf aber nicht damit, das bisherige Paradigma der *im Text vorgegebenen* Rechtsnorm in Frage zu stellen. Sie redet das Problem vielmehr als Erkenntnisproblem klein und gibt vor, dass dieses mit einer didaktischen Klarstellung zu beheben sei. Man könne mit Hilfe einer lexikalischen Definition die Bedeutung des Textes erschließen. Der Streit wäre durch eine kurze Besinnung auf die "natürliche" Wortbedeutung zu beheben: Schwierigkeiten im Übergang gefährden dann nicht die im Text vorgegebene Objektivität des Rechts.

Der zweite Vorschlag zur Ermittlung des Sprachgebrauchs bezieht sich auf Lexika. Es stellt sich daher die Frage, ob denn in diesen die "natürliche Bedeutung" überhaupt zu finden ist, die man zur normativen Grundlage für die Beurteilung widerstreitender Lesarten machen könnte. Die implizite Leitvorstellung ist für diese Tradition das Rechtschreibwörterbuch. Man schaut nach und weiß dann, was richtig ist. Allein schon der Umstand aber, dass von Fall zu Fall verschiedene Wörterbücher herangezogen werden, lässt Zweifel daran aufkommen.

Wie steht es generell mit den Wörterbüchern? Wer jemals lexikologisch gearbeitet hat, oder auch nur einem Lexikologen bei der Arbeit zugesehen hat, entwickelt ein Gefühl für die vielen Vorentscheidungen, die in ein Lexikon eingehen. Lexikographen wissen nur allzu genau, dass die Beschreibung eines semantischen Stands von Sprache, etwa zur Abfassung von Wörterbüchern, vom ersten Moment an in Produktion und Rezeption der grundsätzlichen Notwendigkeit eines selektiv formierenden Zugriffs unterworfen ist. Es ist selbst schon überfordernde Bearbeitung statt schlicht getreuliches Abbild.³⁴² Die Schwierigkeiten beginnen bereits mit der Auswahl des Materials. Zwar soll das Werk ein repräsentatives Bild der Sprache geben; bzw. einer ihrer Bereiche, seien diese nun temporär, lokal oder funktional bestimmt. Die Auswahl der Lemmata dafür ist aber aufgrund der schiereren Masse der Wörter schon ein quantitatives Problem. Wenige Zahlen genügen, um das zu belegen. Ein durchschnittliches Großwörterbuch wie das Deutsche Wörterbuch enthält circa 500 000 Stichwörter. Dem steht die nur grob zu schätzende Menge von etwa 1,4 Millionen Wörtern insgesamt gegenüber.³⁴³ Die unumgängliche Auswahl enthält also jeweils eine Vorentscheidung darüber, was als das Übliche, allgemein Gebräuchliche oder

³⁴²Dazu *Bergenholtz*, Probleme der Selektion im allgemeinen einsprachigen Wörterbuch, in: Wörterbücher. Ein internationales Handbuch zur Lexikographie, Hrsg. von Hausmann/ Reichmann/ Wiegand/ Zgusta, in: Handbücher zur Sprach- und Kommunikationswissenschaft, Band 5.1, 1989, S. 772 ff.

³⁴³Vgl. *Pitzek*, Allgemeines einsprachiges Wörterbuch und Wörterbuchtypologie, Linguistik online 3, 2/99; *Földes*, Was gilt als Großwörterbuch? Zur Problematik der Größenklassen von Sprachlexika, in: Korhonen (Hrsg.), Von der mono- zur bilingualen Lexikografie für das Deutsche, 2001, S. 31 ff.

gar Maßgebliche des Gesamtwortbestandes gelten kann und was bloßen Varianten zugerechnet werden soll, die dann allenfalls ihren Platz in Zusatzangaben oder in Spezialwörterbüchern finden werden.³⁴⁴ Diese Vorentscheidung ist so gut oder so schlecht wie der Textpool, auf den der Lexikograph für das dem Wörterbuch zugrundegelegte sprachliche Korpus zurückgreift. Dass dabei in der Regel vorangehende Wörterbuchgenerationen konsultiert werden, mildert das Problem nicht. Vielmehr verschärft es sich zur Entscheidung auch noch darüber, was lediglich idiosynkratischer Neologismus oder was bereits fester Bestand der Sprache sei.

Das quantitative Problem, welche Wörter zur Sprache gehören sollen, korrespondiert mit dem qualitativen, wie denn diese Wörter in ihrer Bedeutung beschrieben werden sollen. Denn was ein als Lemma zu fixierendes Wort überhaupt sei, ist nicht so selbstverständlich, wie man denken mag. Es hängt davon ab, welche bedeutungstheoretischen Annahmen man über die wesentlichen Konstituenten eines solchen als Zeichen macht. Sofern diese als Einheit von Form und Bedeutung aufgefasst und dabei aus Texten herauspräpariert werden sollen, setzt die Segmentierung von Sprache zu Worten bereits semantisches bzw. lexikalisches Wissen voraus.³⁴⁵ Umgekehrt hängt davon zugleich ab, was man als Erklärung der Bedeutung eines Wortes gelten lassen kann und was nicht, wie man diese zu formulieren und was man für sie heranzuziehen hat. Weil dabei Sprache und Sache und folglich auch Überzeugung nie von einander getrennt werden kann, sind lexikographische Beschreibungen zwangsläufig auch Ausdruck der Weltsicht ihrer Produzenten und der Ziele, die diese mit ihren Beschreibungen verfolgen. Das betrifft nicht nur jene Wortfelder, die in die großen Fragen der Ideologie verstrickt sind. Es betrifft alle Wörter. Bedeutungsbeschreibungen können eben nie schlichtes Abbild objektiver Bedeutungsverhältnisse bieten, sondern sind immer Konstruktion.³⁴⁶ Ein *natürliches* Konzept von Wörtlichkeit und von *zulässiger* Verwendung ist daher nicht zu haben. Wollte sich der Jurist darauf verlassen, so liefe er Gefahr, vom schwarzen Loch der offenen Paradoxie verschlungen zu werden: Je genauer der Jurist wissen will, wie es um die Bedeutung der Wörter bestellt ist, je sorgfältiger er sich dabei all der lexikographischen Hinweise und Markierungen annimmt, die er finden kann, und je intensiver er ihnen in ihren Verweisen aufeinander folgt, um so mehr wird er mit der Realität eben jener "unsäglichen Verschiedenheit" bis ins einzelne der Verwendungen eines Wortes hinein konfrontiert werden. Es ist mit Bedeutungen so, wie es sich Dorotheys

³⁴⁴Zur Wörterbuchtypologie *Hausmann*, Wörterbuchtypologie, in: ders. et al (Hrsg.), Wörterbücher. Ein internationales Handbuch zur Lexikographie. 1. Teilband, 1989, S. 968 ff.

³⁴⁵Dazu *Wiegand*, Was ist eigentlich ein Lemma? Ein Beitrag zur Theorie der lexikographischen Sprachbeschreibung, in: ders. (Hrsg.), Studien zur neuhochdeutschen Lexikographie III, 1983, S. 401 ff.; *ders.*, Die lexikographische Definition im allgemeinen einsprachigen Wörterbuch, in: Hausmann Reichmann Wiegand/ Zgusta (Hrsg.), Wörterbücher. Ein internationales Handbuch zur Lexikographie. Handbücher zur Sprach- und Kommunikationswissenschaft, Band 5.1, 1989, S. 530 ff. *Wolski*, Das Lemma und die verschiedenen Lemmatypen, in: Handbücher zur Sprach- und Kommunikationswissenschaft, Band 5.1 1989, S. 360 ff.

³⁴⁶Insgesamt zur Problematik siehe *Wiegand*, Über die gesellschaftliche Verantwortung der wissenschaftlichen Lexikographie, in: Journal of Linguistics 18, 1997, S. 177 ff.

Sayers' genialer Detektiv Lord Peter Wimsey einmal von Fakten sagen lassen musste: Sie sind wie Kühe. Wenn man ihnen streng genug in die Augen sieht, laufen sie davon.³⁴⁷

Der Sprachgebrauch lässt sich also weder durch Besinnung auf die eigene Kompetenz, noch durch Wörterbücher einfach feststellen. Es finden sich höchstens Argumente für Sprachnormen. Aber selbst wenn man eine zweifelsfreie sprachliche Regel finden würde, wäre damit nicht viel gewonnen. Dann stößt man nämlich auf das Grundproblem des Regulismus.³⁴⁸ Weil die Regeln ihre eigene Anwendung nicht steuern können, braucht man hinter der Regel eine weitere Anwendungsregel usw. Dieser infinite Regress führt dazu, dass die von Koch und Alexy entwickelte juristische Semantik praktisch nicht funktionieren kann. Denn wenn man nach der Sprachregel sucht, geht man auf dem unendlichen Weg zur Metaregel verloren.

Natürlich konnten Koch und Alexy nicht übersehen, dass ihr Modell in der Praxis nicht funktioniert. Die behauptete Wortgebrauchsregel ist entweder nicht nötig, weil die Bedeutung bekannt oder unstrittig ist. Oder, wenn sie benötigt wird, ist sie wegen des Regressproblems nicht verfügbar. Dagegen werden theoretische Vorkehrungen im Begriff der Bedeutung getroffen. Man versucht die Situationen des Fehlens der Regel zu typisieren. Dazu dienen die Begriffe Vagheit³⁴⁹ und Mehrdeutigkeit³⁵⁰. Dem liegt eine Auffassung von Sprache zugrunde, nach der Bedeutung eine mitgebrachte *Eigenschaft* von Wörtern ist. Man kann dann die Ausdrücke in Isolationshaft nehmen, um zu sehen, wie sich das Fehlen einer Regel beschreiben lässt. Wegen des Fehlens der Anwendungsregel zur Sprachregel kommt man meist zu dem Schluss, dass Unbestimmtheit oder Mehrdeutigkeit vorliegt. Die fehlende Bedeutung wird dann durch andere sprachliche Maßnahmen hergestellt, die sie selbst als Präzisierung begreifen wollen. Vor dieser Präzisierung hat man aber die fraglichen Ausdrücke von ihrem Kontext und ihrer Verwendungssituation isoliert. Das heißt, die Behebung des Problems von Mehrdeutigkeit und Vagheit setzt voraus, dass zunächst die Semantik von der Pragmatik aktiv getrennt wird. Gesucht wird ein atomistisches Reservat intrinsischer Bedeutung gegen die holistische Bedrohung durch die Relation.

Im Rahmen einer pragmatisch begriffenen Semantik können solche Probleme

³⁴⁷Im Original: "My lord, facts are like cows. If you look them in the face hard enough, they generally run away."

³⁴⁸Vgl. dazu *Brandom*, Begründen und Begreifen. Eine Einführung in den Inferentialismus, 2001.

³⁴⁹Vgl. dazu *Koch*, Die Begründung von Grundrechtsinterpretationen, in: Alexy / ders. / Kuhlen / Rüßmann (Hrsg.), Elemente einer juristischen Begründungslehre, 2003, S. 179 ff. (205). Grundlegend auch *Koch / Rüßmann*, Juristische Begründungslehre, 1982, S. 18 sowie *Moore*, The Semantics of Judging, in: Southern California Law Review 54 (1981), S. 151 ff. (181 ff.).

³⁵⁰Vgl. dazu *Koch*, Die Begründung von Grundrechtsinterpretationen, in: Alexy / Koch / Kuhlen / Helmut Rüßmann (Hrsg.), Elemente einer juristischen Begründungslehre, 2003, S. 179 ff. (206).

gar nicht auftauchen.³⁵¹ Jetzt kann man Bedeutung relational begreifen und holistisch ansetzen. Von dem Moment an, in dem Ausdrücke praktisch in Arbeit genommen werden, fragt es sich nur noch, ob man das avisierte Ziel, etwa die Entscheidung darüber, ob ein gesetzlicher Tatbestand gegeben ist, zu erreichen vermag oder nicht. Gelingt das nicht, so hat man anhand der Fragen, die dabei offen bleiben, auch bereits die Kriterien dafür in der Hand, durch weitere sprachliche Maßnahmen zu einem Verständnis des fraglichen Worts zu kommen. Pragmatik heißt, sich Bedeutung aus den Beziehungen zu erschließen, in denen eine Äußerung steht und diese wiederum mit entsprechenden Überzeugungen in Einklang zu bringen. Wenn man an den Begriffen Vagheit und Mehrdeutigkeit festhalten will, muss man sie anders fassen. Sie hängen von dem Zweck ab, zu dem Ausdrücke in der Verständigung verwendet werden, und damit von den Personen und Umständen, die dabei eine Rolle spielen. Vagheit und Mehrdeutigkeit sind allein pragmatisch begründet.³⁵² Sie weisen auf einen Klärungsbedarf hin. Vagheit ist ebenso wie Klarheit nichts weiter als die praktische Markierung eines Stands von Argumentation.

Entsprechend geht es der semantischen Praxis von Juristen nicht darum, einen unklaren Ausdruck zu erläutern. Vielmehr muss sie die von den Parteien vorgebrachten divergierenden Lesarten auf eine einzige Bedeutungskklärung reduzieren. Durch das kontroverse Vorbringen der Parteien steht Klarheit gegen Klarheit. Es ist ja nicht etwa eine Verwaschenheit des Wortlauts, die den Streit provoziert hat, sondern eine Störung im gesellschaftlichen Zusammenleben. Der Normtext weist dann im Gegenteil ein Zuviel an Klarheit auf. Es gibt mehrere vollkommen verständliche, aber sich gegenseitig ausschließende Lesarten. Gleichzeitig hat er aber auch bis zur verbindlichen Entscheidung zu wenig an Klarheit. Mehrdeutigkeit und Vagheit sind keine Eigenschaften der Bedeutung. Sie sind Formen, mit denen man Konfliktkonstellationen im semantischen Streit beschreiben kann. Bei *Mehrdeutigkeit* stehen sich zwei oder mehr klar geschiedene Lesarten gegenüber. Bei *Vagheit* gibt es einen unstrittigen Bereich und einen streitigen. Es geht also nicht um Semantik. Es geht um Pragmatik. In der Theorie von Koch und Alexy werden dagegen Konfliktkonstellationen zu Erkenntnisproblemen. An die Stelle einer praktischen Argumentation zur Prüfung der Geltung von Lesarten tritt die spekulative Kenntnis des Regelwerks der Sprache.

f) Die Sprachregel soll den festen Boden liefern, um den Inhalt der Gesetze zu fixieren und sich von der erdrückenden Ganzheit der Wertungsjurisprudenz abzulösen. Aber dieser Versuch scheitert, weil die Regel einer Deutung bedarf. Ein weiterer Ansatz geht deshalb dahin, die Regel von der Deutung unabhängig zu stellen. Danach gilt "dass Individuen an Regeln gebunden sind, deren Befolgungsmodalitäten durch die jeweilige soziale Gruppe festgelegt sind."³⁵³ Auch

³⁵¹Dazu schon grundlegend *Hegenbarth*, Juristische Hermeneutik und linguistische Pragmatik, 1982, S. 146 ff.

³⁵²Vgl. dazu *Baumann*, Recht/Gerechtigkeit in Sprache und Zeit, 1991, S. 67 f.

³⁵³*Terhechte*, Zu den rechtsphilosophischen Grundlagen der ökonomischen Analyse des Rechts und den Critical Legal Studies, in: Bungenberg u.a. (Hrsg.), Recht und Ökonomik –

wenn man auf diese Weise die Deutung einer Regel von ihrer "Auffassung" als sozialer Form unterscheidet, kommt man nicht zu einer Moderation des Holismus. Vielmehr führt dieser Ansatz in eine kollektivistische oder vertikale Variante desselben. Sprache wird hier als soziale Praxis gesehen. Nun verhält es sich zwar so, dass diese Praxis von einem vielfältigen und vielgestaltigen "Netz von Ähnlichkeiten" und Unähnlichkeiten im Sprachgebrauch durchzogen ist,³⁵⁴ in dem sich für die Verständigung das eine immer wieder erst aus dem anderen ergibt.

In diesem System ist das Individuum dennoch nicht frei, das Netz nach Gutdünken zu lösen und neu zu knüpfen. Vor allem ist es nicht frei, das Netz endlos fortzuweben. Auf's Ganze gesehen mögen die bestimmenden Abhängigkeiten in einem Sprach- bzw. Überzeugungssystem unabsehbar sein. Für die konkrete Verständigung und Interpretation aber sind sie durch die Richtschnur entsprechender Vorgaben der Sprachgemeinschaft für einen sinnvoll korrekten Sprachgebrauch konstitutiv beschränkt. Der "Kollektivismus" meint also "dass es kollektive soziale Phänomene gibt, die sich einer solchen Zurückführung entziehen und in gewisser Weise als eigenständige Größen betrachtet werden müssen, und dass sich darüber hinaus das Handeln einzelner an dem Kollektiv beteiligter Individuen seinerseits nur unter Bezug auf diese Größen erklären und verstehen lässt, da sie das individuelle Handeln in entscheidender Weise bestimmen."³⁵⁵ Diese Aufgabe wird den Regeln zugewiesen. Der Kollektivismus "besteht in dem Gedanken einer Konstitution sprachlicher Bedeutung durch kollektiv geteilte sprachliche Regeln, einer Konstitution, die sprachliche Subjekte also nur als Kollektiv, nicht aber als einzelne leisten können. Was sprachliche Äußerungen bedeuten, steht keinesfalls in der Gewalt der Sprecherinnen und Sprecher, sondern misst sich vielmehr genau an jenen Regeln, über deren Existenz und Gehalt sie als einzelne nicht verfügen können."³⁵⁶ Holistisch wird eine solche Position, wenn sie daraus ableitet, dass die Individuen in ihrem jeweiligen Sprachverhalten abhängig sind von der Gesamtheit jener Individuen, die mit ihnen eine sich in im Regelsystem ihres Sprachgebrauchs manifestierende Sprachgemeinschaft bilden. Das interpretierende, kommunikative Ich bestimmt sich aus dem Wir der sozialen Verständigungsverhältnisse, indem seinem jeweiligen Sprachverhalten durch die "semantische Autorität" der Regeln der gebührend bedeutungsbes-

44. Assistententagung Öffentliches Recht (Jena 2004), 2004, S. 91 ff. (112). Unter Bezug auf den Ansatz von *Eike von Savigny*, *Der Mensch als Mitmensch*, 1996, S. 124 f.

³⁵⁴Vgl. *Wittgenstein*, *Philosophische Untersuchungen*. Werkausgabe Bd. 1, 1984, § 66.

³⁵⁵*Liptow*, *Interpretation, Interaktion und die soziale Struktur sprachlicher Praxis*, in: *Bertram / Liptow* (Hrsg.), *Holismus in der Philosophie. Ein zentrales Motiv der Gegenwartphilosophie*, 2002, S. 129 ff. (130). Dazu als "Holismus" etwa *Gilbert*, *On Social Facts*, 1992; sowie *Bhargava*, *Holism and Individualism in History and Social Science*, in: *Craig* (Hrsg.) *Routledge Encyclopedia of Philosophy*, 1998.

³⁵⁶*Liptow*, *Interpretation, Interaktion und die soziale Struktur sprachlicher Praxis*, in: *Bertram / Liptow* (Hrsg.), *Holismus in der Philosophie. Ein zentrales Motiv der Gegenwartphilosophie*, 2002, S. 129 ff. (130). Siehe zu dieser Position hier vor allem *Dummett*, *Eine hübsche Unordnung von Epitaphen. Bemerkungen zu Davidson und Hacking*, in: *Picardi / Schulte* (Hrsg.) *Die Wahrheit der Interpretation*, S. 248 ff.

timmende Platz zugewiesen wird. "Einen Ausdruck richtig zu verstehen heißt dementsprechend, die Regeln zu beherrschen, die seine Bedeutung konstituieren und bestimmen."³⁵⁷

Die Hoffnung allerdings, damit des Slippery-Slope-Problems Herr zu werden, trägt. Es kehrt in Gestalt der paradoxen Konsequenzen eines jeden Regulismus³⁵⁸ zurück. Die Gretchenfrage der Fodor-Leporschen Holismuskritik ist, wie das Ganze auf Veränderungen im Einzelnen reagiert. Regeln, so der Kollektivismus, "legen fest, unter welchen Umständen" ein Ausdruck "sinnvoller, bzw. korrekterweise verwendet werden kann."³⁵⁹ Zwar kann der individuelle Sprachgebrauch in Form von Abweichungen, Regelverstößen oder innovativen Interpretationen seine eigenen Wege gehen. Er riskiert dabei aber seine Verständlichkeit und läuft so Gefahr, keine erkennbare Bedeutung mehr zu haben. Das Regelsystem soll disziplinierend auf Bewegungen und Schwankungen in den einzelnen Verständigungsakten reagieren. Nur wenn dem einzelnen Sprecher die Worte bedeuten, was sie zugleich auch den anderen bedeuten, kann es eine Basis für die Verständigung geben. Wenn aber Regeln für die Bedeutung konstitutiv sein sollen, dann können sie genau deshalb nicht leisten, was sie auf Grund dessen leisten soll.³⁶⁰ Sie sollen einen abweichenden, verfehlten oder innovativen Sprachgebrauch von einem ihnen konformen und damit maßgeblich korrekten scheiden. Dadurch würde aber, wie Kathrin Glüer zu Recht einwendet, "jeder semantisch inkorrekte Gebrauch" automatisch zu einem "Bedeutungswandel oder -verlust".

Das wiederum heißt nichts anderes, als dass mit der Ausschließlichkeit der Alternative korrekt oder bedeutungslos ausgerechnet jener Verstoß gegen die Regel als Alternative entfällt, für den sie zur Entscheidung über den Sprachgebrauch eintreten soll.³⁶¹ Wenn man, um dies zu vermeiden, die Striktheit der Konstitutierungsforderung aufweicht, indem man Bedeutung als Basis für die Unterscheidung von Korrektheit oder Inkorrektheit, von Konformität oder Verstoß schon zulässt, verliert die Regel ihr Privileg als einseitig nach unten in den einzelnen Sprachgebrauch wirkende Kraft.³⁶² Sie wäre nur noch einer der vielen Gesichtspunkte dafür, sich Klarheit über einen bestimmten Sprachgebrauch zu

³⁵⁷ Liptow, Interpretation, Interaktion und die soziale Struktur sprachlicher Praxis, in: Bertram / Liptow (Hrsg.), Holismus in der Philosophie. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie, 2002, S. 129 ff. (135).

³⁵⁸ Vgl. Brandom, Expressive Vernunft. Begründung, Repräsentation und diskursive Festlegung, 2000, S. 15.

³⁵⁹ Glock, Wie kam die Bedeutung zur Regel?, in: Deutsche Zeitschrift für Philosophie 48 (2000), S. 429 ff. (431).

³⁶⁰ Eingehend dazu Stekeler-Weithofer, Sind Sprechen und Verstehen ein Regelfolgen?, in: Krämer/ König (Hrsg.), Gibt es eine Sprache hinter dem Sprechen?, 2002, S. 190 ff.; sowie ders., Bedeutung und Weltbezug. Inferentielle Semantik bei Wittgenstein, Davidson und Brandom, in: Bertram / Liptow (Hrsg.), Holismus in der Philosophie. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie 2002, S. 94 ff.

³⁶¹ Vgl. Glüer, Bedeutung zwischen Norm und Naturgesetz, in: Deutsche Zeitschrift für Philosophie 48 (2000), S. 449 ff. (460).

³⁶² Zum Problem hier im besonderen auch Esfeld, Ein Argument für sozialen Holismus und Überzeugungs-Holismus, unter: http://www2.unil.ch/philo/Pages/epistemologie/bio_cv_esfeld/pdf/2000_pdf/ZphF00.pdf, S. 5 ff.

verschaffen, allenfalls "eine behelfsmäßige Durchgangsstation zwischen Satz und Interpretation, welche die Erkenntnis der Struktur erleichtert, für die richtige Interpretation von Äußerungen aber keineswegs notwendig ist."³⁶³ Das heißt, dass dann auch umstandslos die individuelle Sprachverwendung im Rückschlag als eine solche wirken könnte. Und das ist in der Tat so. Jede Abweichung von der Regel ist möglicherweise "kreativ", sofern sie überhaupt in ihrer Bedeutung verständlich ist. Sie kann immer auch als Vorschlag einer neuen Regel, als Vorstoß zu einer Regeländerung gesehen werden.³⁶⁴ "Jeder Vollzug einer Handlung nach einer Regel (Konvention) kann, indem die neue Situation niemals mit allen anderen (erfahrenen) Situationen völlig identisch ist, die Regel ‚verschieben‘. Mit dieser "Dynamik von Musteranwendung und Musterverschiebung"³⁶⁵ gerät wieder einmal das Ganze ins Rutschen.

Demnach gelingt es nicht, den Holismus über die Semantik des Gesetzes zu moderieren. Bei der Interpretation bleibt der Text nicht identisch; die Identität des Textes ist selbst eine Interpretationsfrage und Interpretation ist als Produktion neuer Texte aufgrund von alten, das heißt als Vermehrung und Erweiterung der Textgrundlage, zu bereifen.³⁶⁶ Deswegen kann das Gesetz keine Determinationsgrundlage für die Herstellung von Recht sein. Es ist letztlich "nur eine Form, die eine Differenz von Textkörper und Interpretation, von Buchstaben und Geist des Gesetzes erzeugt. Es gibt keine schriftliche Fixierung des geltenden Rechts, ohne dass dadurch ein Interpretationsbedarf entsteht. Beides wird in einem Zuge, als eine Zwei-Seiten-Form erzeugt. Sobald Texte geschrieben sind, entsteht daher ein Problem der Interpretation"³⁶⁷ – und deren Moderation.

III. Der Übergang von der Semantik zur Pragmatik

a) Die beiden geschilderten Probleme des Regulismus und einer Trennung von Semantik und Pragmatik wollen neuere Ansätze innerhalb der Diskurstheorie mit Hilfe der Sprachphilosophie von Robert Brandom lösen. Darin liegt eine wichtige Präzisierung des Holismusproblems. Ansatzpunkt von Brandoms pragmatischer Theorie ist die implizite Normativität. Unser gemeinsames Handeln bringt normative Maßstäbe hervor. Diese liegen nicht im Innern des Bewusstseins oder im Wesen der Sprache, sondern können in unserem praktischen Tun nachgewiesen werden. Dort endet der Regelregress faktisch, in dem die Beteil-

³⁶³ Mayer, Regeln, Normen, Gebräuche. Reflexionen über Ludwig Wittgensteins "Über Gewissheit", in: Deutsche Zeitschrift für Philosophie 48 (2000), S. 409 ff. (418).

³⁶⁴ Vgl. Heringer, Praktische Semantik, 1974, S. 26.

³⁶⁵ Busse, Textinterpretation. Sprachtheoretische Grundlagen einer explikativen Semantik, 1991, S. 82.

³⁶⁶ Vgl. dazu Somek, Der Gegenstand der Rechtserkenntnis, 1996, insbesondere S. 80 ff.; für die neuere deutsche Philosophie der Interpretation vgl. Simon, Philosophie des Zeichens, 1989, S. 232; Abel, Übersetzung als Interpretation, in: ders. (Hrsg.), Das Problem der Übersetzung, 1990, S. 9 ff. (12); ders., Interpretationswelten 1995, insbesondere S. 481 ff. mit Explikation der Bezüge zum postanalytischen Pragmatismus. Vgl. in diesem Sinne aber auch Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, 1993, S. 340, S. 362 u. S. 245 ff.

³⁶⁷ Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, 1993, S. 362, vgl. auch ausführlich S. 245 ff.

gten den Abbruch akzeptieren. Um diese in der Praxis enthaltenen Normen zu explizieren, verwendet Brandom die analytische Metapher der deontischen Kontoführung.³⁶⁸ Damit ist nicht gesagt, dass jeder Akteur als kleine Bankfiliale funktioniert.³⁶⁹ Vielmehr sollen im Wege des projektiven Vergleichs die Maßstäbe wechselseitiger Bewertung sichtbar gemacht werden. Dabei sind die Perspektiven von Semantik und Pragmatik von vornherein verbunden.

Wenn man die Bedeutung anhand der Folgerungen bestimmen will, die sich aus einer Behauptung ergeben, stößt man auf das Problem des Holismus. Danach kann die theoretische Erkenntnis die Inferenzen nie vollkommen überblicken. "Keine explizite Regel kann die Norm der Begriffsanwendung voll explizieren."³⁷⁰ Deswegen bedarf Brandom der Praxis, um über Entscheidungen zu einem Ende zu kommen. Der Holismus der Inferenzen kann nur durch die praktische Argumentation eingegrenzt werden, indem bestimmte Fragen nicht aufgeworfen oder bestritten werden.

Dieses Problem des Holismus kann die Diskurstheorie in ihrem Bezug auf Brandom nicht ganz umgehen: "Grundlage sprachlicher Bedeutung sind danach inferentielle Relationen einer Proposition zu anderen Aussagen. Dieses Verständnis beruht auf der Auffassung, dass begriffliche Tätigkeit wesentlich im Liefern und Fordern von Gründen besteht, die eine Überzeugung oder eine Behauptung rechtfertigen. Demgemäß ist eine Aussage verstanden, wenn ihre inferentielle Rolle innerhalb eines Netzes von Aussagen, die jeweils untereinander Definitionen und Begründungen liefern, erfasst ist. Der inferentiell begriffene semantische Gehalt einer Aussage ist notwendig holistisch."³⁷¹ Die Diskurstheorie möchte den Holismus moderieren. Das ist ein berechtigtes Anliegen. Sie will dieses Projekt auf dem Gebiet der Pragmatik realisieren. Auch das ist vollkommen richtig. Aber das Bekenntnis zur Pragmatik wird nicht eingelöst. Vielmehr wird es zugunsten der Rückkehr in eine epistemologische statt expressive Semantik³⁷² stillschweigend aufgegeben und die Betrachtungsweise auf das Repräsentationsmodell von Sprache zurückgedreht.³⁷³

³⁶⁸Vgl. zu dieser Metapher *Stekeler-Weithofer*, Wir halten das Banner der Wahrheit. Zu Herbert Schnädelbachs Lektüre von Brandom, Hegel und anderen ‚Idealisten‘, in: Allgemeine Zeitschrift für Philosophie 2 (2004), S. 177 ff. (178); sowie *Demmerling*, Sinn, Bedeutung, Verstehen, 2002, S. 150.

³⁶⁹Die negativen Konnotationen der von Brandom verwendeten Metapher entfalten *Schnädelbach*, Sozialpragmatischer Idealismus. Bemerkungen zu Robert B. Brandoms Expressive Vernunft, in: Allgemeine Zeitschrift für Philosophie 2 (2004), S. 177 ff. (178); sowie *Demmerling*, Sinn, Bedeutung, Verstehen, 2002, S. 163 ff., S. 164 u. S. 166.

³⁷⁰*Stekeler-Weithofer*, Wir halten das Banner der Wahrheit. Zu Herbert Schnädelbachs Lektüre von Brandom, Hegel und anderen ‚Idealisten‘, in: Allgemeine Zeitschrift für Philosophie 2 (2004), S. 177 ff. (182).

³⁷¹*Klatt*, Theorie der Wortlautgrenze. Semantische Normativität in der juristischen Argumentation, 2004, S. 144 f.

³⁷²Dazu *Brandom*, Begründen und Begreifen. Eine Einführung in den Inferentialismus, 2001, S. 32 ff.

³⁷³Zu diesem Modell *Friedrich Müller/Christensen*, Juristische Methodik. Band I. Grundlagen. Öffentliches Recht. 2005, Rn. 208. Zur strategischen Entscheidung gegen ein Repräsentationsmodell *Brandom*, Begründen und Begreifen. Eine Einführung in den Inferentialismus, 2001, S. 16 ff.

Dies soll anhand der so genannten leichten Fälle plausibel gemacht werden. Sie sollen als Bremsklötze gegen das Fließen der Bedeutung in der kommunikativen Praxis wirken und der juristischen Interpretation eine sichere Bezugsgröße geben. Die Diskurstheorie wendet sich damit gegen "das Argument des notwendigen Versagens" einer Bedeutungserkenntnis. Natürlich können Juristen leichte und schwere Fälle unterscheiden, und sie wissen auch, dass sich diese Unterscheidung häufig als vorläufig erweist. Umstritten ist nicht die Existenz dieser Unterscheidung, sondern was daraus für die Semantik folgt. Für die Diskurstheorie ist der leichte Fall die Grundlage, einen objektiven Bedeutungsgehalt des Normtextes anzuerkennen. Durch klare Fälle soll der prinzipiellen Revidierbarkeit aller Festlegungen auf bestimmte Inferenzen und damit begriffliche Gehalte Einhalt geboten werden. So wäre nach der Diskurstheorie "gegen den Quineschen radikalen Holismus ein moderater Holismus geltend zu machen. Er beruht auf der These, dass nicht alle Sätze einer Sprache in gleichem Maße reversibel sind. Es spricht nämlich viel für die Annahme, dass es in jeder Sprachpraxis einige Sätze gibt, die prima facie revisionsimmun sind."³⁷⁴ Hier sind es nicht mehr intrinsische Bedeutungen der Rechtsbegriffe, die als Bastion gegen den Holismus dienen sollen, sondern revisionsimmune Sätze.

b) Die pragmatisch gewendete Diskurstheorie muss sich zur Rechtfertigung dieser Annahme mit der Theorie von Quine auseinandersetzen, deren semantischer Holismus zu einer skeptischen Einschätzung der Rolle sprachlicher Bedeutung führt.³⁷⁵ Diese ergibt sich aus der Interdeterminismusthese, wonach Erfahrung nicht zwingend die Zuschreibung von Wahrheitswerten zu Sätzen vorzeichnen kann. Wegen des kontingenten Verhältnisses von Welt und Sprache wird Referenz nicht objektiv fixiert. Unsere Überzeugungen und dementsprechend die Bedeutung von Sätzen können sich nur gegenseitig aus dem Netz ihrer Beziehungen zu stützen. Damit stößt man auf das Problem der so genannten Reversibilitätsthese.³⁷⁶ Sie besagt, dass kein Satz gegen eine grundlegende Revidierung gefeit ist. Sofern er in seiner Bedeutung allein von anderen abhängig ist, ändert sich lediglich diese in dem Moment, in dem andere Sätze eine Revision erfahren. Dabei mögen einige Sätze grundlegender und zentraler sein. Das ändert jedoch nichts daran, dass sie aufgrund von

³⁷⁴ Klatt, Die Wortlautgrenze, in: Lerch (Hrsg.), Recht verhandeln. Argumentieren, Begründen und Entscheiden im Diskurs des Rechts. Die Sprache des Rechts II, 2005, S. 343 ff. (357).

³⁷⁵ Vgl. Klatt, Theorie der Wortlautgrenze. Semantische Normativität in der juristischen Argumentation, 2004, S. 774. Demgegenüber zu Quines semantischem Holismus im Vergleich zu Brandons Holismus mit der Konsequenz des Konzepts eines sozialen Holismus Esfeld, Was besagt semantischer Holismus? Zwei Möglichkeiten der Konzeptualisierung, in: Bertram / Liptow (Hrsg.), Holismus in der Philosophie. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie, 2002, S. 41 ff.

³⁷⁶ Klatt richtet seine Kritik zwar ausdrücklich gegen Quine, Wort und Gegenstand (Word and Object), 1980 und ders., Zwei Dogmen des Empirismus, in: ders., Von einem logischen Standpunkt. Neun logisch-philosophische Essays, 1979; er bezieht sich aber für seine Kritik im Wesentlichen nur auf die Quine-Rezeption bei Dummett, Frege. Philosophy of Language, 1973 und Sanford Shieh, Some senses of holism: An anti-realist's guide to Quine, in: Hale / Wright (Hrsg.), Language, Thought and Logic. Essays in Honour of Michael Dummett, 1997, S. 71 ff.

Umwälzungen im ganzen System der Sprache und Überzeugungen an den Rand der Abhängigkeit geraten und andere an ihre Stelle als Prinzipien für semantische Folgerungen usw. treten können. Die Diskurstheorie folgt nun den Quine-Interpretationen von Dummett und Shieh, indem sie mit der ersten These einen für sie noch erträglichen "moderaten Holismus" verbunden sieht, sofern diese lediglich besagt, "dass die fundamentale linguistische Einheit nicht der Satz sein kann, sondern nur eine Theorie als Ganze, also die Gesamtheit aller Wahrheitswert-Zuschreibungen zu allen Sätzen einer Sprache. Denn durch Erfahrung kann gemäß der Indeterminismusthese immer nur eine ganze Theorie überprüft werden."³⁷⁷

Mit der Reversibilitätsthese hat die Diskurstheorie größere Schwierigkeiten. Darin liegt tatsächlich ein zentraler Einwand gegen dieses Verständnis des Inferentialismus. Wenn nämlich nichts der Reversibilität entzogen ist, dann sind es auch die bedeutungstiftenden inferentiellen Relationen nicht, sonderlich etwa die logischen Grundgesetze. Bedeutung würde dann dadurch instabil, dass ausgerechnet jener Mechanismus ins Schwimmen gerät, dem sie sich verdankt. Damit dieser Mechanismus greifen kann, muss es aller Unbestimmtheit des Ganzen zum Trotz wenigstens intern unumstößliche Wahrheiten geben. Traditionell waren dies die analytischen Wahrheiten. Aber eben diese sind der Quineschen Kritik der Dogmen des Empirismus zum Opfer gefallen.³⁷⁸ Es lässt sich keine prinzipielle Unterscheidung von analytischen und synthetischen Sätzen festmachen, weil es schlicht nichts gibt, was dafür als ein unabhängiges Kriterium herhalten könnte. Zwar sind bestimmte Überzeugungen und Meinungen fester verankert als andere, so fest, dass sie im System als unzweifelhaft und vielmehr als Grund von Zweifel, Wissen, Wahrheit und Gewissheit dienen.³⁷⁹ Aber sie sind das eben nur als Zentrum und Stütze des Systems und damit auch nur so lange und insofern, sofern dieses unangetastet bleibt. Ihre Macht hängt ganz praktisch von dem Willen oder Unwillen ab, sie zugunsten anderer an ihrer Stelle aufzugeben. Nichts zeigt dies deutlicher als der Rechtsstreit, in dem es sprachlich nicht darum geht, was nach der Regel ist, sondern gerade aufgrund von deren gegensätzlichem Verständnis darum, was als Regel gilt.³⁸⁰ Es ist also letztlich in der Tat unmöglich, "analytische Wahrheiten [...] neben der Logik als Maßstab für linguistische Korrektheit heran" zu ziehen.³⁸¹

³⁷⁷ Klatt, Theorie der Wortlautgrenze. Semantische Normativität in der juristischen Argumentation, 2004, S. 171.

³⁷⁸ Eingehend und im Gegensatz zu Klatts voreingenommener Abwehr aus einer konsequent pragmatischen Sicht differenziert selbstkritisch zum Problem damit Rott, Unstimmigkeiten: Pragmatische Gedanken über Bedeutungs- und Meinungsverschiedenheiten, in: Fuhrmann / Olsson (Hrsg.), Pragmatisch denken, 2004, S. 295 ff. (v.a. 298 ff.).

³⁷⁹ Siehe die eingehende Argumentation bei Wittgenstein, Über Gewissheit. Werkausgabe Band 8, 1984; sowie analytisch in Hinblick auf einen dann "internen Realismus" Putnam, Wie man zugleich interner Realist und transzendentaler Idealist sein kann, in: ders., Von einem realistischen Standpunkt. Schriften zu Sprache und Wirklichkeit 1993, S. 156 ff.

³⁸⁰ Dazu Christensen / Sokolowski, Wie normativ ist Sprache? Der Richter zwischen Sprechautomat und Sprachgesetzgeber, in: Haß-Zumkehr, Sprache und Recht. Jahrbuch 2001 des Institut für Deutsche Sprache, 2002, S. 64 ff. (69 f.).

³⁸¹ Dazu im Zusammenhang mit Normativitätsthese Klatt, Theorie der Wortlautgrenze. Se-

Dem kann sich die Diskurstheorie nicht ganz entziehen. Sie gibt zu, dass die Frage der Analytizität als Ansatzpunkt für einen Gegenstandsbezug auf Bedeutung sinnvoll eben nur relativ gestellt werden kann. Die Relativität besteht im Hinblick auf die Sprachgemeinschaft, die Zeit und "schließlich können alle oder nur einige Propositionen einer Sprache als analytisch ausgezeichnet werden, so dass die Analytizität drittens auch hinsichtlich dieser Verteilung relativ ist."³⁸² Damit "sind wichtige Kritikpunkte Quines von vornherein entschärft".³⁸³ Das ist in der Tat so. Nur ist die Diskurstheorie, indem sie dies zugibt, genau da, wo sie eigentlich nicht hin will. Bedeutung und vor allem deren Normativität einschließlich der Normativität der fundamentalen Gesetze der Logik werden so im Grunde zu einer genuin sozialen, und das heißt praktischen Angelegenheit. Quine hat im Übrigen nie, wie ihm von Diskurstheoretikern unterstellt wird,³⁸⁴ behauptet, es gäbe überhaupt keine Analytizität. Er hat allerdings behauptet, dass diese keine Relevanz für die Klärung des Begriffs der Bedeutung besitzt.³⁸⁵ Hier interessiert aber nur, wie die Diskurstheorie nun zu der als Regel beherrschbaren Normativität von Bedeutung zurückkommen will. Sie tut dies, indem sie allen sonstigen Beteuerungen zum Trotz Normalität mit Normativität kontaminiert. Das zeigt ein Gedankenexperiment, das gegen Quines Kritik der Analytizität angeführt wird: "Welches Maß an Konstanz zu fordern ist, um von einer Normativität sprachlicher Bedeutung zu reden, ist schwer zu bestimmen. Klarheit dürfte jedoch über die extremen Ränder der Skalen herrschen, die anhand zweier Sprachen L_1 und L_2 verdeutlicht werden können. In L_1 ändert sich die Analytizität von Propositionen stündlich. Zudem wird die Zusammensetzung der L_1 -Sprachgemeinschaft täglich so stark verändert, dass 80 Prozent der Mitglieder 90 Prozent der vorher geteilten Analytizitätsbedeutungen nicht mehr zustimmen können. Schließlich sind ohnehin nur 8 Prozent aller Propositionen dieser Sprache als analytisch zu kennzeichnen. In L_2 dagegen ist die analytische Bedeutung aller Propositionen über Jahrhunderte konstant, und die Zusammensetzung der L_2 -Sprachgemeinschaft ändert sich nicht. Während Quines Schlussfolgerung für L_1 gerechtfertigt erscheint, ist sie für L_2 offenbar abstrus. Ob für eine Sprache L_x die Normativitätsthese der Bedeutung aufrechterhalten werden kann, ist davon abhängig, wie konstant sich die Analytizität in den drei Dimensionen verhält. Das Maß der Konstanz kann als Ähnlichkeit von L_x zu L_1 oder zu L_2 beschrieben werden. Wenn für die hochentwickelten Kultursprachen Europas eine Normativitätsthese der Bedeutung aufrechterhalten werden soll, ist zu zeigen, dass sie eher L_2 als L_1 ähneln. Der zentrale Gedanke der hier entwickelten triadisch relativen Analytizitätsthese besteht darin, dass dieser Ähnlichkeitsbeweis durch die Theorie Brandoms möglich ist. Mit Hilfe der Brandomschen Normativitätstheorie kann der Carnapsche Gedanke einer sprachenrelativen Analytizität auf natürliche Sprachen

mantische Normativität in der juristischen Argumentation, 2004, S. 183.

³⁸² Klatt, ebd., S. 190.

³⁸³ Klatt, ebd., S. 190.

³⁸⁴ Vgl. Klatt, ebd., S. 191.

³⁸⁵ Siehe Quine, *Unterwegs zur Wahrheit*. Konzise Einleitung in die theoretische Philosophie. 1995, §§ 74 ff.

so übertragen werden, dass ein ausreichendes Maß an Konstanz der Analytizität gezeigt werden kann.“³⁸⁶

Selbst wenn man dem folgt, ist es der Beweis für das genaue Gegenteil der diskurstheoretischen Position. Normativitätsurteile können nicht auf Bedeutungsfeststellungen zurückgeführt werden. Vielmehr hängen diese wiederum von den entsprechenden normativen Praktiken in der jeweiligen Sprachgemeinschaft ab, hier sonderlich von den inferentiell semantischen Festlegungen und deren Bewährung durch ihre jeweils erfolgreiche Rechtfertigung und Begründung. Die wiederum kann explizit gemacht werden. Da dies aber allein seinen Grund in der Praxis hat, muss Normativität immer für sich selbst sorgen. Die Diskurstheorie indes geht einen anderen Weg, indem sie, Normalitätsfeststellungen stillschweigend als Normativitätsurteile in einem starken Sinn unterstellt: ”Da die Bedingungen und Folgen in Inferenzen explizit gemacht werden können, kann auch die Qualität einer Proposition als analytisch explizit gemacht werden. Die Richtigkeit dieser Inferenzen kann anhand der Normen, die in der Sprachgemeinschaft durch die normativen Einstellungen der Beteiligten hervorgebracht werden, beurteilt werden. Auch hinsichtlich der Wahrheit von Propositionen werden Sprecher als berechtigt oder festgelegt behandelt. Genügt im Sprachspiel allein die Bedeutung der Proposition, um als zur Äußerung dieser Proposition berechtigt anerkannt zu werden, liegt ein analytisches Urteil vor. Umgekehrt schließt die Festlegung auf die Wahrheit einer Proposition qua Bedeutung die Festlegung darauf ein, dass es sich um eine analytische Proposition handelt.“³⁸⁷

Als Konsequenz ihrer Quinekritik behauptet die Diskurstheorie die Existenz klarer Fälle in Hinblick auf das Problem des Wortlauts. Für diese wird gleich eine bezeichnende Differenz eingeführt, nämlich die ”Unterscheidung zwischen Wortlautnormalfall und Gerechtigkeitsnormalfall. (...) Dementsprechend ist zwischen semantisch klaren Fällen und juristisch klaren Fällen zu unterscheiden. Aufgrund der Vielzahl juristischer Argumentarten ist nicht jeder semantisch klare Fall juristisch klar und nicht jeder semantisch unklare Fall juristisch unklar. Ein juristisch unklarer Fall liegt insbesondere auch dann vor, wenn bei semantischer Klarheit aufgrund außersemantischer Argumente Zweifel an der Lösung bestehen, die bei rein semantischer Betrachtung angezeigt ist.“³⁸⁸ Das ist der alte positivistische Verschiebehof.³⁸⁹ Wo Sprache versagt, soll höhere Gerechtigkeit einspringen. Hier wird Vorkehrung gegen die nicht abzuschüttelnde Erfahrung getroffen, dass den Beteiligten am Rechtsstreit die Worte des Gesetzes vollkommen klar sind.

Aber mit dem Streit um Recht steht auch die Gerechtigkeit in Frage.³⁹⁰ Deswe-

³⁸⁶ Klatt, *Theorie der Wortlautgrenze. Semantische Normativität in der juristischen Argumentation*, 2004, S. 191.

³⁸⁷ Klatt, *ebd.*, S. 192.

³⁸⁸ Klatt, *ebd.*, S. 220 f.

³⁸⁹ Dazu Christensen, Was heißt Gesetzesbindung? Eine rechtslinguistische Untersuchung, 1989, S. 158 ff.

³⁹⁰ Siehe dazu Christensen / Sokolowski, Die Krise der Kommunikation und die Möglichkeit juristischen Argumentierens, in: Lerch (Hrsg.), *Recht verhandeln. Argumentieren, Begründen*

gen schiebt die Diskurstheorie gleich eine weitere Unterscheidung nach. Nämlich die "zwischen konstitutiver Klarheit und epistemischer Klarheit": "Die Klarheit eines Falles besteht nicht darin, dass sich die Mitglieder einer Interpretationsgemeinschaft aufgrund gleicher epistemischer Zugangsweise über die Verwendung einig sind. Es ist eine Frage, ob ein Fall semantisch klar ist, und eine andere, ob und wie dies epistemisch erkannt wird. Daher kann auch aus der bloßen Existenz eines Streites über die Bedeutung eines Begriffes nicht auf konstitutive Unklarheit geschlossen werden."³⁹¹ Mit anderen Worten: Die Bedeutung des Normtextes ist bei allem Streit und trotz der "wesentlichen Umstrittenheit" der Begriffe³⁹² des Normtextes eigentlich klar, weil sie eben die Bedeutung des Normtextes ist. Nur dass dies den Beteiligten leider nicht klar ist.

Nachdem so alle störende Unklarheit und natürlich auch das Rechtsproblem beseitigt sind, kann die Diskurstheorie die Frage der Existenz klarer Fälle mit der deontischen Kontoführung kurzschließen. Semantische Klarheit bestimmt sich aus der Normativität von Bedeutung. Im Einzelnen ergibt sie sich aus den "beiden deontischen Status der Festlegung und der Berechtigung". "Nach dem Prinzip der doppelten normativen Signifikanz des Begrifflichen ist jeder Sprechakt zweifach normativ situiert: Er ist durch korrekte Anwendungsbedingungen und durch korrekte Folgerungen gekennzeichnet."³⁹³ Klarheit bedeutet dann nichts anderes, als dass außer Zweifel steht, worauf sich warum ein Sprecher mit seiner Behauptung festlegt und wozu er dadurch berechtigt ist und wer verantwortlich dafür ist, dass jeder erfolgreich geltend gemachte Sprechakt seinerseits wieder als Grund fungieren kann. Das heißt, "eine Behauptung autorisiert andere Behauptungen, indem sie berechtigungsvererbend wirkt. Der Behauptende übernimmt gleichzeitig die Verantwortung in Form einer Rechtfertigungslast, seine Berechtigung zu der Behauptung zeigen zu können."³⁹⁴ Semantische Klarheit heißt also weiter, dass kein Zweifel hinsichtlich solcher Verantwortung und Autorität besteht.

Damit ist allerdings nur gesagt, wie die Diskurstheorie Klarheit definieren will, und noch nicht, "dass klare Fälle auch tatsächlich existieren."³⁹⁵ Dafür schlägt die Diskurstheorie eine spekulative Volte. Es wird allen Quineschen Einwänden prinzipieller Revidierbarkeit zum Trotz vorausgesetzt,³⁹⁶ dass in einem starken und nicht nur kontingent faktischen Sinne³⁹⁷ "der Kommunikation revision-

und Entscheiden im Diskurs des Rechts. Die Sprache des Rechts II, 2005, S. 105 ff.

³⁹¹Klatt, Theorie der Wortlautgrenze. Semantische Normativität in der juristischen Argumentation, 2004, S. 221.

³⁹²Vgl. Friedrich Müller / Christensen / Sokolowski, Rechtstext und Textarbeit, 1997, S. 60.

³⁹³Klatt, Theorie der Wortlautgrenze. Semantische Normativität in der juristischen Argumentation, 2004, S. 221.

³⁹⁴Klatt, ebd., S. 221.

³⁹⁵Klatt, ebd., S. 221.

³⁹⁶Zur Kritik an Quine siehe Klatt, ebd., S. 170 ff. Ansonsten Quine, Zwei Dogmen des Empirismus, in: ders., Von einem logischen Standpunkt. Neun logisch-philosophische Essays, 1979, S. 27 ff. (42 ff.). Ansonsten Brandom, Begründen und Begreifen. Eine Einführung in den Inferentialismus, 2001, S. 217 f.

³⁹⁷Vgl. hinsichtlich der fundamentalen Wahrheit als Momentaufnahme Friedrich Müller / Christensen / Sokolowski, Rechtstext und Textarbeit, 1997, S. 109 ff. Ansonsten zum

simmune Sätze zugrundegelegt werden, die als kanonische Standards fungieren. Diese können als semantisch konstitutiv klare Fälle verstanden werden. Wenn es in jeder Sprache notwendig fundamentale Sätze gibt, und wenn fundamentale Sätze semantisch konstitutiv klar sind, dann gibt es in jeder Sprache notwendig semantisch konstitutiv klare Sätze.“³⁹⁸ Spekulativ ist das diskurstheoretische Manöver aus folgendem Grund: Auch die größte diskursive Autorität der Festlegung und Berechtigung zieht nicht Ewigkeit nach sich. Man kann auch einen solchen Satz angreifen, wenn auch mit immensem Begründungsaufwand. Jeder deontische Kontostand bleibt im Spiel und kann sich niemals auf ein der Diskussion enthobenes göttliches Maß berufen. Es sei denn, der Proponent wäre "ein idealer Wissensinhaber" oder hätte "Zugang zu allen Informationen" oder verfügte "über sämtliche Belege" oder befände "sich am Ende des Forschungsprozesses", eine offenkundig "hoffnungslose Strategie".³⁹⁹

Um es noch einmal klar zu sagen: Brandom will damit die Unmöglichkeit deontischer Festgeldbeträge zeigen. Denn der Proponent müsste den nächsten, nicht getanen Einwand ad infinitum bereits kennen und widerlegt haben. So aber war die Erde eben einmal eine Scheibe und ist es nicht mehr. Entscheidend dafür, "was es für eine Behauptung bedeutet, wahr zu sein", ist und bleibt also immer das, "was man tut, wenn man sie für wahr hält. Diese Frage wird von verschiedenen Standpunkten aus verschieden beantwortet und obgleich diese nicht alle gewichtig sind, gibt es keine Vogelperspektive, aus der sich der Kampf der konkurrierenden Behauptungen beobachten lässt und aus der man diejenigen identifizieren kann, die es verdienen, zu gewinnen, oder auch nur notwendige und hinreichende Bedingungen dafür formulieren kann.“⁴⁰⁰ Über das unbedingt Gültige muss also immer wieder im Spiel der Gründe entschieden werden. "Der Status eines jeden derartigen Prinzips als brauchbar steht selbst in der gleichen Weise zur Debatte wie der jeder einzelnen Tatsachenbehauptung.“⁴⁰¹

Die diskurstheoretisch der Objektivität unterlegte Ewigkeitsanmaßung ist haltlos. Und ohne sie ist das Konzept der semantischen Klarheit vollkommen uninteressant. Sie wäre eine Klarheit auf jederzeitigen Widerruf. Damit ist nicht zu sehen, welchen Ertrag eine so beschaffene semantische Klarheit für das Problem einer Entscheidung über juristische Interpretationen haben kann. Das Modell ist ein Muster ohne Wert. Die Diskurstheorie sieht dies durchaus, für einen allerdings folgenlosen Augenblick: "Die sozialperspektivische Relativität propositionalen Gehalts bedeutet, dass es eine scharfe Bedeutungsgrenze nicht

Spannungs- und Wechselverhältnis von fundamentalen Sätzen und kontingenten Behauptbarkeiten entsprechend *Wittgenstein*, Über Gewissheit. Werkausgabe Bd. 8, 1984; den Klatt im Übrigen durchaus zur Kenntnis genommen hat. Vgl. *Klatt*, Theorie der Wortlautgrenze. Semantische Normativität in der juristischen Argumentation, 2004, S. 218.

³⁹⁸ *Klatt*, Theorie der Wortlautgrenze. Semantische Normativität in der juristischen Argumentation, 2004, S. 170 ff.

³⁹⁹ *Brandom*, Begründen und Begreifen. Eine Einführung in den Inferentialismus, 2001, S. 241 f.

⁴⁰⁰ *Brandom*, Expressive Vernunft. Begründung, Repräsentation und diskursive Festlegung, 2000, S. 834,

⁴⁰¹ *Brandom*, ebd., S. 834,

gibt.“⁴⁰² Denn niemand weiß vorab, ob nicht mit der aktuellen Äußerung der Moment des Wandels gekommen ist. Dies muss sich, wie angedeutet, erst wieder im Spiel der Gründe erweisen. Dennoch will die Diskurstheorie nicht von der semantischen Klarheit lassen. Denn es geht eben um mehr und wichtigeres als um bessere sprachtheoretische Einsicht. Es geht um Kontrolle: ”Es ist die Aufgabe von sprachanalytischen Diskursen, das Spannungsverhältnis zwischen der Verwendung von Begriffen durch einzelne Sprecher innerhalb einer Sprechergemeinschaft aufzulösen.“⁴⁰³ Hier wird die Terminologie Brandoms verwendet, um zu Ergebnissen zu gelangen, die der Zielsetzung seiner Theorie genau entgegengesetzt sind.

Der Diskurstheorie geht es um die Kontrolle der kommunikativen Praxis von außen. Brandom hingegen bedarf eines Beistands durch den epistemischen Holismus nicht. Denn ein solcher Holismus kann gerade nicht funktionieren.⁴⁰⁴ Mit jedem Konflikt um Sprache kann das dünne Eis gemeinsamer Hintergrundannahmen brechen. Denn immer ”ist begrifflicher Inhalt (...) im Fluss: Die Überzeugungen, auf die man durch eine Überzeugung der Art P festgelegt ist, zu denen man berechtigt ist und zu denen eine Berechtigung verschlossen ist, sind nicht ein für alle Mal fixiert. Begrifflicher Inhalt, verstanden als Festlegungen und Berechtigungen, ist wandelbar. Insbesondere neuartige Situationen, denen wir begegnen (neue Erfahrungen), können dazu führen, dass neue Festlegungen und Berechtigungen anerkannt werden und manche der bisherigen Festlegungen und Berechtigungen aufgegeben werden. Es gibt demnach keine festen Identitätsbedingungen für begrifflichen Inhalt – weder in der Zeit noch zu einer Zeit.“⁴⁰⁵ Und das zeigt ja gerade der Rechtsstreit in seinem semantischen Antagonismus als Krise von Kommunikation und damit als Praxis des Zusammenbruchs von Revisionsimmunität *par excellence*.⁴⁰⁶ Wenn die Diskurstheorie hinzufügt, dass ”die Revisionsimmunität an der deontischen Kontoführung ablesbar ist“,⁴⁰⁷ dann spricht eben dies noch einmal für deren Kontingenz. Denn je nach Ausgang und Intensität des darum geführten Diskurses ist deren Stand lediglich ein augenblicklicher und kann sich an jedem Punkt ändern. Umgekehrt heißt das, dass jede Stabilität in diesem Stand auf nichts anderem als einer argumentativen Stabilität gemacht ist bzw. im diskursiven Spiel des Forderns und Lieferns von

⁴⁰² Klatt, *Theorie der Wortlautgrenze. Semantische Normativität in der juristischen Argumentation*, 2004, S. 218.

⁴⁰³ Klatt, *ebd.*, S. 218.

⁴⁰⁴ Ausführlich dazu hier *Christensen / Kudlich*, *Theorie richterlichen Begründens*, 2001, S. 167 ff. Ansonsten grundlegend *Mayer*; *Semantischer Holismus. Eine Einführung*, 1997.

⁴⁰⁵ *Elsfeld*, *Von einer pragmatischen Theorie der Bedeutung zur Philosophie des Geistes*, in: Fuhrmann / Olsson (Hrsg.), *Pragmatisch denken*, 2004, S. 147 ff. (154).

⁴⁰⁶ Im Einzelnen dazu *Friedrich Müller / Christensen / Sokolowski*, *Rechtstext und Textarbeit*, 1997, S. 37 ff.; sowie *Christensen / Sokolowski*, *Die Krise der Kommunikation und die Möglichkeit juristischen Argumentierens*, in: Lerch (Hrsg.), *Recht verhandeln. Argumentieren, Begründen und Entscheiden im Diskurs des Rechts. Die Sprache des Rechts II*, 2005, S. 105 ff.

⁴⁰⁷ Klatt, *Die Wortlautgrenze*, in: Lerch (Hrsg.), *Recht verhandeln. Argumentieren, Begründen und Entscheiden im Diskurs des Rechts. Die Sprache des Rechts II*, 2005, S. 343 ff. (357). Insgesamt zu Klatts *Argumentation in Sachen Holismus* Klatt, *Theorie der Wortlautgrenze. Semantische Normativität in der juristischen Argumentation*, 2004, S. 169 ff.

Gründen für die zu errichtende Entscheidung beruhen kann.

c) Epistemische Kontrolle, das heißt die deontische Disziplinierung über theoretische Erkenntnis, ist nicht möglich. Sie muss diskursiv ausgeübt werden. Und dies wiederum vermag die Frage nach einer Offenlegung der dabei praktizierten impliziten Normativität aufwerfen. Wenn die diskurstheoretische Zurücknahme des pragmatischen Normativismus in einen Regulismus mündet, ist das Ausdruck dessen, dass der Holismus unabsehbarer Inferenzen nur praktisch innerhalb einer Diskussion oder eines Verfahrens zum Stillstand gebracht werden kann: "Der begriffliche Inhalt einer Überzeugung eines bestimmten Typs ist durch die Normen der Verwendung von Überzeugungen dieses Typs in einer Gemeinschaft zu einer Zeit festgelegt. Begrifflicher Inhalt lässt sich nicht vollständig explizit machen. Man kann nicht die Festlegungen, Berechtigungen und verschlossenen Berechtigungen, welche den begrifflichen Inhalt einer Überzeugung der Art P ausmachen, abschließend aufzählen. Man kann nur eine Reihe paradigmatischer Beispiele für solche Festlegungen, Berechtigungen und verschlossenen Berechtigungen angeben. Der inferentielle Kontext, in dem begrifflicher Inhalt besteht, ist offen."⁴⁰⁸

Deswegen muss die Diskurstheorie den Holismus, der mit Brandoms Inferentialismus notwendig verbunden ist, immer dann zurücknehmen, wenn sie Normativität als verfügbaren Maßstab haben will. Natürlich kann man den Holismus von Bedeutung regionalisieren; aber nicht im Wege der Erkenntnis, die zu revisionssimulierten Sätzen zurückführt. Diese Eingrenzung kann nur praktisch im Rahmen einer laufenden Argumentation vorgenommen werden. Damit ist natürlich klar, dass sprachliche Bedeutung der juristischen Textarbeit keine vollkommen sichere Grundlage verschafft. Als Basis für die juristische Legitimation ist sie überfordert. Zur Sprache des Gesetzes müssen immer noch die Argumente des Verfahrens hinzukommen und dessen Abschluss in der richterlichen Begründung. Erst diese ganze Konstellation liefert Legitimität. Aber dies einzugestehen hieße für die Diskurstheorie zuzugeben, was sie in der Projektion des Dekonstruktivismus zu bekämpfen sucht: *Die Einsicht, dass keine Regel die Normativität von Begriffsverwendungen voll explizieren, sondern immer nur als ein Argument fungieren kann.* Dies einzugestehen heißt auch zuzugeben, dass immer wenn Bedeutung im Spiel ist, diese nur dadurch gewonnen werden kann, dass man Entscheidungen zu bestimmten Zwecken trifft. Damit kann man natürlich nicht mehr klar zwischen dem so genannten Feststellen der Bedeutung und ihrer Festsetzung unterscheiden. Die Bedeutung ist auf argumentativem Wege immer wieder zu erzeugen, und sei es auch nur so, dass die als "Wortgebrauchsregel" autoritativ geforderten Begründungen bezeugen, das heißt angenommen werden. Eine scharfe Grenze zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung ist damit nicht zu ziehen.

Während Brandom konsequent Semantik aus der Pragmatik entwickelt, unterwirft die Diskurstheorie genau umgekehrt die Pragmatik wieder der Semantik.

⁴⁰⁸ *Elsfeld*, Von einer pragmatischen Theorie der Bedeutung zur Philosophie des Geistes, in: Fuhrmann / Olsson (Hrsg.), *Pragmatisch denken*, 2004, S. 147 ff. (154).

Der pragmatische Normativismus gerät damit lediglich zur opportunistischen Einkleidung einer spekulativ objektiven Semantik, statt auf der Ebene der Pragmatik eine Strategie zur Moderation des Holismus zu entwickeln. Es sind normative Standards der Praxis, die den Holismus von Sprache und Recht einschränken. Auch bei Brandom ist Normativität nicht als verfügbarer Inhalt einer Sprachregel gefasst. Der Versuch, die Unterscheidung zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung mit Hilfe von Robert Brandom zu stabilisieren, muss also scheitern.

Trotz des Rückfalls der Diskurstheorie in die epistemische Kontrolle hat die Anknüpfung an Brandom das Problem der Moderation des Holismus im Recht auf die richtige Ebene gebracht. Eine Moderation des Holismus kann nur im Rahmen der Pragmatik der Rechtssprache gelingen.

B. Pragmatische Moderation des Holismus

Für den Zugang zu den praktisch anerkannten Legitimationsmaßstäben juristischer Praxis eröffnen sich prinzipiell zwei Wege. Vorpragmatisch geht es dabei um den Aufweis eines dem juristischen Handeln vorgeordneten Gegenstand der Erkenntnis.⁴⁰⁹ Für einen pragmatischen Ansatz muss es aber darum gehen, die vorhandenen Selbstbeschreibungen einer Praxis mit ihrer tatsächlichen Vorgehensweise zu konfrontieren, um so eine Präzisierung im Verständnis dieses Praxisfelds zu erreichen. Während der erste Ansatz die Rechtsquelle als Inhalt unterstellt, sieht der zweite Ansatz sie zunächst als Form, an der Handeln anknüpft.

I. Das Modell der Gegenstandserkenntnis

a) Die diskurstheoretische Anknüpfung an die Sprachpragmatik hält daran fest, dass die „Entscheidung (...) im Einklang mit dem semantischen Gehalt des Gesetzes sein (soll)“. Die Interpretation des Normtextes „soll aus dem Gesetz folgen“. Nur so kann die Entscheidung der Forderung genügen, „gesetzesgesteuert“ zu sein.⁴¹⁰ Denn „das Gesetz bindet, weil die Sprache bindet, in der der Gesetzgeber zu uns spricht.“⁴¹¹

Damit ist das Recht keine sich selbst stabilisierende soziale Praxis, sondern unterliegt einem äußerlichen Maßstab, der ihr vorgeordnet ist. Natürlich stellt sich bei der Anmaßung einer Kontrolle der kommunikativen Praxis von außen die Frage nach der Grundlage dafür. Kann man die Kontrolleure ihrerseits kontrollieren? An dieser Stelle taucht das Argument der epistemischen Zugänglichkeit

⁴⁰⁹Es handelt sich dabei meistens um den Dreischritt von Begriffen, Prinzipien und Gerechtigkeitsidee. Klassisch wurde dies von Larenz ausformuliert und von Alexy in der Struktur seiner Theorie wiederholt. Zur generellen Kritik an dieser verkürzten Sichtweise vgl. *Somek*, Der Gegenstand der Rechtserkenntnis, 1996.

⁴¹⁰Siehe *Koch*, Einleitung: Über juristisch-dogmatisches Argumentieren im Staatsrecht, in: ders. (Hrsg.), Seminar: Die juristische Methode im Staatsrecht. Über Grenzen von Verfassungs- und Gesetzesbindung, 1977, S. 13 ff. (58).

⁴¹¹*Rüßmann*, Möglichkeiten und Grenzen der Gesetzesbindung, in: Alexy / Koch / Kuhlen / Rüßmann, Elemente einer juristischen Begründungslehre, 2003, S. 135 ff. (139).

von Bedeutung auf. Es zeigt sich dann, dass die Kontrolleure nichts Geringeres im Rücken haben als die Welt. Denn man schließt die Bedeutungsdimension der Normativität mit der Objektbezogenheit kurz, sofern dann „teilweise auf die extensionsfestlegende Funktion der Intension, teilweise auf das Modell feststellbarer Wortgebrauchsregeln verwiesen“ wird.⁴¹² Letzteres dann ausgerechnet im Rückfall in einen „Regulismus“, gegen den sich Brandom mit seinem Konzept des implizit Normativen wendet.⁴¹³

Dabei ist der Bezug zu Brandom bloße Rhetorik.⁴¹⁴ Es soll darum gehen, „die umfangreiche analytische Terminologie Brandoms für die Frage der epistemischen Zugänglichkeit von Wortgebrauchsregeln und damit für deren externe Rechtfertigung fruchtbar“ zu machen.⁴¹⁵ Wiederum die „Terminologie“. Durch sie soll Alexys regelplatonistische Sprachanalytik und die Koch-Rüßmannsche Intensionssemantik Carnapscher Prägung⁴¹⁶ unter einen Hut gebracht werden.⁴¹⁷ Wortgebrauchsregeln sollen dabei jenen impliziten Normen entsprechen, die bei der Einforderung von Gründen explizit zumachen sind. Was bei Brandom aber Praxis, Handeln und Aushandeln der Teilnehmer ist, wird hier als Erkenntnis ausgegeben. Dabei bleibt die kurze Einsicht, dass, „weil Normen nicht abstrakt gegeben sind, sondern in der Praxis entstehen, (...) die Praxis betrachtet werden muss“⁴¹⁸, folgenlos. „Der epistemische Zugang zu sprachlicher Bedeutung besteht im Explizitmachen der impliziten Norm, also der Wortgebrauchsregeln“ Diese „beziehen sich - so die hier vorzunehmende Ergänzung - auf deontische Status und materiale Inferenzen. Der Vorgang des Explizitmachens entspricht exakt dem, was Alexy als sprachanalytischen Diskurs bezeichnet hat.“⁴¹⁹ Dabei kann es sich aufgrund des entwickelten normativen Anspruchs auf Korrektheit natürlich weder darum handeln, ein Meinungsbild unter den Teilnehmern herzustellen, noch können überhaupt die Überzeugungen der Sprecher dazu ausschlaggebend sein. Dies würde die angestrebte objektivistische Reinheit des sprachanalytischen Diskurses trüben. Gegenstand der Erkenntnis sind „die sprachlichen Normen, die von Meinungen unabhängig instituiert werden.“⁴²⁰

⁴¹² Klatt, Theorie der Wortlautgrenze. Semantische Normativität in der juristischen Argumentation, 2004, S. 218.

⁴¹³ Brandom, Expressive Vernunft. Begründung, Repräsentation und diskursive Festlegung, 2000, S. 56 ff. Zu Brandoms Kritik des Regulismus auch Stekeler-Weithofer, Brandoms pragmatistische Theorie der Bedeutung, in: Fuhrmann / Olsson (Hrsg.), Pragmatisch denken, 2004, S. 35 ff.

⁴¹⁴ Zur Kritik näher Christensen/Kudlich, Wortlautgrenze – spekulativ und pragmatisch?, ARSP 2007, 128 ff.

⁴¹⁵ Klatt, Theorie der Wortlautgrenze. Semantische Normativität in der juristischen Argumentation, 2004, S. 229.

⁴¹⁶ Zu deren Kritik hier nur Putnam, Die Bedeutung von „Bedeutung“, 1990, S. 25 ff.

⁴¹⁷ Dies bedeutet natürlich schon qua Titel einen Rückfall genau in jenen Intensionalismus gegen den sich Brandoms Strategie des Inferentialismus wendet. Siehe Brandom, Begründen und Begreifen. Eine Einführung in den Inferentialismus, 2001, S. 21 ff.

⁴¹⁸ Klatt, Theorie der Wortlautgrenze. Semantische Normativität in der juristischen Argumentation, 2004, S. 229.

⁴¹⁹ Klatt, Theorie der Wortlautgrenze. Semantische Normativität in der juristischen Argumentation, 2004, S. 229.

⁴²⁰ Klatt, ebd., S. 229.

b) Mit Brandom sieht sich diese Position dadurch verbunden, dass die fraglichen Regeln jene „impliziten Normen“ darstellen, „die sprachliche Bedeutung konstituieren. Sie zählen die Merkmale auf, die aufgrund der Bedeutung eines Ausdrucks erfüllt sein müssen, damit der Ausdruck auf ein Objekt richtigerweise angewendet wird.“⁴²¹ Zwar weist er dann auf deren sozioempraktische Institutionierung hin. Die Formulierungen, die die Diskurstheorie ansonsten zur Charakterisierung der Wortgebrauchsregeln benutzt, weisen indes darauf hin, dass sie genau jenem Regulismus nachhängt, gegen den Brandom angehen will.⁴²² Sie muss es auch. Denn nur mit der Gegebenheit der Regel lassen sich Lesarten danach beurteilen, ob sie „passen“ oder nicht. In diesem Sinne muss die Diskurstheorie verstanden werden, wenn sie von der „Objektivierbarkeit der Bedeutung von Normen“ spricht. Wäre dies nicht so, so ginge Objektivierung gleich wieder an die Praxis verloren. Denn mit der Frage, was der Regel genügt, kann auch die Regel selbst auf dem Spiel stehen. Damit also das Verhältnis von Regel und Anwendung stabil bleiben kann, bleibt dieser Position gar nichts anderes übrig, als Richtigkeit als Übereinstimmung zu fassen: „Eine Performanz ist nach diesem Modell dann richtig, wenn sie von den Regeln erlaubt oder gefordert wird, wenn sie mit dem Grundsatz übereinstimmt, vom Gesetz erlaubt oder verlangt wird oder einer Anweisung oder einem Vertrag entspricht.“⁴²³ Der sich hier einstellende juristische Tonfall macht unübersehbar, dass sich das Ganze offenbar im Kreise dreht.

In der Tat verfällt, wiederum allen Abwehrbemühungen zum Trotz,⁴²⁴ diese Sicht der Semantik dem Wittgenstein’schen Regelparadox⁴²⁵ und unterschlägt dabei genau die Pointe des pragmatischen Normativismus, die dieses auflöst. Das Dilemma liegt darin, dass die Explizierung der impliziten Norm selbst wieder einer Begründung bedarf. Sie beansprucht, korrekt zu sein und somit den normativen Gehalt der jeweiligen Praxis tatsächlich auch zu treffen. Potentiell ist also Explikation hinter Explikation zu setzen. Aber eben nur potentiell. Der entscheidende Hinweis liegt in dem unbegrenzten Regredieren selbst. Dies verweist darauf, dass Explikation sozusagen nicht „aus eigener Kraft“ zu einer stabilen oder gar begründeten Festlegung kommen kann. Solange man es bei der „Deutung“, oder in diskurstheoretischer Terminologie: bei Erkenntnis belässt, ist

⁴²¹ Klatt, Die Wortlautgrenze, in: Lerch (Hrsg.), Recht verhandeln. Argumentieren, Begründen und Entscheiden im Diskurs des Rechts. Die Sprache des Rechts II, 2005, S. 343 ff. (359).

⁴²² Brandom, Expressive Vernunft. Begründung, Repräsentation und diskursive Festlegung, 2000, S. 56 ff. Kritisch dazu Tietz, Normen, Regeln und Interpretationen. Robert Brandoms Projekt einer pragmatischen Theorie der Rationalität – Zwei antinormativistische Einwände und ein Vorschlag zur Güte; in: ders., Vernunft und Verstehen. Perspektiven einer integrativen Hermeneutik, 2004, S. 325 ff. (332 f.).

⁴²³ Brandom, ebd., S. 57.

⁴²⁴ Siehe Klatt, Theorie der Wortlautgrenze. Semantische Normativität in der juristischen Argumentation, 2004, S. 166 ff.

⁴²⁵ Vgl. Wittgenstein, Philosophische Untersuchungen. Werkausgabe Bd. 1, 1984, § 201. Dazu Tietz, Normen, Regeln und Interpretationen. Robert Brandoms Projekt einer pragmatischen Theorie der Rationalität – Zwei antinormativistische Einwände und ein Vorschlag zur Güte; in: ders., Vernunft und Verstehen. Perspektiven einer integrativen Hermeneutik, 2004, S. 325 ff. (332 f.).

diese wiederum durch eine weitere Erkenntnis in ihrer epistemologischen Güte als zutreffend, ihrer normativen Güte als korrekt und zusammengenommen in ihrer Objektivität als wahr auszuweisen. Dies zeigt, dass Explikationen durch die Regelformulierungen so lange nötig sind, als dies durch einen Entschluss der Praxis nicht beendet wird.

Bei Brandom springt hier die deontische Kontoführung ein. „Dem Rekurs auf Regeln wird hier also der Rekurs auf Richtigkeiten vorgeschaltet, die implizit in den Praktiken einer sozialen Kontoführung enthalten sind, in der Akteure wechselseitig über ihre Sprechakte zu Gericht sitzen.“⁴²⁶ Der Erfolg des Begründens setzt also dem Explizieren ein Ende, indem er es auf einen begrifflichen Gehalt festlegt. Das aber hat mit Erkenntnis nichts mehr zu tun, sondern ist Entscheidung. Ganz wittgensteinisch im Übrigen, da so Explizieren wiederum als Praxis erscheint. Schon Wittgenstein fängt das Regelparadox pragmatisch auf, indem er zeigt, „dass es eine Auffassung einer Regel gibt, die *nicht* eine *Deutung* ist; sondern sich von Fall zu Fall in der Anwendung, in dem äußert, was wir ‚der Regel folgen‘, und was wir ‚ihr entgegenhandeln‘ nennen.“⁴²⁷ Entsprechend ist mit Brandom eine „Auffassung“ des Normativen zu verfolgen, die sich in dem zeigt, was wir eine durch Begründung berechnete Festlegung auf einen Inbegriff der entsprechenden Praktiken zu nennen geneigt sind und was nicht. Darin aber lauert natürlich stets das Potential der Nachfrage, warum dies und nicht anderes, für das dann diese und jene Gründe sprächen.

Die Diskurstheorie will aber Bedeutung zu einem Teil des Erkenntnisobjekts disponieren und so den Juristen als Subjekt der Semantisierung von Normtexten vergessen machen. Sie unternimmt alle interpretativen Anstrengungen, Brandoms Ansatz vor den Karren der Idee zu spannen, „dass es eine Bedeutung sprachlicher Ausdrücke gibt, die diese für sich haben“⁴²⁸. Generell liest sich das bei den Sprachanalytikern unter den Juristen so, „dass zur semantischen Interpretation nur solche Argumente gehören, die sich auf die Feststellung eines tatsächlich existierenden Sprachgebrauchs stützen.“⁴²⁹ Ein Zugeständnis an den Diskussionsstand so, wie er durch Brandoms pragmatischen Normativismus repräsentiert wird, wird lediglich damit gemacht, Bedeutung nicht mehr krude zur Entität zu erheben. Vielmehr wird sie inferentiell bestimmt. Dann allerdings erhöht zu einer objektiven Grenze in Gestalt von Wortgebrauchsregeln und extensionsdeterminierenden Intensionen. Das praktische Verfahren erbringt keineswegs eine sprachlich schöpferische Leistung, sondern soll lediglich eine

⁴²⁶ Tietz, Normen, Regeln und Interpretationen. Robert Brandoms Projekt einer pragmatischen Theorie der Rationalität – Zwei antinormativistische Einwände und ein Vorschlag zur Güte; in: ders., Vernunft und Verstehen. Perspektiven einer integrativen Hermeneutik, 2004, S. 325 ff. (338).

⁴²⁷ Vgl. Wittgenstein, Philosophische Untersuchungen. Werkausgabe Bd. 1, 1984, § 201.

⁴²⁸ Bertram, Prolegomena zu einer Rekonstruktion der linguistisch-epistemischen Wende – von Quine und Sellars zu Husserl und Derrida, in: Journal Phänomenologie, 13, 2000, S. 4 ff. (7).

⁴²⁹ Alexy, Juristische Interpretation, in: ders., Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie, 1995, S. 71 ff. (85).

Erkenntnis vollziehen.⁴³⁰Die Brandomsche Grundbewegung einer Explizierung von Impliziten ist damit in ihr Gegenteil verkehrt. Sie meint nun nicht mehr Ausdrücklichmachen von praktisch Vollzogenem. Nach der Verbannung der Praxis als formendem Moment, wird Implizitheit jetzt als Zugrundeliegen gedeutet. In den Worten Klatts: „Nach der hier vertretenen Auffassung bestehen die inferentiellen Relationen und damit die Objektivität der Bedeutung von Normen ex ante. Sie liegen dem sprachanalytischen Diskurs voraus. Dieser macht *vorhandene* implizite Strukturen explizit. Sie werden in der Sprachpraxis nicht erst *en passant* hergestellt, sondern als feststehend unterstellt, um *darüber* sprachanalytische Diskurse zu führen. Der Begriff der Prozeduralisierung, der mit dem des sprachanalytischen Diskurses verbunden ist, bezieht sich auf die *Form* des epistemischen Zugangs, nicht auf dessen *Gegenstand*. Dass etwas in einer Prozedur epistemisch zugänglich wird, heißt nicht, dass es in der Prozedur hergestellt wird. Die Inferenzen entstehen in der Praxis, aber sie sind als entstandene Erkenntnisgegenstand.“⁴³¹

II. Erkenntnis als Präzisierung der Selbstbeschreibung

a) Bedeutungserkenntnis und Bedeutungsfestsetzung lassen sich nicht klar trennen. Beides ist und bleibt immer personal praktische Angelegenheit. Das heißt, die Differenz von Bedeutungsfeststellung und Bedeutungsherstellung, von der die Diskurstheorie zur Unterscheidung von Rechtsanwendung und Rechtsfortbildung so viel her macht, trifft im Grunde nur zwei Modalitäten der semantischen Praxis. Dann stellt sich natürlich die Frage der Korrektheit der jeweiligen Festlegungen auf einen begrifflichen Gehalt ganz anders.⁴³² Die Antwort liegt nicht in einem Vergleich mit „Wortgebrauchsregeln“. Vielmehr braucht man für eine angemessene Antwort darauf „eine pragmatische Auffassung der Normen“ ohne Wenn und Aber. Das heißt, einen „Begriff der nichthintergehbaren Richtigkeiten der Performanz, die implizit in der Praxis enthalten sind und der expliziten Formulierung von Regeln und Grundsätzen vorausgehen und von dieser vorausgesetzt werden.“ Denn es gibt „eine Art von Richtigkeit, die nicht von expliziten Rechtfertigungen abhängt, eine Richtigkeit der Praxis.“⁴³³ Oder anders, „semantischer“ ausgedrückt: „folgen die Korrektheitsbedingungen nicht aus der Bedeutung von sprachlichen Ausdrücken, die uns anweisen, wie die entsprechenden Ausdrücke zu verwenden sind, sondern umgekehrt: die Bedeutung eines Wortes ist die Art seiner Verwendung und die Korrektheitsbedingungen folgen

⁴³⁰Zu dieser „starken Sprachtheorie der Juristen“ auch *Christensen / Sokolowski*, Wie normativ ist Sprache? Der Richter zwischen Sprechautomat und Sprachgesetzgeber, in: Haß-Zumkehr (Hrsg.) Sprache und Recht. Jahrbuch 2001 des Institut für Deutsche Sprache, 2002, S. 64 ff. (65 ff.).

⁴³¹*Klatt*, Theorie der Wortlautgrenze. Semantische Normativität in der juristischen Argumentation, 2004, S. 234.

⁴³²Dazu *Christensen / Sokolowski*, Wie normativ ist Sprache? Der Richter zwischen Sprechautomat und Sprachgesetzgeber, in: Haß-Zumkehr (Hrsg.) Sprache und Recht. Jahrbuch 2001 des Institut für Deutsche Sprache, 2002, S. 64 ff. (69 ff.).

⁴³³*Brandom*, Expressive Vernunft. Begründung, Repräsentation und diskursive Festlegung, 2000, S. 61.

aus dieser.“⁴³⁴

Man kann es also ‚drehen und wenden, wie man will‘. „Bedeutung“ ist nicht Gegenstand von Erkenntnis sondern Titel bzw. Thema einer reflektierenden Praxis. Jener Praxis nämlich, in der sich Sprecher mittels Bedeutungserklärungen (wie Wittgenstein nachdrücklich betont⁴³⁵) bzw. mittels „Normalformbeschreibungen“ (wie Hilary Putnam folgert) zum Verständnis ihrer Äußerungen einlassen, um dieses zu erläutern, herzustellen oder zu sichern. So besteht die Rede von „Bedeutung“, „nicht darin, ein Objekt auszuzeichnen und mit Bedeutung gleichzusetzen (...), sondern darin, eine Normalform für die Beschreibung einer Bedeutung (d.h. vielmehr einen Normalformtyp) anzugeben. Wenn wir wissen, was eine ‚Normalform-Beschreibung‘ der Bedeutung eines Wortes ist, so wissen wir, finde ich, was Bedeutung *ist* – Bedeutung in einem wissenschaftlich relevanten Sinne.“⁴³⁶ Und so kann man auch nicht „eine Art wissenschaftlicher Untersuchung anstellen (...), um herauszufinden, was das Wort *wirklich* bedeutet“⁴³⁷, so wie es die Diskurstheorie dem sprachanalytischen Diskurs zur Aufgabe machen will. Demgegenüber sollte man nie vergessen’, „dass Wörter die Bedeutungen haben die wir ihnen gegeben haben; und wir geben ihnen Bedeutungen durch Erklärungen.“⁴³⁸ Nichts anderes tut der Jurist, wenn er sich für seine Entscheidung zum Normtext erklärt.

Genau hier setzt dann auch das Explizitmachen des Impliziten im Sinne von Brandom an. Denn die genannte Distanz wird, auch bei der Rechtserzeugung, als das Reklamieren von Festlegungen, das Einfordern von Berechtigungen, das Einklagen diskursiver Verantwortung und die Berufung auf deontische Autorität eröffnet. So wird das Spiel um Richtigkeit und Legitimität dann als eines um den deontischen Kontostand geführt. Dabei sind „es (...) nicht bloße Bestärkungen und Zurückhaltungen von bestimmtem Verhalten, sondern normative Einstellungen der Beteiligten, in denen die Beteiligten ihr Verhalten wechselseitig als korrekt oder inkorrekt beurteilen und sich damit Formen eines normativen Status zusprechen - in Form von Festlegungen, Berechtigungen und verschlossenen Berechtigungen. Verhalten, das für korrekt gehalten wird, wird bestärkt; Verhalten, das für inkorrekt gehalten wird, wird zurückgehalten. Der Maßstab, anhand dessen ein Wesen das Verhalten von anderen für korrekt oder inkorrekt hält, kann zunächst die Gleichheit oder Ungleichheit mit dem eigenen Verhal-

⁴³⁴ Tietz, Normen, Regeln und Interpretationen. Robert Brandoms Projekt einer pragmatischen Theorie der Rationalität – Zwei antinormativistische Einwände und ein Vorschlag zur Güte; in: ders., Vernunft und Verstehen. Perspektiven einer integrativen Hermeneutik, 2004, S. 325 ff. (339).

⁴³⁵ Hier zunächst nur nachdrücklich Wittgenstein, Das Blaue Buch. Werkausgabe Bd. 5, 1984, S. 15 ff.

⁴³⁶ Putnam, Die Bedeutung von „Bedeutung“. 1990, S. 62. Nebenbei bemerkt findet Quine dies auch, wenn er den Bedeutungsbegriff zugunsten einer Rehabilitierung der Lexikographie zurückweist. Vgl. Quine, Unterwegs zur Wahrheit. Konzise Einleitung in die theoretische Philosophie, 1995, §§ 21, 22, 23. Siehe auch ders., Der Begriff des Gebrauchs und sein bedeutungstheoretischer Stellenwert, in: ders., Theorien und Dinge, 1991, S. 61 ff.

⁴³⁷ Wittgenstein, Das Blaue Buch. Werkausgabe Bd. 5, 1984, S. 52.

⁴³⁸ Wittgenstein, ebd., S. 51 f.

ten sein. In einem weiteren Schritt können Sanktionen im normativen Sinne selbst einer Beurteilung unterworfen werden, ob diese Sanktionen korrekt oder inkorrekt sind.⁴³⁹ Der Vorgang der Semantisierung von Normtexten ist so wie alle Verständigung ein komplex produktiver Prozess. Der Sinn und Gehalt von Äußerungen und Texten ergeben sich nicht einfach aus ihnen. In diesem Sinne sagt etwa auch ein Gesetzeswortlaut dem Juristen nicht einfach, was er zu tun und zu lassen hat. Dies hat er unter Aufbietung seiner Kunst für sich herauszufinden.

b) Wenn sich ein Gegenstand der Rechtserkenntnis nicht ausweisen lässt, bleibt für eine pragmatische Analyse nur der Versuch, die Rechtspraxis zu strukturieren. Es geht dabei um die Frage, wie die von den Beteiligten als gemeinsam unterstellte Rechtsquelle des Normtextes ihren Inhalt gewinnt. Die Verknüpfung zwischen Gesetzgeber und Richter darf weder zu stark noch zu schwach gefasst werden. Zu stark wäre es, wenn man vom Gesetzgeber verlangte, alle künftigen Lesarten und damit die Bedeutung seiner Texte im voraus zu determinieren. Diese Forderung des Positivismus der herkömmlichen Lehre scheidet an den sprachlichen Realitäten. Zu schwach gefasst wäre die Verknüpfung andererseits, wenn die Wahl des Ausgangspunkts für die Entscheidung ins freie Belieben des Richters gestellt wäre. Denn der Gesetzgeber kann durch die Vorgabe des Ausgangstextes den schöpferischen Prozess der Rechtsnormsetzung – linguistisch gesehen – nachdrücklich „irritieren“. In diesem Sinn könnte man das Verhältnis zwischen Gesetzgeber und juristischem Entscheider als spezifizierte Form der *strukturellen Kopplung* von Recht und Politik bezeichnen. Zu den Dienstplichten etwa des Richters, den Normtext als Ausgangspunkt zu nehmen, kommen noch die methodenbezogenen Normen der Verfassung und ihre Präzisierung durch die Wissenschaft hinzu. So entsteht eine dreigliedrige Kette zwischen Gesetzgeber, Wissenschaft und Umsetzung, exemplarisch durch die Justiz. Die *Rechtsnorm* als die generelle Bedeutung des geltenden Rechts für „einen Fall wie diesen“ setzt der Richter. Hier ist der Gesetzgeber mit der Determination in aller Regel überfordert. Den Ausgangspunkt seiner Entscheidung muss sich der Richter aber von außen als *Normtext* vorgeben lassen. Andernfalls wäre die Beeinflussung durch den Gesetzgeber als rationaler Kern von Gewaltenteilung und richterlicher Bindung aufgehoben.

Aber auch die weitere Behandlung dieses Ausgangspunktes ist richterlicher Willkür entzogen. Dafür stehen zwei Faktoren: Zum einen eine häufig lange Kette von Vorentscheidungen und zum anderen die Zwänge des Verfahrens. Vernetzung macht eine Entscheidung rational, und erzwungen wird das durch richterliche Dienstplichten und die im Verfahren vorgebrachten Argumente. Zu diesen Zwängen gehören die Pflicht zu rechtlichem Gehör und die Notwendigkeit zur Entscheidung eine Begründung zu schreiben.⁴⁴⁰ Aufgabe des Verfahrens ist nicht die Herstellung von Verständnis, sondern dessen Bewertung. Der Streit

⁴³⁹ *Elsfeld*, Von einer pragmatischen Theorie der Bedeutung zur Philosophie des Geistes, in: Fuhrmann / Olsson (Hrsg.), *Pragmatisch denken*, 2004, S. 147 ff. (156).

⁴⁴⁰ Vgl. ausführlicher Christensen / Kudlich, *Theorie richterlichen Begründens*, 2001, S. 294 ff.

entsteht nicht aus einem Mangel, sondern aus einem Überfluss an Verstehen. Beide Gegenparteien haben das Gesetz je auf ihre Weise durchaus verstanden. Es geht gerade um einen Konflikt einander ausschließender Lesarten desselben Gesetzes. Weil keine Sprache ihr eigenes System vollständig enthalten kann, ist eine versionslose Beschreibung nicht möglich. Wenn man Lesarten der Gesetze vergleicht, geht es also nicht um richtig oder falsch, sondern um besser oder schlechter. Das heißt, im Verfahren müssen die Argumente für die jeweilige Lesart vorgebracht werden und der Gegner kann diese widerlegen oder integrieren.⁴⁴¹ Diese mit der Beseitigung aller Störungen erreichte Transparenz oder Klarheit kann nicht von der Sprache geliefert werden. Sie ist angewiesen auf die Argumentation der Beteiligten und die Arbeit richterlicher Begründung.

So kommt man zur Geltung einer Lesart, ohne die Grundlage richtiger Erkenntnis voraussetzen zu müssen. Es sind also epistemische Evidenzen im Bewusstsein beider Parteien von Anfang an vorhanden. Sie wissen genau, was das Gesetz sagt.⁴⁴² Sie wissen aber nicht, welche Lesart besser ist. An diese Stelle setzt das Verfahren die Argumentation der Beteiligten. Sie müssen einen Streit führen, um diese Frage mit Argumenten zu klären. In der richterlichen Begründung wird an die Stelle der von der Argumentation erschütterten epistemischen Evidenzen eine im Verfahren erzeugte Evidenz gesetzt. Unter dieser Voraussetzung hat das Verfahren seinen Zweck erfüllt. Ob es diesen Zweck erreicht, ist allerdings nicht garantiert. Hier bedarf es der Kunst des Richters. Er muss den Streit der Argumente im Verfahren so gegeneinander setzen, dass die Parteien für seine Begründung arbeiten. Indem jede Partei versucht, die Lesarten der anderen zu erschüttern, kann sich die relativ beste Variante herausbilden. Der Richter muss dies in seiner Entscheidungsbegründung manchmal nur noch aufnehmen.

c) Eine Grenze juristischer Textarbeit ergibt sich so als Relation zwischen mehreren Faktoren: Der vom Gesetzgeber verabschiedete Normtext als Zeichenkette muss Ausgangs- und Zurechnungsgröße der Entscheidung sein. Die von der Wissenschaft entwickelten methodischen Instrumentarien eröffnen Kontexte für die Rechtfertigung von Lesarten. Ausgehend von den methodenbezogenen Normen der Verfassung können diese Kontexte in eine Rangfolge gebracht werden, gleichzeitig sorgt der prozessrechtliche Rahmen des Gerichtsverfahrens für ihre Verendlichung und Vernetzung. Außerdem gibt es zur weiteren Kontrolle den Instanzenzug, unterstützt von der begleitenden Kritik der Wissenschaft am Tun der Gerichte. All diese Faktoren, zusammengenommen, ergeben die Gesetzesbindung. Der Rechtsstaat ist nicht monologisch-richterbezogen, sondern diskursiv-verfahrensbezogen. Er verlässt sich nicht auf einsame Erkenntnis, sondern fordert eine öffentliche Diskussion, in der sich die besseren Argumente

⁴⁴¹Vgl. zu diesen Grundbegriffen der philosophischen Argumentationstheorie: *Wohlrapp*, Argumentative Geltung, in: ders. (Hrsg.), *Wege der Argumentationsforschung*, 1995, S. 280 ff.; *Lueke-Lueken*, Paradigmen einer Philosophie des Argumentierens, in: ders. (Hrsg.), *Formen der Argumentation*, 2000, S. 13 ff. (36 ff.). Zu Übertragung in die juristische Methodik *Christensen / Kudlich*, *Theorie richterlichen Begründens*, 2001, S. 230 ff.

⁴⁴²Dazu *Christensen / Sokolowski*, Die Krise der Kommunikation und die Möglichkeit juristischen Argumentierens, in: *Leich* (Hrsg.), *Recht verhandeln. Argumentieren, Begründen und Entscheiden im Diskurs des Rechts. Die Sprache des Rechts II*, 2005, S. 105 ff.

für die Lesart des Gesetzes durchsetzen sollen.

III. Das Paradox praktischer Normativität

Normativität ist zu verstehen als die von den Teilnehmern des Sprachspiels wechselseitig unterstellten Standards juristischer Professionalität. Der pragmatische Ansatz Robert Brandoms hat gezeigt, dass diese Maßstäbe nicht als feste Größe der Praxis zugrunde liegen, sondern sich als fortlaufende Präzisierung der Selbstbeschreibung der Praxis vollziehen. Also bleibt es eine praktische Aufgabe, diese normativen Standards zu explizieren. Normativität wird von den Teilnehmern der juristischen Kommunikation wechselseitig unterstellt, während über ihren konkreten Inhalt gestritten wird. In diesem Streit formen sich die Standards der juristischen Professionalität genau wie der Markt. Sie funktionieren als Phänomen der dritten Art,⁴⁴³ weder vollkommen geplant noch rein naturwüchsig. Der Markt ist allerdings für die einzelnen Marktteilnehmer trotz aller Anstrengung niemals vollkommen transparent. Es fehlt der archimedische Punkt außerhalb des Geschehens. Dieses Problem stellt sich auch bei den normativen Standards. Sie werden aufgenommen, präzisiert und weiterentwickelt, ohne dass der absolute Standpunkt erreichbar wäre.⁴⁴⁴ Nur dadurch bleiben sie im Streit und das Phänomen der dritten Art erhalten. Solche Vorgaben bedürfen immer der konkreten Beglaubigung. Auch wenn wir über ihren bisherigen Inhalt eine Menge wissen und ständig dazu lernen, behält die Praxis doch das letzte Wort. Sie ist Normen unterworfen, die sie selbst formuliert. Das heißt, ein Urteil muss seine zugrunde gelegte Lesart des Normtextes an der professionellen Kritik ausweisen. So formen die normativen Standards die jeweilige Lesart und damit die angenommene Bedeutung des Normtextes. Aber das Urteil wirkt auch zurück, indem es in die deontische Kontoführung wieder eingeht.

Was die Diskurstheorie nicht hinreichend berücksichtigt, ist die Grundparadoxie von Brandom, dass wir an Normen gebunden sind, die wir selbst machen. Ein solches Paradox muss praktisch entfaltet werden. Dies geschieht dadurch, dass wir uns einig sind über die Existenz der Norm, aber über ihren Inhalt streiten. Zwischen dem „Dass“ der Norm und dem „Was“ ihres Inhalts kann nicht die Erkenntnis, sondern nur die Praxis eine vorläufige Brücke schlagen. Genau wie bei Objektivität ist Normativität kein dem Handeln vorgegebener Maßstab, sondern eine perspektivische Form, welche die Kommunikationsteilnehmer sich gegenseitig unterstellen.

⁴⁴³Zur Sprache als Ordnung der dritten Art vgl. *Christensen / Kudlich*, Theorie richterlichen Begründens, 2001, S. 137 ff. unter Bezug auf *Keller*, Sprachwandel, 1994.

⁴⁴⁴*Stekeler-Weithofer*, Wir halten das Banner der Wahrheit. Zu Herbert Schnädelbachs Lektüre von Brandom, Hegel und anderen ‚Idealisten‘, in: *Allgemeine Zeitschrift für Philosophie* 2 (2004), S. 177 ff. (182, Fn. 10) sagt dazu Folgendes: „Schon Paton im Dialog Parmenides, Aristoteles in seiner berühmten Überlegung zum ‚dritten Menschen‘ und dann wieder Lewis Carroll, Frege, Husserl, Wittgenstein, Heidegger und dann auch Gilbert Ryle haben auf den hier relevanten Vorrang des Könnens (know-how) vor dem expliziten Sagen (know-that) aufmerksam gemacht.“

4. Kapitel: Von der vertikalen zur horizontalen Gesetzesbindung

Ist nun das Ganze des Rechts nicht im Sinne der traditionellen Auffassung eines vertikalen und epistemischen Holismus einer Erkenntnis zugänglich, von der aus auch die einzelnen Einzelprobleme gelöst werden können, sondern „funktioniert“ das Ganze des Rechts im Sinne eines horizontalen und praktischen Holismus nur als Horizont einer praktischen Auseinandersetzung, in der ein Rechtssatz durch die Vernetzung mit vielen anderen und durch den Streit über ihn in einem Verfahren verstanden wird, drängt sich die Frage auf, welche Rolle in einem solchen Modell der Gesetzesbindung zukommen kann.

Gesetzesbindung wird häufig als Bindung an eine Rechtsquelle verstanden. Inzwischen ist anerkannt, dass es sich bei der Quelle um eine Metapher handelt. Auch wird jeder Praktiker sofort bestätigen, dass die Erkenntnis des Rechts aus dem Text des Gesetzes nicht möglich ist. Dazu braucht man ein ganzes Verfahren und eine große Menge weiterer Texte. Häufig wird daraus abgeleitet, im Recht sei eben alles beliebig. Die Entscheidungsdeterminanten lägen im Charakter des Richters, seiner sozialen Herkunft oder seiner politischen Einstellung. Diese Theorie ist noch viel oberflächlicher als der klassische Gesetzespositivismus, den sie kritisieren will. Denn es bleibt bei der Determination durch eine Ebene der Eigentlichkeit hinter dem tatsächlichen Geschehen, und die praktischen Vorgänge bedürfen keiner Beobachtung mehr. An die Stelle dieser Trivialitäten muss man eine Analyse der Praxis setzen. Entscheidungen sind eben nicht beliebig. Wer jemals eine Begründung zu einem Urteil geschrieben hat, weiß, dass eine riesige Anzahl von Anschlusszwängen abgearbeitet werden muss. Das sind die im Verfahren vorgebrachten Argumente, meist eine große Anzahl von Vorentscheidungen, die Kommentare, Gutachten und dies alles muss noch auf das Gesetz bezogen werden. Statt von einem Extrem der Determination ins andere Extrem der Beliebigkeit zu fallen, muss man diese Anschlusszwänge strukturieren. Ausgehend von den Schwächen des gesetzessystematischen Modells muss die tatsächliche Funktionsweise richterlicher Bindung in der Praxis beobachtet werden.

Die herkömmliche Lehre hatte die richterliche Gesetzesbindung als monologische Erkenntnis aus einer vorgeordneten Rechtsquelle stilisiert. Das Urteil muss sich demnach einfügen in eine vertikale Systematik von Prinzipien und Rechtsidee. Ein Neuansatz muss die Gesetzesbindung pragmatisch begreifen als Konstruktion einer Rechtsquelle in einem mehrpoligen Verfahren. Das Urteil fügt sich dann in eine horizontale Systematik ein, bestehend aus Argumenten und Vorentscheidungen.

A. Von der Beobachtung der Rechtsquelle zur Beobachtung des Verfahrens

Gerichte greifen häufig auf eigene Entscheidungen zurück, wenn sie einen Fall lösen. Dieser empirisch gut bestätigte Vorgang⁴⁴⁵ nimmt sogar zu. Auf die herkömmliche Lehre muss dies verstörend wirken. Recht kommt aus dem Gesetz. Es liegt nicht in den Händen der Richter, so weise sie auch sein mögen. An das Gesetz haben sie sich zu halten und nicht an das, was sie selbst daraus gemacht haben. Die aus dem Normtext gezogene Entscheidung soll demnach allenfalls Ergebnis einer Rechtserkenntnis sein und nicht etwa deren Gegenstand. Hinter dieser Delegitimierung der Verwendung der eigenen Rechtsprechung steckt natürlich jene überholte Lehre von der „Auslegung“, die meint, diesen Begriff wörtlich nehmen zu sollen.⁴⁴⁶ Die Entscheidung muss aus dem Behälter des Gesetzes herausgezogen oder ausgelegt werden. Die Gesetzesbindung ist eine Steuerung durch den Normtext statt eine Zurechnung an den Normtext.⁴⁴⁷ Von daher verwundert es nicht, dass dem Verweis auf frühere Rechtsprechung als Argumentationsform in der Methodik der Gerichte von der Literatur bislang wenig Beachtung geschenkt worden ist. Auch neueren Arbeiten setzen sich mit dieser Thematik vielfach kaum auseinander.⁴⁴⁸ Die „tatsächlichen“ Verhältnisse so, wie sie sich in den Befunden der empirischen Untersuchung der Rechtsarbeit niederschlagen, erfordern hier allerdings ein Umdenken. Es ist mittlerweile über Inhaltsanalysen von Gerichtsurteilen empirisch nachgewiesen, dass der Bezug auf die eigene Rechtsprechung in der Arbeit der (insbesondere Ober-) Gerichte eine gewichtige Rolle spielt.

So zeigt etwa eine empirischen Analyse der Entscheidungssammlung des EuGH für den Jahrgang 1999, dass der Verweis auf frühere Rechtsprechung insgesamt 1199-mal verwendet wird und damit die häufigste Argumentationsform ist. Der Verweis auf frühere Rechtsprechung wird in diesen Entscheidungen mehr als doppelt so häufig verwendet wie die grammatikalische Auslegung als zweithäufigste Argumentationsform und mehr als 4-mal so häufig wie die teleologische Auslegung als dritthäufigste Argumentationsform. Der Verweis auf die frühere Rechtsprechung ist lediglich in 38 von 259 Entscheidungen nicht enthalten. Verweis auf frühere Rechtsprechung ist in 154 der 259 Entscheidungen jeweils die häufigste Argumentationsform. Damit ist der Verweis auf frühere Rechtsprechung auch bezogen auf einzelne Entscheidungen die häufigste Argumentationsform.

⁴⁴⁵Vgl. (EuGH) sowie *Kudlich / Christensen*, (BGHSt).

⁴⁴⁶Zu deren Kritik hier nur *Christensen*, Der Richter als Mund des sprechenden Textes. Zur Kritik des gesetzessystematischen Textmodells, in: Friedrich Müller (Hrsg.), *Untersuchungen zur Rechtslinguistik. Interdisziplinäre Studien zu praktischer Semantik und Strukturierender Rechtslehre in Grundfragen der juristischen Methodik*, 1989, S. 27 ff.; sowie im Besonderen im Hinblick auf das Europarecht *Friedrich Müller / Christensen*, *Juristische Methodik. Band II: Europarecht*, 2007.

⁴⁴⁷Zu dieser Unterscheidung *Christensen*, Was heißt Gesetzesbindung? Eine rechtslinguistische Untersuchung, 1989, S. 19, sowie überhaupt ebendort zur Kritik.

⁴⁴⁸Siehe *Anweiler*, Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 1997; *Buck*, Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft, 1998; *Potacs*, Auslegung im öffentlichen Recht, 1994.

Der EuGH stützt seine Argumentation in einer Entscheidung typischer Weise nicht nur einmal, sondern mehrfach auf frühere Rechtsprechung. Der Verweis auf die eigene Rechtsprechung spielt also eine zentrale Rolle.⁴⁴⁹

Es stellt sich damit die Frage nach der Legitimität des Einsatzes des Verweises auf die eigene Rechtsprechung als juristisches Argument. Dabei ist nach den besonderen Funktionen des Selbstbezugs in der Rechtserzeugung zu fragen, um dann realistisch die Risiken und Chancen abzuwägen, die darin liegen.⁴⁵⁰

Ausschlaggebend ist dabei nicht die Art der zur Begründung der Entscheidungen herangezogenen Texte. Zwar spielt unter rechtsstaatlichen Prinzipien die Zurechenbarkeit zum Normtext immer die führende Rolle. Dies aber gilt für jedes juristische Argument, das für eine Begründung von Entscheidungen ins Feld geführt wird. Für die Frage, ob die Begründung stichhaltig ist und die Entscheidung damit gerechtfertigt ist, kann aber nicht die eine Textsorte Gesetz gegen die andere Textsorte Urteil ausgespielt werden. Genau das versucht die herkömmliche Lehre. Für sie rangieren Vorentscheidungen als Quelle für die Rechtserkenntnis erst nach dem Gesetz. Dem Richter soll gewissermaßen erst dann Gehör geschenkt werden, wenn der Gesetzgeber sich in hartnäckiges Schweigen hüllt. Vorentscheidungen sollen erst dann bindend sein, wenn jenseits des Wortlauts der Rückgriff auf den Normtext ins Leere geht und die richterliche Eigenwertung hier gewissermaßen als Joker einspringen muss, um überhaupt zu der geforderten Entscheidung kommen zu können. Diese Sicht verfehlt allerdings schon ganz grundsätzlich die Praxis von Recht. Normativität wird hier

⁴⁴⁹Beispiele dafür finden sich allein im Jahrgang 1999 der Entscheidungssammlung des EuGH zuhauf: In der Vorabentscheidung *Holst-Italia Spa* wird der Sinn und Zweck neben der Gesetzesystematik aus der früheren Rechtsprechung des EuGH abgeleitet (EuGH Slg. 1999, I-8607 ff.). In der Vorabentscheidung *G. C. Allen u.a.* wird die Argumentation im Wesentlichen auf seine frühere Judikatur gestützt (EuGH Slg. 1999, I-8643 ff.). Im Beschluss *CPL Imperial 2* und *Unifrigio* stützt sich der EuGH schwerpunktmäßig auf seine „ständige Rechtsprechung“ (EuGH Slg. 1999, I-8683 ff.). Im Beschluss *HFB u.a.* besteht die Argumentation des Gerichts im Wesentlichen aus Verweisen auf frühere Entscheidungen und ständige Judikatur (EuGH Slg. 1999, I-8705 ff.). Im Beschluss *DSR-Senator Lines* ist der Verweis auf die Rechtsprechung gleichfalls mit der Argumentation des Gerichts weithin identisch (EuGH Slg. 1999, I-8733 ff.). In der Vorabentscheidung *DAT-SCHAUB* geht es um die Auslegung des Begriffs *Drittland*; dabei werden Sinn und Zweck ebenfalls aus der Rechtsprechung hergeleitet (EuGH Slg. 1999, I-8759 ff.). In der Vorabentscheidung *Rhone-Poulenc Rorer* und *May & Baker* wird die Begründung des EuGH ganz überwiegend aus Verweisen auf die Judikatur gespeist (EuGH Slg. 1999, I-8789 ff.). In der Rechtssache *UDL* wird die ständige Praxis des EuGH zur Begründung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes herangezogen (EuGH Slg. 1999, I-8841 ff.). In der Rechtsmittelentscheidung *Wirtschafts- und Sozialausschuss* beruht die Argumentation des Gerichts ganz auf Verweisen auf eigene ständige Rechtsprechung (EuGH Slg. 1999, I-8877 ff.). In der Vorabentscheidung *Everson* und *Barras* wird eine Abgrenzung zu nicht einschlägiger Judikatur vorgenommen (EuGH Slg. 1999, I-8903 ff.). In der Vorabentscheidung *Taylor* besteht die Argumentation überwiegend aus dem Bezug auf frühere Entscheidungen bzw. auf ständige Judikatur (EuGH, Slg. 1999, I-8955 ff.). In der Feststellungsentscheidung *Kommission/Luxemburg* ist der Hinweis auf die Spruchpraxis das einzige Argument; ebenso im Vertragsverletzungsverfahren *Kommission/Luxemburg* (EuGH, Slg. 1999, I-8987 ff, I-9021 ff.).

⁴⁵⁰Ausführlich dazu *Müller / Christensen*, *Juristische Methodik*. Band II: Europarecht, 2003.

als statische Eigenschaft eines Textes verstanden, den man einfach anwenden muss. Das trifft aber auf Gesetzestexte ebenso wenig zu wie auf Urteilstexte. Bindung bedeutet in dem einen wie dem anderen Fall vielmehr, dass der Text nicht einfach argumentativ übergangen werden kann. Vielmehr ist durch ihn als Kontext der Entscheidung eine Richtung gewiesen, in der sich die Argumentation zu bewegen hat, damit das Ergebnis als gerechtfertigt gelten kann.

I. Von der Ontologie zum Verfahren

a) Die Frage, wie zu entscheiden ist, wird von der herkömmlichen Lehre nicht mit der Argumentation im Verfahren beantwortet, sondern ontologisch. Hinter dem Gesetz werden als weitere Instanzen die Prinzipien und die Rechtsidee behauptet. Um sie zu erreichen, hat die traditionelle Lehre den Weg vom Textäußeren zu den inneren Werten des Rechts empfohlen. Ein Gericht darf sich nicht damit begnügen, auf der äußerlichen Ebene Texte zu verknüpfen, sondern muss in die Tiefe vorstoßen.

Hinter dem Gefüge gesetzlicher Anordnungen soll ein weiteres System liegen, zu dem man sich über den bloßen Text hinaus durcharbeiten muss. Es ist das System der Rechtsprinzipien: "Diese herauszufühlen, und von ihnen ausgehend den inneren Zusammenhang und die Art der Verwandtschaft aller juristischen Begriffe und Sätze zu erkennen, gehörte [...] zu den schwierigsten Aufgaben unserer Wissenschaft, ja es ist eigentlich dasjenige, was unserer Arbeit den wissenschaftlichen Charakter giebt."⁴⁵¹ Dabei handelt es sich weder in der historischen Rechtsschule noch in der heutigen Wertungsjurisprudenz bzw. Diskurstheorie um ein unbewegliches oder geschlossenes System,⁴⁵² denn es wird beeinflusst vom Fortgang der Gesetzgebung und dem gesellschaftlichen Wertewandel.⁴⁵³ Die geschilderte Offenheit führt aber nicht in eine kontextuell und praktisch gewendete Semantik des Rechts, sondern die fehlende Schließung wird zu einer epistemischen Aufgabe. Dazu wird die Offenheit der Prinzipien als Mangel definiert: "Bei der Umschreibung des Bedeutungsgehalts der allgemeinen Rechtsgrundsätze gibt es allerdings manche Unsicherheit."⁴⁵⁴ Man kann die Prinzipien⁴⁵⁵ also nicht einfach anwenden, sondern es bedarf einer darüber hinausgehend Wertung.⁴⁵⁶ Diese Notwendigkeit ergibt sich aus dem Konflikt

⁴⁵¹Friedrich Carl von Savigny, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 1840, S. 66.

⁴⁵²Vgl. dazu Canaris, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz: entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts, 1983; vgl. dazu auch Larenz / Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1995, S. 314 ff.

⁴⁵³Vgl. Wilburg, Entwicklung eines beweglichen Systems im Bürgerlichen Recht, 1951; Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 1991; Bydlinski u. a., Das bewegliche System im geltenden und künftigen Recht, 1986.

⁴⁵⁴Vgl. dazu Kramer, Juristische Methodenlehre, 1998, S. 188.

⁴⁵⁵Vgl. grundlegend zu diesem Begriff: Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 1990, mit Klassifikation der Prinzipien S. 87 ff.; sowie Dworkin, Bürgerrechte ernstgenommen, 1984, S. 56 ff.; Alexy, in: Krawietz u. a. (Hrsg.), Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz, 1979, S. 59 ff.; Habermas, Faktizität und Geltung, 1994, S. 254 ff.; Koch / Rüssmann, Juristische Begründungslehre, 1982, S. 97.

⁴⁵⁶Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, 1996, S. 390; Kramer, Juristische Meth-

zwischen verschiedenen Prinzipien:⁴⁵⁷ Diese weitere Wertung entnehmen wir dann aus dem Innersten des inneren Systems, der Rechtsidee, sei diese nun naturrechtlich, neuhegelianisch, wertungsbezogen⁴⁵⁸ oder diskurstheoretisch⁴⁵⁹ bestimmt.

b) Mit dem Abschluss dieser Bewegung nach innen landet man wieder beim Hegel'schen Begriff der Totalität und damit einem vertikalen Holismus: "Geht man 'von unten', dh von den positiven Einzelregeln auf die ihnen zugrunde liegenden Leitgedanken zurück, 'von oben', also von der Rechtsidee zu deren historischen Konkretisierungen in der gegebenen Rechtsgemeinschaft herunter, und lässt sich übereinstimmend aufgrund beider Gedankengänge ein Rechtsgedanke formulieren, so handelt es sich um ein rechtsethisches Prinzip."⁴⁶⁰ Mit der Ausdehnung des Begriffs der Auslegung auch auf einen Fundus an Rechtsprinzipien hat die argumentative Bewegung der klassischen Lehre ihr strategisches Ziel erreicht: Die beschützende Werkstatt des Rechts steht fertig vor uns. Aber diese Lösung hat ihren Preis. Die Frage, wie der Richter auf ein Rechtsproblem noch antworten kann, wenn die scheinbare Objektivität einer Lesart ins Fragliche gleitet, führt nämlich in eine doppelte Schwierigkeit. Zunächst zeigt sich die methodische Unsicherheit, welche Instrumente der Richter eigentlich zur Verfügung hat, um eine Mehrzahl von Varianten miteinander zu vergleichen und die eine von ihnen den anderen vorzuziehen. Zum andern das normative Problem, wie weit sich der Richter mit seiner Argumentation vom Text entfernen darf, ohne die Rolle des Gesetzgebers zu usurpieren.

Der Blick in die Tiefe des Rechts mündet in einen Reflexionsstopp: Die Doppelung von methodischer und normativer Fragestellung wird von der traditionellen Lehre auf ein einziges ontologisches Postulat reduziert: "Es gibt allgemeine Rechtsgrundsätze". Deswegen bestehe kein methodischer Reflexionsbedarf. Es sei nur eine Erkenntnis zu vollziehen. Deshalb gebe es auch kein normatives Problem funktionaler Gewaltenteilung, denn durch die Bindung an diese Grundsätze sei der Richter klar vom Gesetzgeber geschieden.

Diese traditionelle Verdoppelung des Rechts stellt eine degenerative Problemverschiebung dar.⁴⁶¹ Die "Was-ist-Frage" der herkömmlichen Lehre mündet in die argumentative Beliebigkeit von Ontologie. Sie muss deswegen durch die Frage ersetzt werden: Wie funktioniert Rechtsanwendung?⁴⁶² Es geht bei

odenlehre, 1998, S. 188.

⁴⁵⁷Vgl. dazu *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1985, S. 143 ff., sowie *ders.*, Theorie der juristischen Argumentation, 1996, S. 390 („Prinzipien sind normative Aussagen so hoher Generalitätsstufen, dass sie in der Regel nicht ohne Hinzunahme weiterer normativer Prämissen angewendet werden können und meistens durch andere Prinzipien Einschränkungen erfahren.“).

⁴⁵⁸Vgl. dazu *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 1991, S. 131 f., 297 ff.

⁴⁵⁹Vgl. dazu *Alexy*, Begriff und Geltung des Rechts, 1994, S. 201 f.

⁴⁶⁰Vgl. dazu *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 1991, S. 133.

⁴⁶¹Vgl. dazu *Lakatos*, Falsifikation und die Methodologie wissenschaftlicher Forschungsprogramme, in: *ders./Musgrave*. (Hrsg.), Kritik und Erkenntnisfortschritt, 1974, S. 89 ff., 113 ff.

⁴⁶²Die Ersetzung der "Was-ist-Fragen" durch die "Wie-funktioniert-es-Fragen", ist eines der

dieser nicht um die Explikation einer im Text schon vorgegebenen Rechtsnorm. Eher handelt es sich um eine "Komplikation", das heißt eine Verschiebung von Text und Leser durch einen neuen Fall. Der Richter erkennt nicht die Rechtsnorm. Er konstruiert sie. Um diese Konstruktion sichtbar zu machen, darf in den Text als Ausgangspunkt der richterlichen Tätigkeit nicht schon das Hineingelegt werden, was erst noch erzeugt werden muss: die Bedeutung.

Die *Problemstellung* ist in der Wissenschaft die alles entscheidende Ebene. In der wissenschaftstheoretischen Diskussion hat der französische Philosoph *Deleuze* sogar vorgeschlagen, das Wahrheitskriterium in das Problem selbst hinein zu verlegen.⁴⁶³ Er will damit betonen, dass es zunächst nicht darum geht, ob eine Problemlösung richtig oder falsch ist; sondern darum, das Problem zu finden und es in den Begriffen, in denen es gelöst werden kann, zu stellen. Die Frage nach der Struktur von praktischer Rechtskonkretisierung ist zu unterschiedlich von Ontologie und Rechtsquellenlehre, um auf deren Ebene richtig gestellt werden zu können. Es gibt dort nur Erkenntnis/Nichterkenntnis bzw. richtig/falsch; und man bräuchte einen privilegierten Zugang zur Realität, um diese Alternativen zu entscheiden. Eine im Ergebnis offene Diskussion über unterschiedliche Auffassungen ist dann nicht möglich.

II. Von der restringierten zur reflexiven Beobachtung der Rechtspraxis

a) Entgegen der Praxis der Gerichte verharret die Literatur im Modell einer Gegenstandserkenntnis. Damit reduziert sie die Praxis auf den „Spiegel der Natur“. Beobachtung eben auf den abbildenden Reflex. Die Arbeit des Juristen wird damit als eine Beobachtung erster Ordnung von Recht bestimmt. Die Beobachtung soll sich auf „das Gesetz“ beziehen, um Recht als eine in ihm enthaltene Bedeutung „sichtbar“ zu machen. Eine solche Modellierung als einem passiven Wahrnehmungsorgan hält jedoch der Realität einer äußerst aktiven Rolle der Gerichte bei der Schaffung des Rechts nicht stand. Die Literatur reagiert darauf mit dem bekannten Reflex einer Kritik der richterlichen Rechtsfortbildung.⁴⁶⁴

Auslegen wird von der Literatur dabei als Erkennen des normativen Gehalts von geschriebenen Rechtsvorschriften verstanden.⁴⁶⁵ „Practical interpretation may define as an activity designed to clarify the text of a written manifestation of law and to recognize its sense with a view to its application to the realities of

grundlegenden Anliegen der Hermeneutik und wird etwa in der Arbeit von Jochen Hörisch betont. Vgl. dazu *Hörisch, J.*, Die Wut des Verstehens, in: *Der blaue Reiter* 1998/2, S. 60 ff., 67.

⁴⁶³ *Deleuze*, Bergson zur Einführung, 1989, S. 25.

⁴⁶⁴ Vgl. etwa *Schock*, Individualrechtsschutz im deutschen Umweltrecht unter dem Einfluss des Gemeinschaftsrechts, in: *NVwZ* 1999, S. 457 ff., 459 m.w.N.

⁴⁶⁵ Vgl. *Bernhardt*, Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge, insbesondere in der neueren Rechtsprechung internationaler Gerichte, in: *ZaöRV* 49 (1963), S. 1 ff., 17; *Blank*, Europäische Fusionskontrolle im Rahmen der Art. 85, 86 des EWG-Vertrages, 1991, S. 89.

daily life and practice.”⁴⁶⁶ Dies soll jedoch keinerlei Rechtschöpfung im Sinne einer irgendwie gearteten gesetzgeberischen Aktivität sein. Vielmehr lässt sich der Jurist hier lediglich von jenen Rechtsprinzipien leiten, nach denen der Normtext geschaffen wurde, auf deren Linie daher sein vorgeblicher Rechtsgehalt liegt und die damit vorzeichnen, was sozusagen „eigentlich“ hätte im Text stehen können. Die Rechtsprinzipien springen somit als Gegenstand der Erkenntnis dort in die Bresche, wo die Bedeutung des Normtextes eine „Lücke“ aufweist und sich einer so umstandslosen Erkenntnis von Recht versagt. „Eine Lücke ist eine Unterbrechung in einem Text oder in einer Serie, eine leere Stelle in einem Ganzen, also das, was fehlt, um den Text zu vervollständigen. Der Lückenbegriff dient in der juristischen Methodenlehre dazu, die Befugnis oder sogar Verpflichtung des Richters zu umschreiben, auch dann eine Rechtsfrage zu beantworten, wenn das anwendbare Normensystem keine ausdrückliche Regelung enthält.“⁴⁶⁷

Am Grundverhältnis einer Erkenntnis ändert sich für die herkömmliche Ansicht dadurch nichts. Sie verlagert lediglich ihren Gegenstandsbezug: „Unter dem Begriff der Auslegung in seinem allgemeinsten Sinne kann verstanden werden, etwas Unklarem eine klare Bedeutung zu geben, d.h. seinen Sinn klarzustellen, seine Tragweite zu bestimmen und Grenzen und Auswirkungen herauszustellen. Bildlich ausgedrückt soll durch die Auslegung der in dem Gesetzestext beschlossene, aber noch gleichsam verhüllte Sinn ‚zur Sprache gebracht‘ werden. In diesem Sinne ist das Produkt der Auslegung im Objekt von vornherein enthalten, muss jedoch noch methodisch herausgearbeitet werden. Kennzeichnend für die Auslegung ist demnach nicht, dass dem Normtext etwas hinzugefügt wird, sondern dass ihr Ziel auf die maßgeblich relevanten Sinngehalte gerichtet ist.“⁴⁶⁸

Demnach richtet sich also so oder so die „Rechtserkenntnis“ nicht etwa auf das Textexemplar, auf die Zeichenkette, die als Ausdruck von Recht in Geltung gesetzt ist und die durch die Argumentation im Verfahren mit Bedeutung zu versehen ist. Vielmehr soll sich die Erkenntnis schon auf eine solche Bedeutung, auf das vorgeblich im Text enthaltene Recht richten. Die Bedeutung als Recht wird also schlicht erkannt und nicht etwa als eine dem Text auf dem Weg der Argumentation vom Juristen zugeschrieben und damit aktuell erst wieder erzeugt. Dies führt dann zu einer Definitionen der Rechtsarbeit, nach der der „Gegenstand der Auslegung (...) der Gesetzestext als Träger dieses normativen Sinnes (ist). Der Gesetzestext selbst ist nicht mit dem normativen Sinn gleichzusetzen, sondern dieser liegt sozusagen ‚hinter‘ dem Text als das von den Zeichen und

⁴⁶⁶ *Bos*, Theory and practice of treaty interpretation, in: NILR 27 (1980), S. 3 ff., 15. Weiter auch *G. Peruzzo*, Das Problem der implied powers der Organe der Europäischen Gemeinschaften, 1979, S. 39.

⁴⁶⁷ *Anweiler*, Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 1997, S. 52.

⁴⁶⁸ *Buck*, Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft, 1998, S. 29, unter ausdrücklichem Bezug auf den Ansatz bei *Larenz / Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft. 1995. Zum Problem im Engeren auch *Larenz*, Richterliche Rechtsfortbildung als methodisches Problem, in: NJW 1965, S. 1 ff.

Zeichenverbindungen, die den Wortlaut bilden, Bezeichnete.”⁴⁶⁹ Die Rede vom „Bezeichneten“ ist hier verräterisch. Sie zeigt, dass sich diese Position schon selbst hintergangen hat. Mit der Bezeichnung ist Beobachtung bereits als Unterscheidung vollzogen. Das System in Gestalt des Juristen als Beobachter hat den Text bereits als Recht ausdifferenziert. Wenn dies als „Auslegen“ wiederum unterschieden werden soll, dann kann es sich dabei nurmehr um die Beobachtung einer Beobachtung von Recht handeln. Der Text wird dabei als Gegenstand gesetzt und seine Beobachtung als Spiegelung gefasst. Diese Verkleidung immunisiert zwar gegen Kritik. Aber sie verfehlt die Praxis und kann die dort eingehaltenen Bindungen nicht sichtbar machen. Auslegen ist Beobachtung zweiter Ordnung dort, wo sie als eine der ersten Ordnung ausgegeben werden soll.

b) Genau hier hat dann auch die Theorie anzusetzen, wenn sie zu einer angemessenen Beurteilung der Rolle des Verweises auf die eigene Rechtsprechung für die Arbeit der Gerichte kommen will. Ihre Aufgabe ist es, durch Beobachtung die Struktur erfolgreicher Praxis von Recht zu konstruieren. Ihr Gegenstand ist das sprachliche Handeln der Juristen. Und ihr Maßstab sind die der Praxis immanenten rechtsstaatlichen Anforderungen. Damit wird eine Beobachtung erster Ordnung ersetzt durch eine Beobachtung zweiter Ordnung. Was aber heißt „Beobachtung“ hier? Und wie tritt sie in eine „erste und zweite Ordnung“ auseinander?

Beheimatet ist die Unterscheidung zwischen dem Beobachter erster und dem zweiter Ordnung in der Systemtheorie und dem Konstruktivismus.⁴⁷⁰ Wenn wir uns in unserer Welt bewegen, so setzen wir uns nicht nur unmittelbar zu dieser ins Verhältnis. Vielmehr gehen wir dabei immer auch ein reflexives Verhältnis zu uns selbst ein, indem wir uns gewärtig sind, was wir dabei tun und wie wir es tun. Dies begreifen Systemtheorie und Konstruktivismus als „Beobachtung“. Beobachten heißt für sie, in Relation stehen. Ist es eine zur Welt, so handelt es sich um eine Beobachtung erster Ordnung. Steht der Beobachter dagegen zu dieser Beobachtung wiederum in Beziehung, und das heißt zu sich selbst, dann handelt es sich um eine Beobachtung zweiter Ordnung.⁴⁷¹

⁴⁶⁹ *Anweiler*, Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 1997, S. 26.

⁴⁷⁰ Siehe zur Systemtheorie *Luhmann*, Soziologische Aufklärung. 1990; *Luhmann*, Die Kunst der Gesellschaft, 1997; *Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, 1997. Luhmann schließt mit dem Konzept des Beobachters an an *Spencer-Brown*, Gesetze der Form, 1997. Zum Konstruktivismus *Maturana*, Erkennen: Die Organisation und Verkörperung von Wirklichkeit, 1982; sowie die Arbeiten in: *Maturana / Varela*, Der Baum der Erkenntnis. Ausgewählte Arbeiten zur biologischen Epistemologie, 1987. Weiter auch *Siegfried J. Schmidt*, Kognitive Autonomie und soziale Orientierung. Konstruktivistische Bemerkungen zum Zusammenhang von Kognition, Kommunikation, Medien und Kultur. 1994; *Glaserfeld*, Radikaler Konstruktivismus. Ideen, Ergebnisse, Probleme, 1997. Zum Ursprung des Konzepts auch in der Kybernetik *Foerster*, Observing Systems, Seaside 1981; ders., Sicht und Einsicht. Versuche zu einer operativen Erkenntnistheorie, 1985.

⁴⁷¹ Dazu *Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, 1997, S. 46 ff. Die Rede von der „Beobachtung“ könnte allerdings einem zweifachen Missverständnis ausgesetzt sein. Erstens könnte man sie als ein Verhältnis der reinen Wahrnehmung, eines Spiegels des Beobachteten aufzufassen. Zweitens könnte man dieses Verhältnis als ein rein passives betrachten. Wollte

Beobachten ist Unterscheiden. Durch die Beobachtung zieht das System, das sich ins Verhältnis zum Beobachteten setzt, in diese Demarkationen ein. Diese Ausgrenzung des Objekts, bzw. zum Objekt wird dabei in seiner Bezeichnung festgemacht und wird so im wahrsten Sinne des Wortes greifbar. Beobachten ist Unterscheiden, um zu bezeichnen. Dadurch wird die Umwelt für das System in Objekte ausdifferenziert, bei denen es sich wiederum um andere Systeme handeln kann, zu denen es sich so abgrenzt. Unterscheidungen ergeben sich aber nie einfach. Unterscheidungen müssen getroffen werden. Und das heißt nichts anderes, als dass Beobachtungen Operationen eines Systems sind. Maßnahmen des Systems, sich die Umwelt auszubuchstabieren und so zugleich sich zur Umwelt abzusetzen. Beobachtung ist die Operation des Unterscheidens, um zu bezeichnen. Dabei sollte das „Bezeichnen“ nicht allzu eng semiotisch als reine Designation verstanden werden.⁴⁷² Vielmehr geht es lediglich darum, dass das System die von ihm durch die Beobachtung gesetzte Differenz in sich selbst hineinnehmen und markieren muss, damit sie ihm verfügbar ist. Beobachtet etwa das System Recht die ihm mit dem Fall entgegentretende soziale Welt, so trifft es beispielsweise in einer Ausgrenzung des Normbereichs die ihm nötigen Unterscheidungen und hält diese signifikant in der Markierung als rechtsrelevant fest. Es nimmt auf dem Wege der Differenzierung über deren „Bezeichnung“ die beobachtete Umwelt in sich hinein.

Beobachten heißt unterscheiden, um etwas als genau dieses und nichts anderes zu bezeichnen. Was in diesem Verhältnis nun gerade nicht „sichtbar“ wird nicht signifikant in Erscheinung tritt, das ist die Beobachtung. Denn die besteht genau in diesem Verhältnis und in nichts anderem. Eine Unterscheidung unterscheidet sich nicht zugleich als eine solche. Sie unterscheidet, Punktum. Die Operation operiert nicht zugleich über sich. Sie operiert, Punktum. Und die Bezeichnung bezeichnet nicht zugleich sich. Sie bezeichnet etwas, allenfalls noch für jemanden. Dies nicht zu sehen, führt genau in die in Augen der Systemtheorie klassischen „alteuropäischen“ Paradoxien wie etwa in das des verlogenen Kreters.⁴⁷³ Was also bei der Beobachtung „verschwindet“, in ihr gewissermaßen aufgeht, das ist der Beobachter. Er ist der „blinde Fleck“ der Beobachtung genau so wie, um doch noch einmal die leitende Grundmetapher zu bemühen, sich das Auge nicht

man so das Konzept von der Beobachtung auf das Recht übertragen, so würde man damit genau wieder dem verfehlten Modell einer Erkenntnis des Rechts aus dem Gesetz oder Urteil verfallen. Recht geriete zu etwas, das vorhanden sei und für eine Beobachtung dann „sichtbar“ würde. Der Jurist als ein durch das alltagsweltliche Verständnis fehlgeleiteter Beobachter geriete quasi zum Spiegel eines im Normtext enthaltenen Rechts. So verhält es sich aber im Recht gerade nicht. Und auch das Verhältnis der Beobachtung gleich welcher Ordnung, so wie es die Systemtheorie und der Konstruktivismus sehen, meint keineswegs das eines des passiven Reflexes. Vielmehr schaffen wir durch die Beobachtung unsere Welt und in der zweiten Ordnung dann natürlich ganz entsprechend auch uns selbst als diejenigen, die in dieser Welt sind. Traditionell könnte man schlicht sagen, wir machen so in jeder Hinsicht Sinn.

⁴⁷²Eingehender zu Systemtheorie und Sprache *Hafen*, Systemtheorie als Sprachtheorie, unter: www.fen.ch/texte/mh_sprache.pdf.

⁴⁷³Vgl. *Füllsack*, Oszillieren zwischen erster und zweiter Ordnung als Abschlussgedanke. Oder: *Luhmann* beobachtet wie Habermas sich (über ihn) verständigt (1998), unter: <http://mailbox.univie.ac.at/~fuellsm9/oszil.html>.

beim Sehen sieht, sondern schlicht wahrnimmt.⁴⁷⁴ Der Beobachter „besteht“ also in nichts anderem als im Vollzug der Beobachtung. Das mag im Übrigen die positivistische Illusion eines sich aus dem Text ergebenden Rechts etwas erklärlicher machen. Der Jurist belässt es hier einfach mit seinem Aufgehen im Akt des Beobachtens und etikettiert diese Blindheit dann als „Rechtserkenntnis“.

c) Im Grunde genommen hat der Jurist aber die Blindheit schon hintergangen, auf die es ihm als gestandenem Positivisten ankommt, um sein Wirken zu verbergen. Denn damit ist bereits der Übergang zur Beobachtung zweiter Ordnung vollzogen. Diese nämlich beobachtet, was der Beobachtung erster Ordnung entgehen muss: den Beobachter. Wenn gesagt wurde, dass „Gegenstand“, Ziel der Beobachtung alles sein kann, sofern nur unterschieden wird, dann kann dies eben auch der Beobachter sein. „Von sich aus“ kann sich nichts der Beobachtung verwehren, weil es ohne Beobachtung ein solches „es“ gar nicht gibt. Also ist auch die Operation des Unterscheidens der Beobachtung zugänglich.⁴⁷⁵ Wohlgemerkt: In ihrem Vollzug bemerkt sie selbst sich nicht. Es bedarf dazu wiederum der Beobachtung und das heißt, des Vollzugs einer Unterscheidung, nun der in der Beobachtung erster Ordnung vorgenommenen Differenzierungen, um diese zu bezeichnen.

Der Positivist beobachtet also gar nicht „Recht“, wenn er von einer Rechtserkenntnis redet. Er stilisiert oder beobachtet seine Beobachtung als „Erkenntnis“. Er beobachtet also genau sich als den Juristen, den er durch die Apostrophierung seiner Arbeit als „Rechtserkenntnis“ vergessen machen wollte. Was der Beobachter zweiter Ordnung also generell beobachtet, das ist jene Unterscheidung, die sich die Beobachtung erster Ordnung setzt. Er beobachtet, wie beobachtet wird. Der Beobachter zweiter Ordnung von Recht also beobachtet die Unterscheidungen, die die Beobachtung von Recht ausmachen und dieses damit als Differenz ins Werk setzen. Damit geht nun aber keine Metaaufstufung im herkömmlichen Sinne einher. Die Beobachtung zweiter Ordnung wendet sich reflexiv zurück an die Beobachtung erster Ordnung. Dabei, und das ist die entscheidende Pointe, schafft sie wiederum jene Unterscheidung erst als eine solche, in der die Bezeichnung einer Differenz durch die Beobachtung erster Ordnung beruht. Sie schafft etwa eine Unterscheidung Recht/Unrecht dort, wo der Jurist das ihm aufgetragene Problem in einer Reihe von Differenzen als Rechtsfall geschaffen hat. Und wenn man sich gewärtig hält, dass Beobachten heißt zu operieren, dann ist man hier mit der Beobachtung zweiter Ordnung eben genau da, wo eine avancierte Rechtstheorie die „Quelle“ von Recht sieht. Bei der Bezeichnung, beim Prozessieren jener Unterscheidungen, in denen Recht als

⁴⁷⁴Diese Figurierung des „Gesichtsfeldes“ im Übrigen schon bei *Wittgenstein*, *Tractatus logico-philosophicus*. Logisch-philosophische Abhandlung. Werkausgabe Band 1, 1984, 5.632 ff. Und wenn er dazu vermerkt, dass „das Subjekt (...) nicht zur Welt (gehört), sondern (...) eine Grenze der Welt (ist)“, dann bedeutet er damit schon den guten Sinn des konservativ so viel beklagten ‚Tod des Menschen‘ in der modernen Systemtheorie, aber auch der Postmoderne. Siehe dann auch B. Pörksen, Wir sehen nicht, dass wir nicht sehen, in: *Telepolis*. Magazin der Netzkultur, unter: <http://www.heise.de/tp/deutsch/special/robo/6240/1.html>.

⁴⁷⁵Natürlich handelt es sich dabei, wie Luhmann selbst sagt, um einen „extrem formalen Begriff des Beobachtens“. *Luhmann*, *Soziologische Aufklärung*. 1990, S. 73.

Beobachter auf den Plan tritt. Für den Beobachter zweiter Ordnung gilt dabei dasselbe wie für den erster Ordnung. Er schafft sich in der Beobachtung des Beobachtens, aber vermag sich dabei nicht zu sehen. Auch er ist blind für sich selbst. Und auch er kann nur unter dieser Voraussetzung seine Unterscheidungen ins Werk setzen. Was ins Rampenlicht der Beobachtung gesetzt werden soll, vermag sich nur gegen das umgebende Dunkel abzusetzen.

d) Die Frage, die dadurch natürlich provoziert wird, ist die nach einem Beobachter, der dies beobachtet, nach dem der dritten Ordnung. Und sie ist als eine Frage nach einem Beobachter zugleich auch schon wieder müßig. Denn alles, was dieser leisten kann, ist, eine Unterscheidung zu bezeichnen um den Preis, dies nur tun zu können, indem die Beobachtung für sich selbst blind bleibt. Daher löst sich jene Selbstbeobachtung der Beobachtung, die zunächst nach einem infiniten Regress aussieht, in ein sich an sich fortsetzendes Prozessieren von Beobachtung auf. Indem fortgesetzt beobachtet wird, entzieht sich die Beobachtung und macht in Gestalt der Unterscheidung, die sie setzt, eine weitere Beobachtung nicht nur nötig, sondern auch möglich. Die Beobachtung der Beobachtung verfängt sich daher nicht zirkulär und stuft nicht hierarchisch auf. Sie iteriert Beobachten und schiebt dabei eine letzte Beobachtung des Beobachtens selbst auf. Juristen ist dies durchaus geläufig. Denn nichts anderes ist das Problem der Gerechtigkeit. Sie ist der von der Beobachtung von Recht immer nur wieder aufschiebbare eigene Grund.⁴⁷⁶

Ein Gericht wie der EuGH „sieht“ das im Übrigen, wenn etwa das in der Rechtssache „Humblet“⁴⁷⁷ juristisch argumentativ begründete Ergebnis an der Gerechtigkeit nur noch bestätigt wird: „Zu den vorstehend dargelegten Gesichtspunkten tritt noch ein weiterer entscheidender Grund hinzu, nämlich der Umstand, dass die vollständige Befreiung von nationalen Steuern unerlässlich ist, um die Gleichheit der Gehälter im Verhältnis zwischen Beamten verschiedener Nationalität zu gewährleisten. Es wäre in höchstem Maße ungerecht, wenn zwei Beamte, für die das Gemeinschaftsorgan dasselbe Bruttogehalt festgesetzt hat, unterschiedliche Nettogehälter bezögen.“⁴⁷⁸ Ansonsten ist das Gerechtigkeits- oder Billigkeitsargument⁴⁷⁹ beim EuGH ein Anreiz für weitere Argumentation. Wenn der Aspekt der Gerechtigkeit das bisher erarbeitete Ergebnis nicht bestätigt, dann bedarf es eben zusätzlicher Argumente. „Die Gerechtigkeit“ wird aber nicht selbst zum entscheidenden Argument. „Gerechtigkeit“ als das Rechtliche an Recht lässt sich also nur „herstellen“, indem man wiederum in der Beobachtung von Recht Recht schafft.

⁴⁷⁶Dazu *Christensen / Sokolowski*, Die Krise der Kommunikation und die Möglichkeit juristischen Argumentierens, in: Lerch (Hrsg.), *Recht verhandeln. Argumentieren, Begründen und Entscheiden im Diskurs des Rechts. Die Sprache des Rechts*, Band 2, 2005, S. 105 ff.

⁴⁷⁷EuGH Slg. 1960, S. 1163 ff. (Humblet/Belgischen Staat).

⁴⁷⁸EuGH Slg. 1960, S. 1163 ff., 1196 f. (Humblet/Belgischen Staat).

⁴⁷⁹Vgl. als weitere Nachweise dieses Arguments EuGH Slg. 1964, S. 937 ff., 986 (Colotd/EuGH); EuGH Slg. 1969, S. 1 ff., 15 (Wilhelm/Bundeskartellamt); EuGH Slg. 1972, S. 1281 ff., 1290 (Boehringer/Kommission); EuGH Slg. 1978, S. 169 ff., 179 (Lührs/Hauptzollamt Hamburg-Jonas); EuGH Slg. 1976, S. 153 ff., 159 (Süddeutsche Zucker/Hauptzollamt Mannheim); EuGH Slg. 1982, S. 749 ff., 763 (Alpha Steel/Kommission).

Jede Beobachtung der Verfertigung von Recht kann selbst wieder nur Recht als diese Beobachtung verfertigen.

e) Damit wird ganz allgemein ein letzter, hier am Begriff der Beobachtung hervorzuhebender Zug sichtbar. Beobachtung schafft das von ihr Beobachtete durch die Operation des Beobachtens. Die Beobachtung der ersten Ordnung schafft durch die Unterscheidung, die sie setzt, die Welt, in die diese Unterscheidung eingezogen wird. Diejenige der zweiten Ordnung schafft durch die Bezeichnung dieser Operation der Unterscheidung den Beobachter, der sie in die Welt einzieht. Damit ist nichts anderes als das von der Systemtheorie apostrophierte Grundmoment der Autopoiesis bezeichnet. Und hier trifft sich der Begriff der Beobachtung zugleich auch mit dem Konstruktivismus. Beobachten heißt nicht auf eine Realität Bezug zu nehmen. Weder auf eine der „Außenwelt“, noch auf eine der „Innenwelt“ eines beobachtenden Subjekts. Vielmehr ist „der Beobachter (...) eine per Unterscheiden errechnete, Unterscheidungen verwendende, rekursiv geschlossene Wirklichkeitserrechnungsmaschine, die sich selbst die Vorstellung der Unterscheidbarkeit von Beobachter und Beobachtetem (z.B. Welt oder Gesellschaft) erzeugt. Er muss so tun, als ob er zwischen Selbst und Fremdreferenz unterscheiden könne, aber diese Unterscheidung bleibt selbstverständlich ein ausschließlich internes Konstrukt. Aller Beobachtung liegt diese Unterscheidung zu Grunde. Er (der Beobachter) ist ‚nur‘ imstande, via Beobachtung eine Wirklichkeit zu erzeugen, deren Tauglichkeit (ehemals: Wahrheit, Richtigkeit, Kongruenz, Korrespondenz, Kohärenz etc.) er wiederum nicht an der Realität messen kann.“⁴⁸⁰

Durch die Beobachtung als Konstruktion des Beobachteten werden jene Wirklichkeitsentwürfe formuliert, die sich dann im diskursiven Austausch zu einer dem kommunizierenden System eigenen Realität verdichten oder aber einem Wandel unterworfen sind.⁴⁸¹ Wichtig dabei ist, dass damit keine Aussagen mehr über Existenzen gemacht werden. Diese sind obsolet. Alles, was es „gibt“, ist dank Beobachtung gegeben. Und alle „Erkenntnis“ des sich so gebenden heißt Beobachten. Wenn man also unbedingt von solcher „Erkenntnis“ reden möchte, dann kann dies nur die Konstruktion durch Beobachtung meinen. Das betrifft eine „Erkenntnis von Recht“ ebenso wie jede andere „Erkenntnis“ der Welt und der seiner selbst. Auch dies weiß der Jurist im Grunde genommen. Durch seine Arbeit am Text als Beobachtung von Recht schafft er dieses, indem er dem Text solche Bedeutung zuschreibt. Zugleich schafft er sich als einen Beobachter von Recht, indem er mit der Begründungsleistung für seine Rechtserzeugung diese als eine gelungen legitime darstellt und so als Recht bezeichnenbar macht.

⁴⁸⁰ *Bardmann*, Zirkularität als Standpunkt. Ein Essay zu Heinz von Foerster: Wissen und Gewissen. Versuch einer Brücke, in: *Soziologische Revue* 17, 1994, S. 298 ff., 301. Der recht technische Jargon erklärt sich daraus, dass Bardmann sich hier auf die Kybernetik von Foerstern bezieht. Siehe *Foerster*, Das Konstruieren einer Wirklichkeit, in: Watzlawick (Hrsg.): *Die erfundene Wirklichkeit. Wie wissen wir, was wir zu wissen glauben?*, 1985, S. 37 ff.; sowie *Foerster*, Über das Konstruieren von Wirklichkeiten, in: ders., *Wissen und Gewissen. Versuch einer Brücke*, 1993, S. 25 ff.

⁴⁸¹ Dazu *Siegfried. J. Schmidt*, Kognitive Autonomie und soziale Orientierung, 1994; sowie die Beiträge in: ders. (Hrsg.), *Der Diskurs des Radikalen Konstruktivismus*, 1987.

f)Die Praxis ist bei der Rechtserzeugung durchaus an Text gebunden. Durch den Bezug auf jene Texte, die vom Gesetzgeber in Geltung gesetzt sind, definiert sich das Gericht überhaupt als Beobachter von Recht. Man könnte ja für die Entscheidung von Streitfällen auch ganz anderen Text lesen, von der Bibel über einfühlsame psychologische Ratschläge bis hin zu chinesischen Spruchweisheiten. Und man könnte umgekehrt Gesetze auch ganz anders lesen denn als eine bindende Grundlage für die Entscheidung von Streitfällen. Als Beispiele besonders misslungenen Kommunikationsbemühens etwa oder aber, wie es die Brüder Grimm mit den überlieferten Rechtsquellen getan haben, als Dokumente vergangener Sprachzustände des Deutschen und Reservoir für lexikologische Forschungen. Der Jurist also „legt“ damit schon einmal in einem ganz anderen Sinne „aus“, wenn er „das Gesetz“ mit seinen spezifischen Zwecken zur Hand nimmt. Indem er sich nämlich auf die entsprechenden Texte als Normtexte, als normativ rechtlich relevante Texte bezieht, zieht er eine erste entscheidende Differenz in die Masse von Text ein. Und indem er sich bezieht, externalisiert er die entsprechenden Texte zum Angriffspunkt für eine Lektüre als Recht. Er „macht“ sie in einem ganz buchstäblichen Sinne zu einem Gegenstand für die Entscheidungsfindung im anstehenden Rechtsfall. Er gibt ihnen eine Bedeutung als Recht. Was hier als Normtext beobachtet wird, ist also bereits Unterscheidung, d. h. Beobachtung von Beobachtung. Nämlich eine Demarkation von Text als juristisch einschlägig. Denn diese Differenz zu ziehen, liegt bei Licht gesehen gar nicht in der Hand des entscheidenden Juristen, in der Hand der Gerichte. Sie wird gesellschaftlich durch die entsprechenden autoritativen Mechanismen der Textsetzung getroffen, dem Juristen also als Unterscheidung auferlegt. Genau darin etabliert sich die Gewaltenteilung. Vom entscheidenden Juristen als Beobachter dieser Scheidung darf sie nur „nachvollzogen“ werden. Und der Jurist muss dies auch tun. Darin liegt das Moment der Bindung. Er kann nicht auf die Idee kommen, plötzlich eine Stelle aus der Bibel oder dem Koran als einschlägigen Rechtssatz aufzunehmen.

Der Jurist muss also zugleich auch die Beobachtung der hier in Rede stehenden Unterscheidung prozessieren, da ohne diese die Rechtlichkeit von Text wieder in das Amorphe der Buchstabenreihungen zurückfällt. Bei Gesetzeswerken mag diese Notwendigkeit so selbstverständlich sein, dass sie keiner Rede mehr wert ist. Dies trifft umso mehr auf die kontinentalen Systeme von Recht zu. Aber dies ist nichts anderes als die Blindheit des Beobachters für das Beobachten. Beobachtung tritt als Unterscheidung auf und vermag auch nur so das Innen gegen ein Außen abzusetzen.

Das Problem richterlicher Rechtserzeugung kann nicht richtig gestellt werden, solange man als Gegenstand der Textarbeit die objektive Bedeutung angibt. Die so genannte „vertikale Auslegung“⁴⁸² soll ins Innere des Rechts führen. Aber die Abfahrt nach innen funktioniert in der Praxis nicht. Das Recht versammelt sich nicht zu einem inneren Wesen. Man findet statt dessen nur eine Vielzahl

⁴⁸²*Bleckmann*, Die systematische Auslegung im europäischen Gemeinschaftsrecht, in: ders., Studien zum Europäischen Gemeinschaftsrecht, 1986, S. 41 ff., 44.

weiterer Normtexte auf derselben oder einer anderen Regelungsebene. Keine dieser Normen stellt die zentrale Steuerungseinheit oder den Gesamtsinn dar, sondern nur eine weitere mögliche Verknüpfung. Auf der Fahrt nach innen geht es den Juristen wie dem Neurowissenschaftler, der statt des gesuchten Zentral-Ichs nur eine Vielzahl von homunculi findet. Auch die Einheit des Rechts löst sich in eine Vielzahl von Beobachtungsperspektiven auf, so dass man ohne letzten Halt wieder im Äußeren landet. Richterliche Entscheidungen müssen notwendig mehr sein als die Erkenntnis von Rechtsquellen.

III. Von der vertikalen zur horizontalen Systematik

a) Mündet der Weg "in die Tiefe" des Rechts ins Nirgendwo, so bleibt den Gerichten gar nichts anderes übrig, als die Rechtssätze horizontal zu vernetzen. Der Kontext einer Bedeutung muss immer neu beschrieben werden. Die Einheit des Rechts ist kein fester Punkt, den man erreichen könnte. Sie liegt vielmehr auf der Fluchtlinie ständig neuer Beschreibungen. Diese Fluchtlinie ist auch nicht Gegenstand einfacher Beobachtung. Sie wird nur dann sichtbar, wenn man die Beobachter beobachtet. Das Heranziehen des Kontextes führt damit nicht zur Sinnmitte des Rechts, sondern in die Beobachtung zweiter Ordnung. Genau diese Konsequenz zeigt sich mit voller Deutlichkeit in der Praxis der Gerichte. In der weit überwiegenden Anzahl der Entscheidungen besteht das systematische Argument im Verweis des Gerichts auf seine eigene Rechtsprechung. Das heißt, die Systematik wird vollzogen als Beobachtung zweiter Ordnung. Diese Beobachtung zweiter Ordnung wirft Legitimationsfragen auf, die bisher nur unter dem missverständlichen Titel des Präjudizes als Rechtsquelle thematisiert wurden. Erst wenn man sich klar macht, dass das Recht *nicht* Quellen *entnommen*, sondern unter einschränkenden Vorgaben vom Gericht *geschaffen* wird, kann man von der unzulänglichen Metaphysik der "Quellen" wegkommen und operationale methodische Fragen erörtern. Zu diesen gehört auch der empirische Befund der Referenz von Gerichtsentscheidungen auf Gerichtsentscheidungen.

b) Wie lässt sich diese Tendenz der Beobachtungsbeziehungsverdichtung beschreiben? Zunächst kann man nicht sagen, die Systematik erster Ordnung (Gesetze) werde durch die der zweiten Ordnung (Gerichtsentscheidungen) verdrängt, denn die normale systematische Auslegung kommt weiterhin vor. Besser könnte man von einem Ergänzungsverhältnis sprechen, denn die Systematik zweiter Ordnung kann nur dort verwendet werden, wo bereits eine Gerichtstätigkeit zu verzeichnen ist. Die Beobachtung zweiter Ordnung kommt nur in einer "dichten" Rechtsordnung in Betracht. Dabei ist das Wort "Ergänzung" aber immer noch missverständlich. Denn es konnotiert Randgebiete und entlegene Provinzen des Rechts. Tatsächlich aber kommt die Systematik zweiter Ordnung gerade in den zentralen Bereichen zum Tragen, wo es die meisten Judikate gibt. Die Systematik erster Ordnung zeigt sich dagegen eher in den Randgebieten und bei speziellen Rechtsfragen. Wenn man diese Entwicklung zureichend beschreiben will, muss man von einem

wachsenden Überwiegen der Systematik zweiter Ordnung gegenüber derjenigen erster Ordnung ausgehen.

c) Im Rahmen der herkömmlichen Reflexionsmodelle hat man mit der Erklärung dieses Phänomens Probleme. Um trotz der offensichtlich aktiven Rolle der Gerichte die herkömmliche Vorstellung objektiv vorgegebenen Rechts zu retten, erklärt man das Präjudiz zur subsidiären Rechtsquelle. Jenseits der "Wortlautgrenze" oder bei "Unbestimmtheit" des Textes sollen die Vorentscheidungen in die Bresche springen und dem Richter Rechtserkenntnis ermöglichen. Das Rechtserkenntnismodell bleibt so die prinzipielle Schranke bei der Untersuchung der Rolle des Präjudizes. Wenn der Normtext als Gegenstand der Bedeutungserkenntnis versagt, wird er von der Vorentscheidung als Gegenstand der Erkenntnis ersetzt. In einem nicht näher einzugrenzenden Bereich wird dem Präjudiz damit eine normtextähnliche Rolle eingeräumt. Es ist angeblich Gegenstand der Rechtserkenntnis und richterlicher Bindung. Aber natürlich kann der Text einer Vorentscheidung dem Leser ebenso wenig eine feste Bedeutung als Gegenstand vorgeben, wie dies der Normtext vermochte. Nach dem praktischen Versagen des Rechtserkenntnismodells bleibt die argumentative Rolle des Präjudizes nach wie vor zu bestimmen.

Die bisherige Diskussion um die Wirkung von Vorentscheidungen in der Praxis der Gerichte wird durch die prinzipiellen Schranken der traditionellen Rechtserkenntnislehre behindert. Diese wirken bis in die Terminologie hinein. Man stellt die faktische Wirkung von Präjudizien in der kontinentalen Tradition ihrer normativen Wirkung in der angelsächsischen gegenüber.⁴⁸³ Normativität wird dabei als statische Eigenschaft eines Textes verstanden, den man einfach anwenden muss. Diese Vorstellung stimmt weder für Gesetze noch für die angelsächsischen Präjudizien. Wenn man im Rahmen einer Rechtserzeugungsreflexion Normativität nicht als Gegenstand, sondern als Prozess fasst, kann man in der bisher unklaren Diskussion über die Bindungswirkung von Vorentscheidungen besser differenzieren: eine *Bindung an Normtexte* heißt, dass man sich nicht mittels besserer Argumente einfach davon lösen darf. Eine *argumentative Bindung* bedeutet, dass ein Kontext der Entscheidung die Richtung gibt, aber durch bessere Argumente verdrängt werden kann.

⁴⁸³Vgl. zur Diskussion *Schima*, Zur Wirkung von Auslegungsentscheidungen des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften, in: Feldner / Forgó (Hrsg.), Norm und Entscheidung, 2000, S. 280 ff.; *Toth*, The Authority of Judgements of the European Court of Justice: Binding Force and Legal Effects, in: Yearbook of European Law 4 (1984), S. 1 ff.; *Pietrek*, Verbindlichkeit von Vorabentscheidungen nach Art. 177 EWGV, 1989; *Barcelò*, Precedent in European Community Law, in: MacCormik/Summers (Hrsg.), Interpreting Precedents: A Comparative Study, 1997, S. 407 ff.; *Ehricke*, Die Bindungswirkung von Urteilen des EuGH im Vorabentscheidungsverfahren nach deutschem Zivilprozessrecht und nach Gemeinschaftsrecht, in: Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut der Universität des Saarlandes, Nr. 364, 1997; *Arnul*, Interpretation and Precedent in English and Community Law: Evidence of Crossfertilization?, in: Andenas (Hrsg.), English Public Law of Europe, 1998, S. 93 ff.

B. Von der Ableitungshierarchie zum Netzwerk der Rechtsfertigung

Weil die Gerichte die vertikale Systematik in der Praxis vielfach schon durch die horizontale Systematik ersetzt haben, stellt sich die Frage, wie dieser Übergang theoretisch zu strukturieren ist. Dabei ist auf die Ergebnisse der Diskussion zur nötigen Moderation des Holismus zurückzugreifen. Dort wurde eine inferentielle Semantik zugrunde gelegt. Diese geht davon aus, dass eine Erklärung von Sprache aus ihr vorgeordneten gemeinsamen Standards aller Sprecher im Regulismus scheitern muss. Stattdessen entwickelt sie die Alternative, Sprache in der Vernetzung gelungener Verständigung als sich selbst stabilisierendes System zu begreifen. In diesem Rahmen wäre die Strategie der Gerichte als notwendig und unvermeidlich erklärt.

I. Die Funktion der Präjudizien am Beispiel der Rechtsprechung des EuGH

a) Zur Exemplifizierung und Überprüfung dieser Überlegungen bietet sich die Rechtsprechung des EuGH in besonderem Maße an: Zum einen setzen sich seine Richter aus Juristen der unterschiedlichsten Heimatrechtsordnungen zusammen, in denen die Rolle, die Präjudizien zugeschrieben wird, ganz verschieden ist. Zum anderen stellt sich das Problem einer gelungenen Verständigung mit dem Erfordernis einer Vernetzung nach allen Seiten hin in einem Umfeld besonders deutlich, in dem Richter verschiedener Muttersprache Normtexte anwenden müssen, die in der Regel in verschiedenen, hinsichtlich ihrer Geltung gleichberechtigten Sprachen vorliegen.

b) Die Bedeutung des Verweises auf frühere Rechtsprechung ist in der Wissenschaft noch kaum thematisiert.⁴⁸⁴ Dementsprechend vage sind die Aussagen in der Literatur dazu. So entsteht nach Buck der „Eindruck“, insbesondere in den Jahren 1988 bis 1992 sei die Anzahl der auf den Wortlaut Bezug nehmenden Urteile eher noch gestiegen. Als Grund führt er an, infolge umfangreicher Rechtsprechungstätigkeit des Gerichtshofs in den letzten Jahrzehnten sei eine Vielzahl der Gemeinschaftsnormen in ihrem Umfang und Regelungsgehalt inzwischen begrifflich geklärt. Dadurch sei es dem Gerichtshof nunmehr möglich, auf ein Reservoir begrifflich gesicherter Rechtsinstitute und Grundsätze zurückzugreifen.⁴⁸⁵

Demgegenüber wurde in einer empirischen Untersuchung des Jahrgangs 1999 der Entscheidungssammlung des EuGH dezidiert der Verweis auf frühere Rechtsprechung als eine weitere Argumentationsform neben denen der „klassischen“ Auslegungscanones einbezogen. Dabei ergab die Häufigkeitsanalyse ein zahlenmäßig überwältigendes Auftreten von ersterer. Damit dreht sich das bisher von der Literatur angenommene Verhältnis geradezu um. Der Verweis auf frühere

⁴⁸⁴Vgl. zu diesem Problem grundlegend *Dederichs*, Die Methodik des EuGH, 2004.

⁴⁸⁵*Buck*, Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft, 1998, S. 169.

Rechtsprechung steht hier an erster Stelle.⁴⁸⁶ Die Argumentationsformen der „klassischen“ Auslegungscanones sind dem nachgeordnet. Dabei überwiegt die Häufigkeit des Verweises auf frühere Rechtsprechung sowohl bezogen auf alle Entscheidungen, als auch bezogen auf einzelne Entscheidungen.

Die Häufigkeit des Verweises auf frühere Rechtsprechung übersteigt die der übrigen Argumentationsformen um ein Vielfaches. Über diesen rein quantitativen Befund hinaus lassen sich aus dem kategorisierten Vorkommen in dem für die Untersuchung aufbereiteten Textmaterial⁴⁸⁷ weiter auch schon qualitativ einige Aufschlüsse darüber gewinnen, welche Funktion der Verweis auf die eigene Rechtsprechung für die Arbeit des EuGH hat. Damit lässt sich die Beobachtung zweiter Ordnung von Recht durch den EuGH in sich differenzieren.

c) An erster Stelle ist dabei die Funktion der Arbeitersparnis zu nennen. Sie ist im Übrigen eine der Funktionen, die dem Verweis auf frühere Rechtsprechung auch vonseiten der Literatur beigemessen wird.⁴⁸⁸ Mittels Verweises auf eine frühere Entscheidung erspart sich der EuGH die Begründung seiner jeweiligen Rechtsauffassung in der aktuellen Entscheidung. Dabei variiert die Arbeitersparnis von Fall zu Fall. In keinem Fall dürfte sich jedoch ein Mehraufwand durch den Verweis auf frühere Rechtsprechung ergeben. Demgegenüber sind Fälle denkbar, in denen die Arbeitersparnis erheblich ist.⁴⁸⁹ In ähnlicher Weise hat in den Entscheidungen des EuGH auch der Verweis auf die Schlussanträge des Generalanwalts die Funktion der Arbeitersparnis.

Der Verweis auf die eigene Rechtsprechung dient weiter der Rechtssicherheit. Die Literatur sieht das Interesse des EuGH an einer einheitlichen Rechtsprechung und einer nachvollziehbaren, kontinuierlichen Rechtsfortbildung

⁴⁸⁶Ähnliches lässt sich im Übrigen auch für die nationalen Gerichte feststellen, wie eine Untersuchung von rund 300 Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (in denen mit Blick auf die strenge Gesetzesbindung des Art. 103 II GG sogar eine besondere „Methodengründlichkeit“ zu erwarten wäre) ergeben hat, vgl. dazu *Kudlich/Christensen*, Die Methodik des Bundesgerichtshofs in Strafsachen, im Erscheinen 2007/2008.

⁴⁸⁷Zu Einzelheiten siehe *Dederichs*, Empirische Untersuchung der Argumente in EuGH-Begründungen, 2004; sowie *Dederichs / Christensen*, Inhaltsanalyse als methodisches Instrument zur Untersuchung von Gerichtsentscheidungen, vorgeführt am Beispiel der Rechtsprechung des EuGH.

⁴⁸⁸*Buck*, Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft, 1998, S. 198.

⁴⁸⁹So erspart sich der EuGH beispielsweise in der Entscheidung C-99/96, Rz. 28 vom 27.4.1999, Mietz, Seite 1-2277 ff. die Auslegung vom „Kauf beweglicher Sachen auf Teilzahlung“ und verweist statt dessen auf eine frühere Entscheidung: „Der Gerichtshof hat in Randnummer 20 des Urteils Bertrand festgestellt, dass unter dem Kauf beweglicher Sachen auf Teilzahlung ein Kaufgeschäft zu verstehen ist, bei dem der Kaufpreis in mehreren Teilzahlungen geleistet wird oder das mit einem Finanzierungsvertrag verbunden ist.“ In der Entscheidung C-342/96, Rz. 23 vom 29.4.1999, Spanien/Kommission, Seite 1-2459 ff., die hier ebenfalls beispielhaft genannt werden soll, geht es um die Definition des Begriffs „Beihilfe“. Auch hier verweist der EuGH auf die „Feststellung“ in einer früheren Entscheidung und erspart sich damit eine methodisch aufwändige Auslegung in der aktuellen Entscheidung: „Der Gerichtshof hat im Übrigen bereits festgestellt, dass staatliche Eingriffe nicht schon wegen ihres sozialen Charakters von der Einordnung als Beihilfen im Sinne des Artikels 92 EG-Vertrag ausgenommen sind (Urteil vom 26. September 1996 in der Rechtssache C-241/94, Frankreich/Kommission, Slg. 1996, I-4551, Randnr. 21)“.

sogar als den wesentlichen Grund für den Verweis auf frühere Rechtsprechung an.⁴⁹⁰ Das Vorgehen des EuGH wird dabei als ein Zurückgreifen auf Argumente und Grundsätze früherer Urteile beschrieben, mit deren Hilfe „Entscheidungsketten“ mit ständigen Verfeinerungen und Präzisierungen aufgebaut würden.⁴⁹¹ In diesem Zusammenhang wird auch die Möglichkeit einer präjudiziellen Wirkung früherer Entscheidungen diskutiert, die die herausragende Bedeutung des Verweises auf frühere Rechtsprechung in den Entscheidungen des EuGH erklären könnte.⁴⁹² In diesem Fall wäre nämlich der EuGH grundsätzlich an seine frühere Rechtsprechung gebunden. Dieses, im englischen und amerikanischen Recht verhaftete Rechtsinstitut, das eine Bindung an höchstrichterliche Entscheidungen postuliert, gibt es im Europarecht jedoch nicht, was sich bereits daran zeigt, dass im europäischen Rechtssystem der hierfür erforderliche Instanzenzug fehlt. Zugleich wird in der Literatur aber auch die Bereitschaft des EuGH zum Abweichen von früheren Entscheidungen infolge eines zwischenzeitlichen Wandels der konkreten Umstände vermerkt.⁴⁹³ So hätten innerstaatliche Gerichte Fragen, über die der Gerichtshof bereits entschieden hatte, im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens erneut vorlegen dürfen.⁴⁹⁴ Insgesamt bediene sich der Gerichtshof bisheriger Urteilsgründe in erheblichem Umfang als Hilfsmittel richterlicher Normerkennntnis.⁴⁹⁵

II. Vorentscheidungen im Rahmen einer inferentiellen Semantik

Die Semantik von Rechtstexten ist im Verfahren umstritten. Der Bezug auf Präjudizien stabilisiert diese Semantik, indem er auf schon anerkannte Folgerungen verweist. Das Kriterium für die Anerkennungswürdigkeit von Rechtsmeinungen kann nur in der Stimmigkeit mit dem liegen, was schon anerkannt ist. Weder die dem Gesetz zuzumessende Autorität noch die dem Präjudiz zuerkannte Verbindlichkeit ändern dabei etwas an der Begründungslast, die von den entscheidenden Juristen auf sich zu nehmen ist. Alles, was er tun kann, ist lesen, hören, sprechen, schreiben, unterschreiben. Er handelt sprachlich. Und er hat es mit Text zu tun und nichts als Text, mit Fallerzählungen, Parteianträgen ebenso, wie mit Vorschriften und Regelungen, mit Einlassungen und Kommentaren ebenso, wie mit Vorentscheidungen und vor allem auch mit jenen Texten, die er schließlich selbst produziert, mit der Entscheidung, dem Tenor und den Urteilsgründen.

Wie der Jurist mit all diesen Texten umgeht, welche er heranzieht und einsetzt, wie er sie zueinander ins Verhältnis setzt und gewichtet, um deren Bedeutung

⁴⁹⁰ *Buck*, Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft, 1998, S. 198.

⁴⁹¹ *Ebd.*, S. 198.

⁴⁹² Eingehend zur Frage nach der Rolle von Präjudizien im Europarecht und zur Debatte in der Literatur darum hier dann *Friedrich Müllers / Christensen*, Juristische Methodik, Bd. II, 2003.

⁴⁹³ *Buck*, Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft, 1998, S. 200.

⁴⁹⁴ *Ebd.*, S. 200.

⁴⁹⁵ *Ebd.*, S. 198.

als Recht zu entscheiden, hängt allein von den methodischen Vorgaben ab, an die er gebunden ist. Auch die wiederum „ergeben sich“ nicht „von Natur aus“ aus irgendwelchen, der Praxis vorgegebenen und entzogenen Normen. Vielmehr greift der Jurist hier auf den der Praxis von Recht inhärenten, durch das Handeln der beteiligten Akteure selbst immer wieder instituierten normativen Sinn eben dieser Praxis zurück. Die verschiedenen Verrichtungen, die das Geschäft des Rechts ausmachen, enthalten selbst „implizite Normen, indem sie implizite normative Einstellungen beherbergen, durch die die betreffenden Normen instituiert werden.“⁴⁹⁶ Diese Einstellungen wiederum finden ihren Ausdruck im sozialen Verhalten des sanktionierenden Reagierens auf das Verhalten eines anderen: „Die implizite Beurteilung einer Performanz als korrekt oder inkorrekt manifestiert sich typischerweise in der Anwendung einer positiven oder negativen Sanktion“.⁴⁹⁷

Das normative Moment von Praxis ist also sozial bzw. diskursiv verfasst. Es bietet damit zugleich den Ansatzpunkt für eine beständige Dynamik in der Arbeit der Beteiligten daran. Diese wird in den Gründen fassbar, die Akteure einander für ihr Handeln unterstellen und die sie bei Bedarf auch für ihr Handeln beibringen können. Als intelligent und rational handelnde Wesen bewegen wir uns in einem „normativ verfassten Raum der Gründe“.⁴⁹⁸ Die Akteure als anerkannt kompetente Teilnehmer an einer Praxis wie der des Rechts beurteilen einander als solche in Hinblick auf eben die Gründe, die sich für das jeweilige Handeln finden lassen.⁴⁹⁹ Und in dem Maße, in dem sich Handlungen rechtfertigen lassen, vermag der Verweis auf sie wiederum als Grund für das weitere Handeln herzuhalten. Normen bestehen so in nichts anderem als in der gegenseitigen Beurteilung, der die Beteiligten ihr Handeln unterziehen.

Genau dies praktiziert der Verweis auf die frühere Rechtsprechung. Indem das Gericht diese als Rechtsbehauptung argumentativ ins Feld führt, „autorisiert“ es gewissermaßen in Folge auch die Konsequenzen, die sich daraus ableiten lassen. Zugleich aber steht es umgekehrt in der Verantwortung dafür. Es ist nicht nur auf diese Konsequenzen seiner Rechtsbehauptungen „festgelegt“, sondern zugleich darauf, dass diese sich als eine Entscheidung von Recht legitimieren lassen. Dieses Doppelverhältnis von Autorisierung und Verantwortung setzt eine komplexe Dynamik von Berechtigungen frei. Zum einen ist dies die Berechtigung, sich auf die in der eigenen früheren Entscheidung erfolgreich in Geltung gesetzten Rechtsbehauptung zur Begründung des aktuell anstehenden Urteils zu berufen. Zum anderen geht damit aber auch zugleich die Festlegung darauf einher, Gründe in Gestalt des Verweises auf die eigene Rechtsprechung überhaupt zu haben.

⁴⁹⁶ Knell, Die normativistische Wende in der analytischen Philosophie. Zu Robert Brandoms Theorie begrifflichen Gehaltes und diskursiver Praxis, in: Allgemeine Zeitschrift für Philosophie 2000, S. 225 ff., 235. Weiter auch Christensen / Sokolowski, Theorie und Praxis aus der Sicht der Strukturierenden Rechtslehre, in: Rechtstheorie 32, 2001, S. 327 ff., 328 f.

⁴⁹⁷ Knell, ebd., S. 225 ff., S. 225.

⁴⁹⁸ Ebd., S. 225.

⁴⁹⁹ Ebd., S. 225.

Aus deren jeweiliger Zu- bzw. Aberkennung ergibt sich ganz allgemein auch der jeweilige Status, den die Beteiligten in der Praxis genießen, und hier im besonderen jener, den ein Gericht als verlässlicher und anerkennungswürdiger Produzent von Recht genießt. Die entsprechenden „Einstellungen des An- und Zuerkennens von Festlegungen und Berechtigungen auf unterschiedliche Akteure, die an einer sozialen Praxis mitwirken“, machen deren „deontischen Kontostand“ im Rahmen der entsprechend gesellschaftlich instituierten Praxis, hier der des Rechts, aus. Und die entsprechenden Handlungen eines Gerichts lassen sich als „Aktivität der situativen Anpassung der jeweiligen Kontoführungseinstellungen in Reaktion auf signifikante Performanzen einzelner Akteure“, als „deontische Kontoführungspraxis“ betrachten.⁵⁰⁰ Je positiver dabei die Bilanz gemessen am Ausbleiben von Sanktionen etwa in Gestalt der Kritik und der Revision früherer Entscheidungen ausfällt, desto größer ist das normativ wirksame Gewicht der Ergebnisse der eigenen Rechtsarbeit, desto mehr gewinnen diese an diskursiver Autorisierungsmacht. Deren „Zuerkennung (...) bringt die implizite Einstellung zum Ausdruck, die Behauptung für berechtigt zu halten.“⁵⁰¹ Es sprechen dann erst einmal gute Gründe dafür, das, was das Gericht einmal für rechtens gehalten hat, im Fall des neuerlichen Streits auch anzunehmen. In dem Maße, in dem das gelingt, fungiert der Verweis auf die eigene Rechtsprechung als Argument. Sein praktisch normativer Druck ist ein doppelter, ein semantisch Recht generierender und ein methodisch Recht garantierender. Argument und Form sind im Verweis auf die eigene Rechtsprechung, wie nicht anders sonst,⁵⁰² zwei Seiten derselben Medaille praktiziert praktischer Normativität.

III. Recht als eine sich selbst stabilisierende Praxis

a) Wie aber steht es um die Stabilität von Recht, wenn es Beobachtung zweiter Ordnung ist und sich daher jene Unterscheidungen erst schafft, auf die es sich zugleich bezieht. Was kann dann Rechtsanwendung heißen? Die Frage nach Recht scheint von einer merkwürdigen Leere gekennzeichnet und von daher dazu verurteilt zu sein, lediglich in sich zu kreisen. Ihr scheint jeglicher „Gegenstand“ zu fehlen.⁵⁰³ Wenn es „so etwas wie Recht nicht gibt“, wenn es nichts dergleichen gibt, „was man erkennen, beherrschen oder mit dem Text schon mit sich herumtragen könnte“, wenn man daher auch „die Vorstellung“ aufgeben muss, „es gebe eine klar umrissene vorgegebene Bedeutung, die sich die Juristen zu eigen machen und dann auf Einzelfälle anwenden“⁵⁰⁴, worauf soll dann die Frage noch bezogen werden können, „was“ eigentlich als Recht zur Anwendung kommt? Worauf die Frage, „was“ in der Beobachtung von Recht denn

⁵⁰⁰Ebd., 237.

⁵⁰¹Ebd., 239. *Brandom*, Making it explicit. 1994, S. 180.

⁵⁰²Allgemein dazu die Kritik des dritten empiristischen Dogmas einer Trennung von Schema und Inhalt bei *Davidson*, Was ist eigentlich ein Begriffsschema?, in: ders., Wahrheit und Interpretation, 1990, S. 261 ff., 270 ff.

⁵⁰³Grundsätzlich dazu auch *Somek*, Der Gegenstand der Rechtserkenntnis. Epitaph eines juristischen Problems, 1996.

⁵⁰⁴Vgl. *Christensen / Sokolowski*, Recht als Einsatz im semantischen Kampf, in: Felder, Semantische Kämpfe. Macht und Sprache in den Wissenschaften, 2006, S. 353 ff.

eigentlich beobachtet sei, noch bezogen werden können? Wenn man weiter in Konsequenz Recht allein in dieser Beobachtung als einer Praxis des Unterscheidens und Entscheidens von solchem sehen kann, dann scheint die Frage nach dem Recht auf sich selbst zurückgebogen zu sein. Die Frage nach dem Recht kann sich offenbar immer wieder nur auf die Frage nach dem Recht beziehen.

Und so verhält es sich in der Tat. Als Manko, oder gar als ein quälendes Problem kann dies nur empfunden werden, wenn man an eine vorgegebene Realität des Rechts glaubt.⁵⁰⁵ Demgegenüber stellt sich Realität immer als Ergebnis von Beobachtung als einer Praxis des Unterscheidens dar und nicht etwa als deren Voraussetzung. Bleibt man also bei der Frage, „was“ beobachtet wird, so ist die Antwort darauf von einer grundsätzlichen Zirkularität gekennzeichnet. Beobachtung als Prozess, als Operation, bezieht sich so immer auf Beobachtung als Produkt, als Resultat. Sie macht gewissermaßen ihren eigenen Output zum Input neuerlicher Beobachtung. Heinz von Foerster hat diese Zirkularität als ein „fundamentales Prinzip“ herausgestellt.⁵⁰⁶ Er betont, dass sich an ihm nur reiben kann, wer immer noch meint, einer linear realistischen Grundlogik nachhängen zu können. Entgegen einer referentiellen Position, die die Prozesse des Unterscheidens und des Umgangs mit den „Dingen“ meint monodirektional entweder auf diese hin oder von diesen her ausrichten zu können, ist von einer zirkulären Kausalität auszugehen. Foerster veranschaulicht diese „zirkuläre Kausalität“ mit dem einprägsamen Beispiel eines sich beständig korrigierenden Steuerers, der also den Bezug seines Handelns aus dessen Ergebnissen zieht. „Was macht ein Steuerer, der sein Schiff sicher in den Hafen hineinmanövrieren möchte? Er absolviert kein ein für allemal festgelegtes Programm, sondern er variiert dies permanent. Wenn das Boot vom Kurs und seinem Ziel nach links abweicht, weil der Wind so stark bläst, schätzt er diese Kursabweichung ein, so dass er weiterhin auf den Hafen zufährt. Er versucht, den Fehler zu korrigieren. Und vielleicht steuert er etwas zu stark gegen. Das Ergebnis ist womöglich eine Kursabweichung nach rechts - und die Notwendigkeit, erneut gegenzusteuern. In jedem Moment wird die Abweichung in Relation zu dem ins Auge gefassten Ziel, dem Telos, das zum Beispiel ein Hafen sein kann, korrigiert. Das Betätigen des Steuerers, eine Ursache, erzeugt also eine Wirkung; das ist die Kurskorrektur. Und diese Wirkung wird wieder zu einer Ursache, denn man stellt eine neue Kursabweichung fest. Und diese erzeugt ihrerseits eine Wirkung, nämlich wiederum eine Kurskorrektur. Solche Steuerungsvorgänge sind ein wunderbares Beispiel zirkulärer Kausalität.“⁵⁰⁷

Was beim Beobachten im Verhältnis zum Beobachteten vor sich geht, ist so gesehen also „ein Prozess der Informationsauswertung, der jeweils das eigene Verhalten verändert.“⁵⁰⁸ Und was, allgemein gesprochen, dabei als Gegenstand, als Bezugspunkt erscheint, verdankt sich einer Unterscheidung und der Bezeich-

⁵⁰⁵Zur Kritik hier nur *Foerster / Pörksen*, Wahrheit ist die Erfindung eines Lügners. Gespräche für Skeptiker, 2003, S. 15 ff.

⁵⁰⁶Ebd., S. 105 ff.

⁵⁰⁷Ebd., S. 107.

⁵⁰⁸Ebd., S. 107.

nung als einem solchen. Mit anderen Worten: Man nimmt in der Beobachtung nicht eine Welt wahr, sondern man macht sie sich durch die Beobachtung.

b) Die Frage nach dem „Was“ löst sich in die Frage des „Wie“ auf. Das Verhältnis von Beobachtung und Beobachtetem ist ein internes. Jede Frage danach kann nur selbstbezüglich sein. Sie kann darauf zielen, die Blindheit der Beobachtung für sich selbst in der Beobachtung einer solchen Beobachtung wiederum aufzuheben und so zu einer Formulierung dessen zu kommen, dass und wie hier jeweils beobachtet wurde. Für die Rechtsanwendung stellt sich daher nicht die Frage, „was“ dadurch in einem realistischen Sinne beobachtet wird, nämlich „so etwas, wie Recht“. Vielmehr fragt sich auch hier nur, „wie“ wird unterschieden, wenn Recht und also Normativität beobachtet wird. Vor diesem Hintergrund weist die Praxis der Gerichte auch schon den Weg zu einer Antwort. Beobachtung ist Operieren. Recht ist Praxis. Die Frage nach dem „Was“ an Recht wirft zurück auf die Frage danach, wie der Jurist praktisch in seiner Entscheidungsarbeit zum Recht kommt. Die Bezugspunkte, die dafür gesetzt werden, Recht zu unterscheiden und zu entscheiden, sind die geleisteten „Anwendungen“ entsprechender Normtexte, die in ihrer Legitimität und Geltung wiederum als Bezugspunkt dafür gesetzt sind, in dem erneut anstehenden Fall einer Frage nach der Norm zu Recht zu kommen.

Ein Verhältnis von Norm und Anwendung lässt sich auch grundsätzlich gar nicht anders setzen. Wie Wittgenstein schon für den Begriff der Regel gezeigt hat, können Normen nie in eine irgendwie geartete äußerliche Beziehung zu ihrer Anwendung gesetzt werden.⁵⁰⁹ Das Befolgen leitet sich weder aus der Regel ab, noch zeichnet die Regel ihre Befolgung vor. „Die Regel steht ihrer Aktualisierung nicht als eine Instanz gegenüber, die außerhalb dieser Aktualisierung Bestand hätte. Es gibt kein Auseinanderstehen zwischen Regel und Aktualisierung derart, dass man betrachten könnte, inwieweit die Aktualisierung der Regel gerecht wird.“⁵¹⁰ Vielmehr zeigt sich die Regel erst in der Praxis ihrer Anwendung. „Regel“, sagt Wittgenstein, ist das, was „sich, von Fall zu Fall der Anwendung, in dem äußert, was wir ‚der Regel folgen‘ und was wir ‚ihr entgegenhandeln‘ nennen.“⁵¹¹ Und das wiederum entscheidet sich daran, welche Ereignisse wir als die Anwendung von Regel auszeichnen.⁵¹² Indem wir dies tun, entziehen wir diesen Bezug unserem Handeln, „entäußern“ ihn, um diesem durch den Verweis auf die andere Anwendung als Fall von Regel ein Maß zu setzen. Zugleich hat das normativ anleitende Moment darin keinen anderen Sitz als in diesem Verhältnis der Beobachtung. Ganz analog dazu, dass wir die Welt nicht wahrnehmen, sondern sie uns durch die Beobachtung schaffen, ganz

⁵⁰⁹Vgl. Wittgenstein, Philosophische Untersuchungen. Werkausgabe Band 1, 1984, §§ 195 ff. Dazu auch McDowell, Wittgenstein on Following a Rule, in: Synthese 58, 1984, S. 325 ff.

⁵¹⁰Bertram, Die Dekonstruktion der Normen und die Normen der Dekonstruktion, in: Kern / Menke (Hrsg.), Philosophie der Dekonstruktion. Zum Verhältnis von Normativität und Praxis, 2002, S. 296.

⁵¹¹Wittgenstein, Philosophische Untersuchungen. Werkausgabe Band 1, 1984, § 201.

⁵¹²Zur Individuierung von Handlungen als Ereignissen und der entsprechenden Form von Handlungssätzen Davidson, Die logische Form von Handlungssätzen, in: ders., Handlung und Ereignis, 1990, S. 155 ff.

so befolgen wir nicht Regeln, sondern wir machen sie uns mit der Frage der Anwendung zu einer solchen. Wir machen „es uns zur“ Regel, in dieser und keiner anderen Weise vorzugehen.

Damit ist jene Figur eines Verhältnisses von „Immanenz“ und „Transzendenz“ angezeichnet, die auch das Verständnis von Norm ausmacht.⁵¹³ Ganz so, wie von Wittgenstein bedeutet, greift die Anwendung nicht auf die Norm zu. Vielmehr wird diese erst eingesetzt. „Die Norm wird dadurch erneuert, dass der neue Fall in sie eingetragen wird. Sie tritt dem Fall nicht als gegebene Größe gegenüber. Der Eintrag macht sie zu einer neuen, immanenten Größe.“⁵¹⁴ Dies kann aber nur die eine Seite der Medaille sein. Zwar ist damit das Verhältnis von Norm und Anwendung grundsätzlich als ein internes markiert. Blicke es aber dabei, so fielen allerdings Norm und Anwendung amorph in sich zusammen. Wie schon Wittgenstein für die Praxis des Regelfolgens kritisch aufweist, genügt dessen Konstatierung nicht, „weil sonst der Regel zu folgen glauben dasselbe wäre, wie der Regel folgen.“⁵¹⁵ Ganz so verhält es sich auch mit Norm und Anwendung. „Im Sinne der Immanenz gibt es keinen Abstand zwischen Norm und Anwendung. Es ist unmöglich, zwischen die Norm und ihre Anwendung zu treten und zu überprüfen, ob das eine auf das andere passt oder umgekehrt.“⁵¹⁶ Das Normativität allein ausmachende, interne Verhältnis von Anwendungsfall und Normauszeichnung hat sich seiner selbst gewahr zu werden, um sich als ein solches unterscheiden und profilieren zu können. Die Blindheit des Normativen in der Anwendung ist also durch Beobachtung der darin liegenden Beobachtung von Handeln als normativ gehaltvoll aufzuheben.

Genau hier kommt die Transzendenz der Norm ins Spiel. Wenn die Norm angewendet wird, verschwindet sie im Fall. Aber wenn man ihre Anwendung als geglückt und vorbildlich beobachtet, wird sie als Anwendung eines anderen wieder vom Fall abgehoben. „Wenn es sich auf andere Anwendungen der Norm bezieht, bezieht mein Anwenden sich auch immer auf andere als solche, die auch der Regel unterliegen.“⁵¹⁷ Die andere Anwendung der Norm als die eines anderen steht dem zu entscheidenden Fall von Norm zwar nicht gegenüber. Sie wird ihm aber durch die Beobachtung des Handelns entgegen gestellt, als „Vergleichsobjekt“, wie es Wittgenstein immer wieder nennt.⁵¹⁸ Dass heißt also, „dass die Erfindung der Regel im Moment ihrer Anwendung immer als eine Wieder-Erfindung erfolgt. Die Regel ist immanent nur eine, die zugleich tran-

⁵¹³Grundlegend *Derrida*, Gesetzeskraft. Der „mystische Grund der Autorität“, 1991. *Bertram*, S. 289 ff., hier v.a. S. 296 ff.

⁵¹⁴*Bertram*, Die Dekonstruktion der Normen und die Normen der Dekonstruktion, in: *Kern / Menke* (Hrsg.), Philosophie der Dekonstruktion. Zum Verhältnis von Normativität und Praxis, 2002, S. 296.

⁵¹⁵*Wittgenstein*, Philosophische Untersuchungen. Werkausgabe Band 1, 1984, § 202.

⁵¹⁶*Bertram*, Die Dekonstruktion der Normen und die Normen der Dekonstruktion, in: *Kern / Menke* (Hrsg.), Philosophie der Dekonstruktion. Zum Verhältnis von Normativität und Praxis, 2002, S. 296.

⁵¹⁷Ebd., S. 298.

⁵¹⁸Siehe *Wittgenstein*, Philosophische Untersuchungen. Werkausgabe Band 1, 1984, §§ 130, 131.

szendent ist. Die aktualisierte Regel kommt im Moment der Aktualisierung immer von anderswo her. Ihre normative Kraft liegt in diesem ‚von anderswo her‘; sie liegt in den Aspekten normativen Geschehens, die nicht zu spontaner Selbstverwirklichung führen.“⁵¹⁹

Das bedeutet nun aber nicht, dass damit durch die Hintertür doch noch ein Bezug nach außen gesetzt würde, eine doch noch unabhängige Instanz ins Spiel gebracht würde, die als neutraler Schiedsrichter über die Frage nach der Normativität wachen könnte. „Das andere Befolgen steht nicht außerhalb einer neuen Normanwendung. Die Beziehungen auf das andere Befolgen sind vielmehr intern. Sie werden implizit in einer neuen Normanwendung hergestellt. Wiedererfindung der Norm ist eine Anwendung in dem Sinn, dass sie anderes Befolgen der Regel als ein Befolgen der Regel impliziert, die eine erneute Anwendung findet. Die Korrelation von bisherigen Anwendungen mit einer neuen Anwendung kommt, so verstanden, intern zustande. Sie ergibt sich im Moment des neuen Regelfolgens.“⁵²⁰ Transzendenz und Immanenz greifen im Inneren der Frage der Normativität ineinander. Sie stellen beide gleichermaßen Momente der einen Beobachtung dar und sind als das „Wie“ der Unterscheidung von Normativität miteinander verzahnt. Während sich in dem einen Moment, der Immanenz, die Beobachtung vollzieht, wird diese zugleich in dem anderen Moment, der Transzendenz, beobachtet. Nämlich als Beobachtung von Norm. „Die Norm ist der Bezug auf anderes Anwenden der Norm. Dieser Bezug ist der Normanwendung immanent. Trotz dieser Immanenz bringt der Bezug in die Norm ein Moment von Transzendenz ein. Die andere Anwendung der Norm ragt wie ein innerer äußerer Anstoß, wie eine selbst gesetzte und doch von außen kommende Herausforderung in meine Normanwendung hinein.“⁵²¹

c) Möglich wird dieses Verhältnis auf Grund der Sprachlichkeit alles Normativen. Ganz so, wie sich auch schon das Verhältnis zur Welt nur in kommunikativer Entäußerung setzen kann,⁵²² so steht es mit jenem komplexen Reflex von Immanenz und Transzendenz, durch den sich Normativität setzt: „Normativität ist: das eigene Tun von der Andersheit im Tun der anderen her entwickeln.“⁵²³ Dazu bedarf es nicht nur des Ausdrucks, durch den das eigene Tun profiliert und der Beziehung ausgesetzt werden kann. Dazu bedarf es zugleich auch des Verständnisses, durch das eben diese Beziehung gesetzt werden kann. Es bedarf dessen, „sich an den anderen in der Sprache des anderen zu richten“.⁵²⁴ Während durch das erste, den kontrastiven Bezug des eigenen Handelns, „nor-

⁵¹⁹ Bertram, Die Dekonstruktion der Normen und die Normen der Dekonstruktion, in: Kern / Menke (Hrsg.), Philosophie der Dekonstruktion. Zum Verhältnis von Normativität und Praxis, 2002, S. 297.

⁵²⁰ Ebd.

⁵²¹ Ebd., S. 298.

⁵²² Ebd., S. 298.

⁵²³ Dazu hier nur Foerster / Pörksen, Wahrheit ist die Erfindung eines Lügners. Gespräche für Skeptiker, 2003, S. 97 ff.

⁵²⁴ Bertram, Die Dekonstruktion der Normen und die Normen der Dekonstruktion, in: Kern / Menke (Hrsg.), Philosophie der Dekonstruktion. Zum Verhältnis von Normativität und Praxis, 2002, S. 300.

mative Kraft" freigesetzt und dem Handeln beigemessen wird, wird durch das zweite das damit gesetzte Verhältnis von Norm und Anwendung „inhaltlich“ gehaltvoll.⁵²⁵ „Normativität“ wird so zu einem „Geschehen mit bestimmten Inhalten (den Normen), das vielfältige Beziehungen zu anderen in ihrer Andersheit impliziert.“⁵²⁶ Die Verständigung, die dieses Geschehen in Gang setzt, erweist sich dabei selbst als ein intimes Geflecht von Normativität und Sprachlichkeit. Es hebt sozusagen diese beiden Momente ineinander auf und bleibt auf diese Weise wiederum ganz zirkulär auf sich selbst verwiesen. Denn „wer sich in einem sprachlichen Geschehen bewegt, bewegt sich immer zugleich in einem normativen Geschehen.“⁵²⁷ Und umgekehrt natürlich.

Vom Sprachlichen her liegt das normative Moment darin, dass das Verstehen auf die Wiederholbarkeit von Ausdrücken angewiesen ist.⁵²⁸ „Jedes Verstehen bezieht sich konstitutiv auf solche anderen Gebrauchssituationen und damit auf andere, die die verstandenen sprachlichen Ausdrücke wiederholt verstehen.“⁵²⁹ Dabei bedeutet dies wohlgerne nicht, dass eine irgend vorgelagerte Sprache diese Wiederholbarkeit als eine in sich ruhende Identität des Ausdrucks mit sich brächte. Vielmehr stellt sich Verstehen ein, indem der Ausdruck als ein neuerlicher angenommen wird. „Die Wiederholbarkeit (...) bedeutet eine Wiederholbarkeit des Verstehens durch eine Benutzerin des sprachlichen Ausdrucks. Ein einmal verstandener Ausdruck kann konstitutiv immer noch einmal verstanden werden.“⁵³⁰ Wenn das Verstehen sich also auf die Beobachtung des Ausdrucks als einem wiederkehrenden einlässt, so bindet es sich zugleich an jenen anderen Ausdruck. Beobachtet wird also wiederum die selbstbezügliche Beobachtung von Sprache. Verstehen schafft sich so also nicht allein im Bezug auf sich selbst. Vielmehr setzt es sich in einer Unterscheidung als Verstehen des anderen zu sich in eine Beziehung, die sich in der Annahme des Ausdrucks als einem wiederkehrenden selbst wiederum bezeichnet. Das Verstehen überlässt sich so der vom anderen gesetzten Verstehensweise des Ausdrucks. Es nimmt sich diese zum Maß und überlässt sich allein in diesem Sinne einer normativen Bindung an den anderen, um sich selbst wiederum nicht als das eigene Verstehen, sondern eben als ein Verstehen des anderen beobachten zu können. „Die anderen, die sprachliche Ausdrücke gebrauchen, binden das Verstehen. Durch

⁵²⁵ *Derrida*, Gesetzeskraft. Der „mystische Grund der Autorität“, 1991, S. 35.

⁵²⁶ Zur Unterscheidung von „normativer Kraft“ und „normativen Inhalten“ S. 301; *Bertram*, Die Dekonstruktion der Normen und die Normen der Dekonstruktion, in: Kern / Menke (Hrsg.), Philosophie der Dekonstruktion. Zum Verhältnis von Normativität und Praxis, 2002, S. 301.

⁵²⁷ *Bertram*, Die Dekonstruktion der Normen und die Normen der Dekonstruktion, in: Kern / Menke (Hrsg.), Philosophie der Dekonstruktion. Zum Verhältnis von Normativität und Praxis, 2002, S. 303.

⁵²⁸ Grundsätzlich dazu *Derrida*, Signatur, Ereignis, Kontext, in: ders., Randgänge der Philosophie, Wien 1988, S. 124 ff. Des Nähren in Bezug auf die Rechtsarbeit auch *Christensen / Kudlich*, Theorie richterlichen Begründens, 2001, S. 157 ff.

⁵²⁹ *Bertram*, Die Dekonstruktion der Normen und die Normen der Dekonstruktion, in: Kern / Menke (Hrsg.), Philosophie der Dekonstruktion. Zum Verhältnis von Normativität und Praxis, 2002, S. 302.

⁵³⁰ Ebd., S. 302.

den Bezug auf andere sind die Ausdrücke Normen, haben sie nicht nur einen Gehalt, sondern vielmehr einen bindenden Gehalt.”⁵³¹ Unverkennbar zeichnet sich hier genau wieder jenes Ineinandergreifen von Immanenz und Transzendenz ab, das zugleich auch Normativität kennzeichnet.

Sprachlichkeit und Normativität erweisen sich als zwei Seiten der gleichen Medaille einer sich auf sich beziehenden Beobachtung. Und Recht ist nichts anderes als eine in ihren praktischen Ausführungen spezifisch formierte Ausarbeitung dessen. Dies ist also ein paradigmatischer Grundzug jeglicher Rechtsanwendung so, wie sein Wirken in der Arbeit eines Gerichts verfolgt und nachvollzogen werden kann. Recht ist Beobachtung zweiter Ordnung von Recht. Die Notwendigkeit, von der Beobachtung erster Ordnung zu der zweiten Ordnung überzugehen, ergibt sich daraus, dass das Objekt juristischer Erkenntnis nur in Sprache existiert. Sprache lässt sich aber nicht als Gegenstand von außen beobachten, sondern nur als teilnehmende Praxis. Und umgekehrt ist nichts Normatives dem Sprachlichen entzogen, sofern es immer darauf angewiesen ist, sich in der Beziehung zu einem anderen zu setzen. Hier zeigt sich auch der Ort für die Verantwortung der Gericht. Heinz von Foerster hat dies schon ganz grundsätzlich für einen Abschied vom „Mythos des Gegebenen“⁵³² geltend gemacht. Denn „die Referenz auf die Außenwelt und das Gegebene lässt sich, so behaupte ich, wunderbar verwenden, um die eigene Verantwortung zu eliminieren. Das ist der tiefe Schrecken der Ontologie. Man führt die unschuldig erscheinende Formel ‚es ist‘ ein, die ich einmal spaßeshalber und etwas geschwollen als den existentiellen Operator bezeichnet habe, und sagt mit autoritärer Gewalt: ‚Es ist so ... es gibt ...‘ Und so weiter. Aber wer gibt? Wer behauptet, dass etwas der Fall ist? Ich plädiere dafür, dass wir dieses Wirkliche und vermeintlich Gegebene als unsere eigene Erzeugung und Erfindung begreifen.“⁵³³

Und wenn alles Beobachtung ist, so gilt dies natürlich auch umstandslos für das Recht. Wollte man sich nicht von der Frage „was“ Recht sei lösen, um so weiter der Idee nachhängen zu können, es gebe so etwas wie Recht, welches damit in der Rechtsanwendung nur vom Baume der Erkenntnis zu pflücken wäre, so mündet dies zwangsläufig in die argumentative Beliebigkeit von Ontologie. Zu fragen ist schlicht: Wie funktioniert Rechtsanwendung?⁵³⁴ Beobachtung ist zu

⁵³¹ *Bertram*, Die Dekonstruktion der Normen und die Normen der Dekonstruktion, in: Kern / Menke (Hrsg.), Philosophie der Dekonstruktion. Zum Verhältnis von Normativität und Praxis, 2002, S. 302.

⁵³² Diese Formulierung nach *Sellars*, Der Empirismus und die Philosophie des Geistes, 1999. Siehe auch *Bertram*, Prolegomena zu einer Rekonstruktion der linguistisch-epistemischen Wende - Von Quine und Sellars zu Husserl und Derrida, in: *Journal Phänomenologie* 13, 2000, S. 4 ff. In Bezug auf Recht dazu *Christensen / Sokolowski*, Wie normativ ist Sprache? Der Richter zwischen Sprechautomat und Sprachgesetzgeber, in: *Haß-Zumkehr* (Hrsg.), Sprache und Recht. Jahrbuch 2001 des Instituts für Deutsche Sprache, 2002, S. 64 ff., 67 f.

⁵³³ *Foerster / Pörksen*, Wahrheit ist die Erfindung eines Lügners. Gespräche für Skeptiker, 2003, S. 25.

⁵³⁴ Die Ersetzung der „Was-ist-Fragen“ durch die „Wie-funktioniert-es-Fragen“, ist eines der grundlegenden Anliegen der Hermeneutik und wird etwa in der Arbeit von Jochen Hörisch betont. Vgl. dazu *Hörisch*, Die Wut des Verstehens, in: *Der blaue Reiter*, 1998/2, S. 60 ff.,

beobachten. Denn erst „die Begriffe zweiter Ordnung entbergen Einsichten in den Prozess des Beobachtens, die auf der Ebene der ersten Ordnung gar nicht möglich sind. Auf dieser Ebene handelt man einfach, verwendet bestimmte Konzepte, Vorannahmen und Theorien, die nicht reflektiert werden. Erst auf der Ebene der zweiten Ordnung entsteht die Möglichkeit der Selbstreflexion. Nichts ist mehr einfach da, nichts ist mehr selbstverständlich. Entscheidend ist, dass der Beobachter für seine Beobachtungen, sein Sprechen und sein Handeln verantwortlich wird. Er ist untrennbar mit dem Gegenstand und Objekt seiner Beschreibung verbunden.“⁵³⁵

So kann auch Rechtsanwendung in einer Beobachtung zweiter Ordnung die kritische Reflexion auf sich entfalten. Sie kann die Blindheit der eigenen Beobachtung überwinden. Vom Moment der Verstrickung der Rechtsarbeit in Normativität her „sieht“ sie damit, wie weder der Gesetzgeber noch das Gesetz, der Normtext die Entscheidung des Falls vorzeichnen können. Sie sieht, wie allein der entscheidende Jurist dafür zu zeichnen vermag. Vom Moment der Verstrickung in Sprachlichkeit her „sieht“ Rechtsarbeit damit zugleich, wer spricht, wenn Recht gesprochen wird, und wem jenes Verständnis zuzurechnen ist, das seinen Ausdruck in der Bezeichnung von Recht findet.

Zwar wird nach der Formel die Entscheidung von Recht „Im Namen des Volkes“ getroffen und der verantwortliche Jurist scheint in dem Moment, in dem er unverstellt spricht, durch den Ausdruck, den er sich gibt, schon wieder zu verschwinden. Aber „prinzipiell ist dies Unsinn, man kann nichts im Namen des anderen geben. Was man geben kann, gibt man prinzipiell nur im eigenen Namen. Wenn es dennoch möglich und notwendig ist, im Namen des anderen zu geben und diese Verantwortung zu übernehmen, bedeutet dies [...], die Verantwortung, die wir übernehmen oder die wir übernehmen wollen, ist immer die Verantwortung für den anderen.“⁵³⁶ Diese Verantwortung, die sich nicht einfach aneignen lässt, ist schwierig. Aber sie wird dem Juristen von außen auferlegt, schon durch die Zwänge des Verfahrens und die darin vorgebrachten Argumente; verbunden mit der Pflicht, die Entscheidung zu begründen, im Namen des Volkes. Daran zeigt sich denn nun auch endgültig, dass eine Beobachtung zweiter Ordnung die Rechtsarbeit nicht etwa bestätigend verdoppelt, sondern den Ansatzpunkt wirklicher Verantwortung im juristischen Handeln erst sichtbar machen kann. Jede Umsetzung des geltenden Rechts ist unvermeidbar auch dessen Verschiebung, Anreicherung, Komplizierung. Aber eine verantwortliche Umsetzung ist ein Gegenzeichnen des vom Parlament geschaffenen Textes. Gegenzeichnen heißt, „mit meinem Namen gegenzuzeichnen, aber in einer Weise, die dem anderen treu sein sollte. Ich würde wahr nicht falsch gegenüberstellen, sondern wahr im Sinne von Treue verstehen. Ich will etwas hinzufügen, dem anderen etwas geben, aber etwas, das der andere entgegennehmen und seiner- oder ihrerseits, tatsächlich

67.

⁵³⁵ Foerster / Pörksen, Wahrheit ist die Erfindung eines Lügners. Gespräche für Skeptiker, 2003, S. 118.

⁵³⁶ Derrida, Als ob ich tot wäre, 2000, S. 37. Siehe auch Derrida, Politik der Freundschaft, 2000.

oder als ein Geist, gegenzeichnen kann. Die Allianz also zwischen diesen beiden Gegenzeichnungen ist Anwendung. Man kann niemals sicher sein, dass es geschieht, es gibt kein Kriterium dafür, keine vorgegebene Norm, niemand kann im Voraus Regeln, Normen oder Kriterien anfügen.“⁵³⁷ Die Rechtsnorm wird konstruiert, aber nicht beliebig, sondern so, dass sie das Gesetz als Normtext anerkennt. Nur dann ist es die Konstruktion einer Rechtsordnung und damit - in diesem Sinn - Rechtsanwendung.

C. Von der monodirektionalen zur polydirektionalen Gesetzesbindung

Der Richter muss seine Entscheidung begründen und findet dazu Material in der Argumentation des Verfahrens. Aber der Relevanzhorizont, den seine Begründung abarbeiten muss,⁵³⁸ ergibt sich nicht nur aus dem Verfahren, sondern auch aus dem Stand der Wissenschaft und entsprechenden Vorentscheidungen. Diese Faktoren kommen im herkömmlichen Ansatz nicht in den Blick, weil die Entscheidung als einsame Erkenntnis des Richters direkt aus der Rechtsquelle modelliert werden muss. Auch der Begriff Rechtsquelle muss deswegen zunächst aus dem Zusammenhang des vertikalen und epistemischen Holismus herausgelöst werden, damit Notwendigkeit und Gewicht der Verwertung von anderen Entscheidungen bestimmt werden können.

Das Gewicht, das der Verweis auf die eigene Rechtsprechung für die Arbeit der Gerichte hat, wirft natürlich auch die Frage nach der Beurteilung der Risiken und Chancen auf, die darin liegen. Das Misstrauen von Rechtstheoretikern gegenüber einem sich an den eigenen Entscheidungen fortschreibenden „Richterrechts“ ist, einmal ganz abgesehen von den verfehlten rechtstheoretischen Grundlagen, in denen es wurzelt, natürlich nicht völlig aus der Luft gegriffen.⁵³⁹ Gerade wenn man sich die Funktion einer „Arbeitsersparnis“ vor Augen hält, aber auch die Apostrophierung und Petrifizierung der eigenen Entscheidungspraxis zu einer „ständigen Rechtsprechung“, kommt einem jener Spruch in den Sinn, der die Problematik der Rechtsfortschreibung am eigenen Text auf den Punkt bringt. Ärzte, so heißt es, beerdigen ihre Fehler. Wenn jedoch ein Jurist einen Fehler macht, dann wird dies ein allgemeiner Rechtsgrundsatz.

Dies weist deutlich auf das Risiko hin, das dem Einsatz des Verweises auf die eigene Rechtsprechung grundsätzlich anhaftet. „Arbeitsersparnis“ droht in die

⁵³⁷ *Derrida*, Als ob ich tot wäre, 2000, S. 33.

⁵³⁸ Zum Relevanzhorizont richterlicher Entscheidungen am Beispiel des Strafverfahrens *Kudlich / Christensen*, GA 2002, 337 ff.

⁵³⁹ Siehe beispielsweise nur *Bydlinski*, Hauptpositionen zum Richterrecht, in: JZ 1985, S. 149 ff.; *Sendler*, Richterrecht - rechtstheoretisch und rechtspraktisch, in: NJW 1987, S. 3240 ff. Grundlegend zum Problem in kritischer Auseinandersetzung mit der herrschenden Lehre *Friedrich Müller*, Richterrecht - rechtstheoretisch formuliert, in: Richterliche Rechtsfortbildung. Erscheinungsformen, Auftrag, Grenzen. Festschrift der Juristischen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, hrsg. von den Hochschullehrern der Juristischen Fakultät der Universität Heidelberg, 1986, S. 65 ff.; sowie *ders.*, ‚Richterrecht‘. Elemente einer Verfassungstheorie III, 1986.

Fortschreibung von Fehlern, von Fehlentscheidungen zu münden. Sie kann in falsche Sicherheit einer blinden Bindung an Präjudizien führen. Akzeptiert der Jurist vorschnell den Urteilsspruch als „ständig“ beständiges Recht, so droht Rückfall in positivistische Illusionen. Wie muss man aber den Begriff der Rechtsquelle präzisieren, damit Argumentation und Vernetzung mit anderen Entscheidungen als integraler Teil einer horizontal gefassten Gesetzesbindung gedacht werden können? Weil es sich beim Recht um eine Medienkonstellation aus geschriebener Sprache des Gesetzes, gesprochener Sprache im Verfahren und geschriebener Sprache in der Begründung handelt, ist es nötig, den Begriff der Beobachtung medientheoretisch fortzuentwickeln.

I. Von der Auffindung zur Konstruktion der Rechtsquelle

a) Ein reflektierender Begriff von Beobachtung erlaubt auch eine Präzisierung der Rolle der Rechtsquelle. Die Metapher der Rechtsquelle taucht im Kontext der richterlichen Gesetzesbindung auf. Herkömmlich soll sie den Gegenstand dieser Bindung darstellen und ist mit dieser Rolle natürlich überfordert. Um ihre tatsächliche Bedeutung als Lieferant für die Legitimität der Gerichtsentscheidung zu bestimmen, muss man ihre Rolle im Verfahren untersuchen. Ein Normtext wird zur Quelle durch die Herstellung, Aufrechterhaltung und richterliche Sanktionierung des Bezugs darauf. Die Rechtsquelle wird aber nicht erkannt, sondern vielmehr in Verfahren ständig diskutiert. Was das heißt, macht eine medientheoretische Präzisierung im Begriff der Beobachtung deutlich: Beobachten vollzieht sich als beständiger Übergang. Dieser Übergang wird aufgenommen vom Begriff der Transkription.⁵⁴⁰ Das lateinische *transcribere* steht für Abschreiben oder Umschreiben. Zwischen Abschrift und Umschrift ist der Spielraum des Ereignisses zu erkennen und damit das mögliche Moment der Transgression. Dieses Bedeutungspotential ist auch im Recht nützlich, denn der Sinn der Rechtsquelle wird auf dem Weg vom Gesetzbuch ins Verfahren zur Begründung langsam aber beständig umgeschrieben.

Vor seiner medientheoretischen Generalisierung wurde der Begriff der Transkription schon in anderen Wissenschaften verwendet und entwickelt, etwa in der Soziologie, wo man damit das Übertragen eines qualitativen Interviews in eine quantitative und auswertbare Form bezeichnet, oder in der Musikwissenschaft, in der man neben der Umschreibung von einer Notenschrift in die andere auch die Übertragung eines klingenden Werkes in eine Notenschrift als Transkription begreift.⁵⁴¹ Grundlegende Bedeutung hat der Begriff aber vor

⁵⁴⁰Dazu *Stanitzek*, Transkribieren. Medien/Lektüre: Einführung, in: Jäger / Stanitzek (Hrsg.), Transkribieren. Medien/Lektüre. 2002, 7 ff.; *Jäger*, Transkriptivität. Zur medialen Logik der kulturellen Semantik, in: Jäger / Stanitzek (Hrsg.), Transkribieren. Medien/Lektüre. 2002, 19 ff.

⁵⁴¹*Krämer*, Was haben ‚Performativität‘ und ‚Medialität‘ miteinander zu tun?, in: dies. (Hrsg.), Medien, Computer, Realität. Wirklichkeitsvorstellungen und Neue Medien, 1998, S. 9 ff., 25. Dazu hier *Stanitzek*, Transkribieren. Medien/Lektüre: Einführung, in: Jäger / Stanitzek (Hrsg.), Transkribieren. Medien/Lektüre. 2002, 7 ff.; *Jäger*, Transkriptivität. Zur medialen Logik der kulturellen Semantik, in: Jäger / Stanitzek (Hrsg.), Transkribieren. Medien/Lektüre. 2002, 19 ff. Als Quelle zu Folgendem

allem in der Linguistik gewonnen: Während in der Phonetik damit die Übertragung einer Schreibung oder eines Phonems in eine andere als die ursprüngliche Schrift bezeichnet wird, steht Transkription in der Konversationsanalyse für das Übertragen von gesprochener Sprache, Gesprächen oder auch Gebärden in eine schriftlich fixierte Form. Die deutschsprachige Gesprächsanalyse hat für diesen Transfer von Mündlichkeit in Schriftlichkeit zu Zwecken empirischer Sprachanalyse⁵⁴² das Verfahren der „halbinterpretativen Arbeitstranskription“ (HIAT) entwickelt.⁵⁴³ Bei diesem Verfahren zur Verschriftlichung mündlicher Dialoge wird Sinn aus nicht-wissenschaftlichen Kontexten zu wissenschaftlichen Zwecken umgeschrieben, wobei aber der Bezug zum Ausgangsmaterial trotz Verschiebung erhalten bleiben soll.⁵⁴⁴

Die Idee der Transkriptivität wird in der Medientheorie generalisiert: Transkriptionen sollen nicht einfache Umsetzung in der Form sein, sondern produktiv den Text reformulieren. Dabei ist aber die Transkription als die Inszenierung von Sinn nicht vollkommen autonom; vielmehr wird sie an dem Anspruch gemessen, gerade diesen Ausgangspunkt zu artikulieren. Zunächst scheint es sich beim Transkribieren erst einmal um eine Angelegenheit zwischen Medien zu handeln, um einen Transfer von Medium zu Medium. Möglich ist dies dadurch, „dass Medien vor allem andere Medien enthalten“.⁵⁴⁵ Dadurch verweist ein Medium aus sich heraus. Das Transkribieren vermag diesen Verweis aufzunehmen und zu vollziehen. Die Transkriptionsprozesse haben dabei den Charakter einer Transponierung⁵⁴⁶ oder einer Übersetzung.⁵⁴⁷ Wenn man mit Davidson davon ausgeht, dass „Übersetzen“ bereits in der eigenen Sprache beginnt, so wird deutlich, dass Transkribieren auch schon ein inframedialer Vorgang ist.⁵⁴⁸ Transkribieren ist also eine Transformation, die den Ausdruck als Verkörperung von Sinn in Szene setzt und so auf diesen rückbezogen bleibt, ohne von ihm vollkommen festgelegt zu sein. Dies ist genau die Spannung zwischen der Bedeutsamkeit eines Normtextes dank seiner Geltung und seiner Bedeutung an Recht, die er im Urteil als Ergebnis des Verfahrens findet.

<http://de.wikipedia.org/wiki/Transkription>, samt Weiterverweisen.

⁵⁴²Redder, Professionelles Transkribieren, in: Jäger / Stanitzek (Hrsg.), Transkribieren. Medien/Lektüre. 2002, 115 ff., 115.

⁵⁴³Siehe Ehlich / Rehbein, Halbinterpretative Arbeitstranskription (HIAT), in: Linguistische Berichte 45 (1976), 21 ff. Dazu Redder, Professionelles Transkribieren, in: Jäger / Stanitzek (Hrsg.), Transkribieren. Medien/Lektüre. 2002, 115 ff., 129 ff.

⁵⁴⁴Zu diesen Momenten des wissenschaftlichen Transkriptionsbegriffes Redder, Professionelles Transkribieren, in: Jäger / Stanitzek (Hrsg.), Transkribieren. Medien/Lektüre. 2002, 115 ff., 115.

⁵⁴⁵Liebrand / Schneider, Einleitung, in: dies. (Hrsg.), Medien in Medien. 2002, 9 ff., 9.

⁵⁴⁶So werden bei der Gesprächsanalyse lautliche und gestische Artikulationen des Sprechers in eine Partitur von Graphemen übersetzt, wie etwa bei dem erwähnten Verfahren der halbinterpretativen Arbeitstranskription.

⁵⁴⁷Dazu ausführlich Wetzel, Unter Sprache – Unter Kulturen. Walter Benjamins „Interlinearversion“ des Übersetzens als Inframedialität, in: Liebrand / Schneider (Hrsg.), Medien in Medien. 2002, 154 ff.

⁵⁴⁸Dazu Jäger, Transkriptionen: inframedial, in: Liebrand / Schneider (Hrsg.), Medien in Medien. 2002, 123 ff.; sowie ausführlich Weber, Transkribieren und „Einsprachigkeit“, in: Liebrand / Schneider (Hrsg.), Medien in Medien. Köln 2002, 129 ff.

b) Bedeutungserschließung ist daher auf transkriptive Verfahren angewiesen, die es erlauben, „Projektionen aus dem Modus der Unbestimmtheit beziehungsweise Unlesbarkeit in den der Lesbarkeit zu versetzen.“⁵⁴⁹ Dieser Vorgang wird durch die Reflexivität von Sprache ermöglicht. Durch die Annahme der Lesbarkeit wird etwas zum Zeichen gemacht und dadurch weiteren Lesarten ausgesetzt. Dies ist auch die Situation des juristischen Verfahrens, in dem der Normtext den widerstreitenden Lesarten der Parteien ausgeliefert ist. Zur Auswahl einer verbindlichen Lesart bedarf es der Arbeit des Verfahrens, die aber insofern an den Normtext rückverpflichtet bleibt, als sie beansprucht, ihn in Szene zu setzen.

Das Transkribieren folgt dabei der medialen Logik einer Sinnerzeugung aus der Ausdruckswahrnehmung, die dadurch erst vollzogen wird. Der Vorgang des Transkribierens geht vom Präskript aus; dieses ist „das zugrundeliegende symbolische System selbst, das fokussiert und in ein Skript verwandelt wird.“⁵⁵⁰ Im Aspekt der Wahrnehmung wird durch die Transkription der Text als Ausdruck buchstäblich vorgestellt. Text ist dabei in einem weiten Sinn zu verstehen, „der auch Bilder, Stimmen, Architektur usw. als Gegenstände von Lektüre zu konzipieren gestattet.“⁵⁵¹ Zu einem Ausdruck werden solche „Gegenstände“ dabei überhaupt erst durch die Annahme einer Lesbarkeit,⁵⁵² nicht durch irgendeine Eigenleistung, die bloß aufzunehmen wäre. Es ist der Verdacht von Sinn, der das Objekt damit zu einer der Gestaltung sich öffnenden Verkörperung macht. Diese Gestaltung vollstreckt die Transkription in Skripten als den „durch das Verfahren lesbar gemachten, das heißt transkribierten Ausschnitte(n) des zugrundeliegenden symbolischen Systems.“⁵⁵³ Man schreibt den Text als Gestalt in einen Sinn um. Dadurch verschwindet der Text im Verstehen. Den Status von Skripten erhalten Symbolsysteme nur dadurch, dass sie transkribiert werden, also aus Präskripten in semantisch auf neue Weise erschlossene Skripte verwandelt werden: „Tatsächlich stellt also jede Transkription die Konstitution eines Skripts dar, wiewohl das Verfahren zunächst auf ein schon vor seiner transkriptiven Behandlung existierendes symbolisches System trifft.“⁵⁵⁴

Es offenbart sich damit eine eigentümliche Beziehungslogik von Präskript, Skript und Postskript: obgleich das Präskript der Transkription vorausgeht, ist es als Skript doch erst das Ergebnis der Transkription. Man darf deshalb nicht davon ausgehen, dass zwischen Präskript/Skript und Transkript ein einfaches

⁵⁴⁹ *Liebrand / Schneider*, Einleitung, in *Liebrand/Schneider* (Hrsg.), *Medien in Medien* 2002, 9 ff., 10.

⁵⁵⁰ *Jäger*, Transkriptivität. Zur medialen Logik der kulturellen Semantik, in: *Jäger / Stanitzek* (Hrsg.), *Transkribieren. Medien/Lektüre*. 2002, 19 ff., 30. *Jäger* spricht in seinen früheren Arbeiten meist noch vom „Quelltext“ oder Prätext, hat diese Begrifflichkeit aber im Weiteren zugunsten von Präskript aufgegeben.

⁵⁵¹ *Stanitzek*, Transkribieren. *Medien/Lektüre: Einführung*, in: *Jäger / Stanitzek* (Hrsg.), *Transkribieren. Medien/Lektüre*. 2002, 7 ff.; 8.

⁵⁵² Sonst werden sie als Unsinn abgetan. Vgl. dazu *Jahraus*, *Systemtheorie, Dekonstruktion und Medientheorie*, 2001, 113.

⁵⁵³ *Jäger*, Transkriptivität. Zur medialen Logik der kulturellen Semantik, in: *Jäger / Stanitzek* (Hrsg.), *Transkribieren. Medien/Lektüre*. 2002, 19 ff., 19 ff., 30.

⁵⁵⁴ Ebd.

Verhältnis der Abbildung besteht. So stellt die narrative Darstellung eines geschichtlichen Ereignisses als Transkript der in den Quellen dokumentierten, aber erst durch die Transkription narrativ selektierten und verbundenen Sachverhalte keine Abbildung dieser Sachverhalte dar, sondern konstituiert sie als historisches Ereignis. Die Aussage, dass sich die Geschichte erst im transzendentalen Rahmen des Wissens von ihr konstituiert,⁵⁵⁵ expliziert deshalb nichts anderes als die transkriptive Logik der Geschichtsschreibung: Erst aus der Perspektive der darstellenden Transkriptionen der Quellen erhalten diese einen Status als Skript und damit eine Semantik. Die Quellen werden durch ihre narrativen Transkriptionen konstituiert und in einer bestimmten Hinsicht lesbar gemacht.

Die Transkription überschreibt den Text in einen geäußerten Sinn oder Gehalt. Sofern dieser als „geäußert“ erzeugt wird, wird der Text auch schon wieder vernehmlich. Er steht wiederum als Ausdruck vor dem Sinn, dessen Vollzug somit jene Differenz aufreißt, die Generationen von Sprachtheoretikern Kopfzerbrechen bereitete: der Bestimmung des Verhältnisses von Signifikant zu Signifikat.⁵⁵⁶ Als Moment von Transkription betrachtet, wird die Sache an den ihr zustehenden Ort praktischer Verantwortlichkeit überwiesen. „Transkripte sind also nicht nur keine Abbildungen von Skripten, sondern diese sind ihrerseits auch nicht einfach Derivationen des Transkriptionsverfahrens. Tatsächlich kann man die Relation von Transkript und Skript nach dem Zeichen-Muster der Relation von Signifikant und Signifié verstehen: Beide lassen sich erst *ex post actum* – nach dem Verfahren der Transkription – als konstituierte Momente eines synthetischen Ganzen verstehen. 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.“⁵⁵⁷

Das Skript, welches jede Transkription erzeugt und durch das der Text als Verkörperung von Sinn vollzogen wird, geht in seiner Abhängigkeit von jener Transkription, der es seine Existenz verdankt, aber keineswegs auf. Vielmehr sind Skript und Transkript immer schon auf Postskripte hin geöffnet, welche diese Differenz auf transkriptive Angemessenheit hin beobachten. Damit sind die Rahmenbedingungen eines rekursiven Spiels gesetzt, innerhalb dessen das erzeugte Skript eine Art Eigenrecht erlangt.⁵⁵⁸ Skripte sind in ihrer Behauptung als Lesart des Präskripts immer Postskripten geöffnet, die genau diese Behauptung thematisieren und konterkarieren, indem sie durch einen solchen Anspruch die Stelle des Skripts für sich einzunehmen gedenken. Das ist der

⁵⁵⁵So *Riedel*, Positivismuskritik und Historismus. Über den Ursprung des Gegensatzes von Erklären und Verstehen im 19. Jahrhundert, in: Blühdorn / Ritter (Hrsg.), Positivismus im 19. Jahrhundert. Beiträge zu seiner geschichtlichen und systematischen Bedeutung. 1971, im Anschluss an *Droysen*, Historik. Rekonstruktion der ersten vollständigen Fassung der Vorlesungen 1857. Herausgegeben von Peter Leyh. 1977, 218, 236.

⁵⁵⁶Zur ausführlichen Kritik siehe *Jäger*, Transkriptivität. Zur medialen Logik der kulturellen Semantik, in: *Jäger / Stanitzek* (Hrsg.), Transkribieren. Medien/Lektüre. 2002, 19 ff.

⁵⁵⁷Ebd., 19 ff., 33 f.

⁵⁵⁸*Stanitzek*, Transkribieren. Medien/Lektüre: Einführung, in: *Jäger / Stanitzek* (Hrsg.), Transkribieren. Medien/Lektüre. 2002, 7 ff., 10.

Streit der Lesarten im Verfahren.

c) 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 dann den Raum von Postskripten. Der Streit der Lesarten etabliert dabei das Skript als Rechtsquelle, wenn sich beide Parteien auf denselben Normtext beziehen. Da aber jede Partei den Bezug der anderen bestreitet, ist der Inhalt der Quelle noch nicht definiert. Die Quelle gibt nicht den Ausschlag, weil sie ein Maß für die streitigen Lesarten enthielte, sondern allein, weil sie gleichermaßen in den Transkriptionen als Skript enthalten ist.

Die „Tatsachen“ liegen nicht als solche vor, sie sprechen nicht, „sondern wir lassen sie sprechen“. Dies geschieht im Rahmen einer Transkription, die dem Präskript den Status eines Skripts zuweist, so wie eine historische Überlieferung „erst durch unsere Fragen in eine Quelle verwandelt“ wird.⁵⁵⁹ Dieser Vorgang geschieht allerdings nicht auf beliebige Art und Weise. „Weil es Postskripte gibt, die den Rekurs auf die Differenz von Skript und Transkript leisten, gilt vielmehr umgekehrt: ‚Die Quellen haben ein Vetorecht.‘“⁵⁶⁰ Gerade dieser Aspekt ist für die Logik von Transkriptionsprozessen von konstitutiver Bedeutung: Sie eröffnen einen Prozess des rekursiven Bezugs, in dem Transkripte auf ihr Recht, ihre Korrektheit, auf andere Möglichkeiten hin zu befragen sind. Zwischen Trans- und Postskript erweist sich die Kontingenz des Skripts.⁵⁶¹

Transkription stellt also „ein grundlegendes Verfahren des Lesbarmachens kultureller Semantik dar, wobei die intramediale reflexive Doppeltheit der Sprache bzw. die intermediale Dualität der ins Spiel gebrachten symbolischen Systeme oder Teilsysteme von entscheidender Bedeutung ist.“⁵⁶² Sinn ist nur in Transkripten zu haben und verdankt sich allein der Performanz von Verständigungsprozessen. So wie in der Geschichtswissenschaft Quellen erst in der Narration konstituiert und anerkannt werden, so werden auch in der juristischen Argumentation des Verfahrens die von den Parteien herangezogenen Rechtsquellen erst durch die anschließende Diskussion und die Affirmation des Gerichts anerkannt. Wenn aber die Quelle der Argumentation nicht übergeordnet, sondern eingeordnet ist, dann muss man das Modell vertikaler Erkenntnis durch eine horizontale Vernetzung ersetzen. Abstrakter formuliert: „Juristisch ist damit eine Neubewertung der Kasuistik angesagt. Es gilt der Vorrang der partikularen Fallerfahrung und des Einzelfallgesetzes vor dem vorschnell generalisierenden

⁵⁵⁹ *Droysen*, Historik. Rekonstruktion der ersten vollständigen Fassung der Vorlesungen 1857. Herausgegeben von Peter Leyh. 1977, 218, 236.

⁵⁶⁰ So *Stanitzek*, Transkribieren. Medien/Lektüre: Einführung, in: Jäger / Stanitzek (Hrsg.), Transkribieren. Medien/Lektüre. 2002, 7 ff., 10, im Anschluss an *Koselleck*, Standortbindung und Zeitlichkeit. Ein Beitrag zur historiographischen Erschließung der geschichtlichen Welt, in: ders., Vergangene Zukunft. Zur Semantik geschichtlicher Zeiten. 1979, 176 ff., 204 ff.

⁵⁶¹ *Stanitzek*, Transkribieren. Medien/Lektüre: Einführung, in: Jäger / Stanitzek (Hrsg.), Transkribieren. Medien/Lektüre. 2002, 7 ff., 10. Zum Begriff des rekursiven Bezugs siehe *Winkler*, Diskursökonomie, 2004), S. 170. Im Unterschied zur Informatik bildet dieser Begriff hier keinen Gegensatz zur Iteration.

⁵⁶² *Jäger*, Transkriptivität. Zur medialen Logik der kulturellen Semantik, in: Jäger / Stanitzek (Hrsg.), Transkribieren. Medien/Lektüre. 2002, 19 ff., 35.

Zugriff des allgemeinen Gesetzes. Doch müsste dies von einer entschiedenen Politisierung des Fallrechts begleitet sein, die nicht bloß den individuellen Interessenausgleich im Einzelfallkonflikt anstrebt, sondern sich explizit als Experiment an gesellschaftlichen Institutionen versteht.⁵⁶³ An die Stelle einer schon im Gesetz vorhandenen Einheit tritt hier ein Stolpern des Rechts von Fall zu Fall. Der Zusammenhang im blinden Experimentalismus wird nur durch die Argumentation verbürgt als wechselseitige Beobachtung der Knoten im Netz. Jeder Spruchkörper im Zentrum des Rechts ist verpflichtet, die Entscheidungen anderer Gerichte zu beachten. Das heißt, er muss ihnen nicht folgen, aber er kann mit einem neuen Argument abweichen.

II. Binden Präjudizien als Normtexte oder als Argument?

a) Es gibt kein Recht vor dem Fall. Weder gibt das Gesetz es her, indem es von ihm „vorbedeutet“ wäre, noch gibt ein Urteil es her, indem es von diesem „vorgefertigt“ wäre. Das Recht ist immer wieder am Fall neu in Arbeit zu nehmen, auch die eigene Vorentscheidung. Deswegen bedarf es der Vernetzung. Präjudizien vermögen die Arbeit an Recht als dessen Konstruktion unübersehbar zu machen.

Angesichts der praktischen Verhältnisse der Rechtsarbeit ist dies unumgänglich. Bei Entscheidungen handelt es sich nie um ein Anwenden, sondern immer um das Erzeugen von Normen, freilich anhand von Text. Der Text fungiert als Eingangsdatum für die Rechtserzeugung und in Gestalt einer darzustellenden Zurechenbarkeit von deren Ergebnissen zugleich als Maßstab für die Richtigkeit und Rechtmäßigkeit der Entscheidung. Der Normtext wird dafür immer als ein Bezugspunkt der Rechtsarbeit vorgesetzt, indem er für diese als ein geltender akzeptiert wird. Dies ergibt sich aus den methodischen Standards, denen der Jurist unterworfen ist und über die er sich nur um den Preis hinwegsetzen kann, selbst nicht mehr als ein solcher gelten zu können. Genau auf diese Anforderungen nun an den Prozess der Semantisierung von Text bezieht sich auch das Erfordernis der Bindung. Und zwar vorderhand an jeglichen Text, der in Geltung gesetzt ist. Die Auszeichnung bestimmter Textsorten, etwa von Gesetzen, vor anderen, etwa Gerichtsurteilen, ist dabei gleichfalls eine Angelegenheit der juristischen Standards so, wie sie etwa in Verfassungen zur Begründung eines bestimmten Rechtssystems formuliert werden. Auf keinen Fall aber geht diese Auszeichnung für eine Bindung von den Texten selbst aus etwa dergestalt, dass die einen die leitenden Normen enthielten und die anderen nicht. „In Kraft“ gesetzt werden diese Standards allein in der entsprechenden normativen Praxis als Spiel um die bindende Autorität im „Raum der Gründe“. Es geht um Beobachtung und nicht um Substanz. Text vermag so der Rechtsarbeit niemals einen Fixpunkt zu bieten. Er liefert nur operationale Leitlinien, an denen sie kontrollierbar wird. Und zwar in diesem Sinne sowohl anhand des Gesetzes, als

⁵⁶³Hierzu: *Fischer-Lescano/ Teubner*, Prozedurale Rechtstheorie: Rudolf Wiethölter, in: Buckel / Christensen / Fischer-Lescano (Hrsg.), *Neue Theorien des Rechts*, 2006, S. 79 ff., 91 f.

auch anhand der Vorentscheidung. Rechtsarbeit setzt dabei immer nur Text für Text, und der sie vollziehende Jurist kann die daraus erwachsenden Begründungslasten niemals abschieben. Weder an den Gesetzgeber, noch an den Richterkollegen oder an seine eigene Vorentscheidung. D.h., dass auch der Verweis auf eine Rechtsprechung, die man selbst in der juristischen Welt gesetzt hat, nicht von einer neuerlich zu leistenden Begründung entbindet, wenn man auf sie verweist.

b) Je nachdem nun, wie diese Bindung ausfällt, kann man zwischen der Bindung an Normtexte und einer argumentativen Bindung unterscheiden. Während man erstere nicht einfach durch Argumente überspielen darf, vermag zweiteere zwar der Entscheidungen einen Rahmen bieten, kann aber als durchaus weiteren Argumenten weichen. Vorausgesetzt nur, diese können ein Mehr an Einwandfreiheit und damit an Geltung für sich beanspruchen.⁵⁶⁴ Die Frage ist daher, welcherlei Bindungswirkung man dann Vorentscheidungen zubilligen kann: Eine normtexthafte, die sie zum Zurechnungspunkt für die Entscheidung macht, oder aber eine argumentative, die ihr lediglich die Richtung weist?

Wie steht es nun mit dem normativen Moment? Sicher ist, dass die Auslegungsentscheidungen eines – insbesondere ranghohen – Gerichts die Richtung zu geben vermögen, sofern sie einer methodischen Überprüfung standhalten. Fraglich ist aber, ob sie darüber hinaus eine normtextähnliche Rolle aufweisen. Diese würde zunächst dazu führen, dass ein Gericht an seine Vorentscheidung selbst gebunden wäre. Dem Gericht würde aber dann die nötige Flexibilität fehlen, um auf Veränderungen reagieren zu können. Außerdem wäre es ständig mit dem Subsumieren unter eigene Leitsätze beschäftigt. Für eine Rechtsprechungsänderung wäre dann jedes Mal der Gesetzgeber nötig. Alles in allem ergibt sich, dass Präjudizien der aktuellen Entscheidung Richtung geben, sofern sie methodisch haltbar sind, und damit normativ wirken. Aber sie fungieren nicht als legitimierender Zurechnungspunkt neuer Entscheidungen. Sie sind nur Argumente. Aber das sind sie ganz sicher. Der Verweis auf die eigene Rechtsprechung als Beobachtung zweiter Ordnung fungiert vollgültig als juristische Argumentform. Und etwas anderes steht der Praxis ohnehin nicht zur Verfügung. Wie wirkt nun diese Bindung durch Argumente?

III. Was heißt default deference?

Die Netzwerktheorie trägt hier die Einsicht bei, dass die wechselseitige Beobachtung der Gerichte als iterative Sequenz von Knotenentscheidungen aktualisiert wird, die jeweils als Entscheidungsprämissen in die Entscheidungen anderer Knoten eingehen. Die Möglichkeit eines Bindungseffekts, der aus einer bloßen Fremdbeobachtung eine interne Netzwerkbeobachtung macht, d.h. nach der Bindungswirkung von Präjudizien innerhalb eines vernetzten Zusam-

⁵⁶⁴Dazu im Einzelnen *Christensen / Sokolowski*, Die Krise der Kommunikation und die Möglichkeit juristischen Argumentierens, in: Lerch (Hrsg.), Recht verhandeln. Argumentieren, Begründen und Entscheiden im Diskurs des Rechts. Die Sprache des Rechts, Band 2, 2005, S. 105 ff.

menhanges, muss zwischen der Scylla einer unveränderlichen Rechtsbindung durch Präjudizien und der Charybdis eines Präzedenzkonzepts, das auf bloße Persuasion oder gar lediglich auf zu harmonisierende Methodenkonzepte setzt, hindurchführen. Es bietet sich hier die "default deference" an, also eine Vermutung, dass Entscheidungen von Gerichten füreinander Präjudizcharakter haben. Was in Ansätzen bereits für das Verhältnis nationalstaatlicher Gerichte zu internationalen Gerichten Eingang in die Rechtspraxis gefunden hat,⁵⁶⁵ wäre darum auch generell zu fordern: Gegenseitige Beobachtung, Berücksichtigung und Auseinandersetzung mit den jeweiligen Urteilsgründen.

Ähnlich hat beispielsweise auch das Bundesverfassungsgericht das Verhältnis nationaler Gerichte zum Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte im Oktober 2004 neu justiert.⁵⁶⁶ Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts macht noch Konzessionen an das Denken in Hierarchien, indem sie die Europäische Menschenrechtskonvention dem deutschen Verfassungsrecht subordiniert.⁵⁶⁷ Das war ein Affront, der unmittelbare Gegenwehr insbesondere durch den Präsidenten des EGMR hervorgerufen hat.⁵⁶⁸ Denn die Gefahr besteht, dass nach dem durch das Maastrichturteil des BVerfG ausgelösten Kräfteressen zwischen EuGH und BVerfG und der Fülle an Literatur zum Rangordnungsverhältnis der nationalen Verfassungsgerichte und dem EuGH nun eine erneute Subordinationsdebatte einsetzen könnte.⁵⁶⁹ Eine solche Debatte wäre wahrlich fehlorientiert, da sie in den überholten Kategorien eines Stufenbaus der Institutionen denkt, wo statt dessen Theorie und Praxis des Interdependenzaufbaus durch Vernetzung von Kommunikationsakten im transnationalen Menschenrecht gefordert wäre.⁵⁷⁰

Marc Amstutz hat dies im Verhältnis des EuGH zu den nationalen Gerichten am Beispiel der EuGH-Rechtsprechung zur "richtlinienkonformen Auslegung" vorgeführt.⁵⁷¹ Und in dieser Logik wäre auch die Provokation im Urteil des Bundesverfassungsgerichts unnötig gewesen, wenn das Gericht auf die Kompatibilisierung heterogener Geltungsanordnungen gesetzt hätte. Ein solcher Ansatz findet sich durchaus auch in der Entscheidung des Gerichts, wenngleich

⁵⁶⁵Ein Beispiel jüngeren Datums ist die viel zitierte Entscheidung des US-amerikanischen Supreme Court (Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003)), in der das Gericht eine Entscheidung des Europäischen Menschenrechtsgerichtshofs (Dudgeon v. United Kingdom, Eur. Ct. H. R. 45 (1981), 52) heranzieht.

⁵⁶⁶BVerfG, 2 BvR 1481/04 vom 14.10.2004, BVerfGE 111, 307 ff.

⁵⁶⁷Näher hierzu *Mayer-Ladewig / Petzold*, Die Bindung deutscher Gerichte an Urteile des EGMR. Neues aus Straßburg und Karlsruhe, NJW 58 (2005), 15 ff., 18.

⁵⁶⁸Der Spiegel, Schelte aus Europa Seite. Gespräch mit dem Präsidenten des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, *Wildhaber*, *Der Spiegel* 47/2004, 50 ff.

⁵⁶⁹Aus der unübersehbaren Fülle der Literatur zum Verhältnis des EuGH zu den nationalen Verfassungsgerichten siehe *Mayer*, Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung. Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts und die Letztentscheidung über Ultra-vires-Akte in Mehrebenensystemen, 2000, S. 19 ff. und 323 ff.

⁵⁷⁰Unter Bezugnahme auf die genannte Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts auch *Zumbansen*, Globalization and the Law: Deciphering the Message of Transnational Human Rights Litigation, German Law Journal 5 (2004), 1499 ff.

⁵⁷¹*Amstutz* Zwischenwelten. Zur Emergenz einer interlegalen Rechtsmethodik im europäischen Privatrecht, in Teubner / Joerges (Hrsg.), Rechtsverfassungsrecht, 2003, 213 ff.

die öffentliche Rezeption der Entscheidung durch die Hierarchisierungsfrage überlagert wird. Insbesondere die vom Bundesverfassungsgericht skizzierte Präjudizienlehre ist jedoch positiv hervorzuheben. Denn das Gericht gibt den nationalen Gerichten auf, "die Entscheidung des Gerichtshofs [des EGMR, die Verf.] im innerstaatlichen Bereich zu berücksichtigen, das heißt, die zuständigen Behörden oder Gerichte müssen sich mit der Entscheidung erkennbar auseinandersetzen".⁵⁷² Konsequenterweise verlangt das Bundesverfassungsgericht: "Die über das Zustimmungsgesetz ausgelöste Pflicht zur Berücksichtigung der Gewährleistungen der Europäischen Menschenrechtskonvention und der Entscheidungen des Gerichtshofs erfordert zumindest, dass die entsprechenden Texte und Judikate zur Kenntnis genommen werden und in den Willensbildungsprozess des zu einer Entscheidung berufenen Gerichts, der zuständigen Behörde oder des Gesetzgebers einfließen. Das nationale Recht ist unabhängig von dem Zeitpunkt seines Inkrafttretens nach Möglichkeit im Einklang mit dem Völkerrecht auszulegen."⁵⁷³

In einer Entscheidung aus dem Dezember 2004 hat das Bundesverfassungsgericht denn auch klargestellt, dass sich die Bindungswirkung einer Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte auf alle staatlichen Organe erstrecke und diese grundsätzlich verpflichte, im Rahmen ihrer Zuständigkeit "einen fortdauernden Konventionsverstoß zu beenden und einen konventionsgemäßen Zustand herzustellen. Gerichte sind zur Berücksichtigung eines Urteils, das einen von ihnen bereits entschiedenen Fall betrifft, jedenfalls dann verpflichtet, wenn sie in verfahrensrechtlich zulässiger Weise erneut über den Gegenstand entscheiden und dem Urteil ohne materiellen Gesetzesverstoß Rechnung tragen können." Dabei habe sich das jeweilige nationale Gericht in einer nachvollziehbaren Form damit auseinander zu setzen, wie das betroffene Grundrecht in einer den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland entsprechenden Art und Weise ausgelegt werden kann.⁵⁷⁴

Diese jüngere Praxis transnationaler Präjudizienjurisdiktion in der Bundesrepublik findet seine Parallelen in zahlreichen anderen nationalen Rechtsordnungen. Für das Verhältnis US-amerikanischer Gerichte zu internationalen Spruchkörpern hat Alford eine Präjudizienlehre herausgearbeitet. Sein Ansatz unterscheidet dabei zwischen unterschiedlichen "Deference-Modellen", die an der einschlägigen US-Rechtsprechung ansetzen und so ein differenziertes Bild von Inkorporationsmöglichkeiten bieten. Dabei reflektieren die nationalen Inkorporationsregeln die Heterogenität der Funktionsweisen internationaler Spruchkörper, indem die nationalen Gerichte graduierte Bindungsregeln implementieren.⁵⁷⁵ Diesen Modellierungen ist die Deference-Orientierung

⁵⁷²BVerfG, 2 BvR 1481/04 vom 14.10.2004, Ziff. 50, BVerfGE 111, 307 ff. (324).

⁵⁷³Ebd., Ziff. 48, BVerfGE 111, 307 ff. (324); vgl. auch generell *Martinez*, Towards an International Judicial System, Stanford Law Review 56 (2003), S. 429 ff.

⁵⁷⁴BVerfG, 1 BvR 2790/04 vom 28.12.2004, Ziff. 28, abgedruckt in: NJW 2005, 1105 ff. (1107).

⁵⁷⁵Roger Alford, Federal Courts, International Tribunals, and the Continuum of Deference, Virginia Journal of International Law 43 (2003), S. 675 ff. (792 f.), mit umfangreichen Nach-

gemeinsam.

„Default deference“ ist dabei gegenüber dem formalen „stare decisis“ der Präjudizienbindung schwächer, da sie nur eine Bindungsvermutung anordnet. Sie ist aber stärker als ein bloßer persuasiver Präzedenzfall, da sie Abweichungen nur unter starkem Begründungszwang erlaubt. Die Intensität dieses Begründungszwangs liegt zunächst darin, dass das Präjudiz in das jeweilige Verfahren eingeführt werden muss, auch wenn die Verfahrensbeteiligten dies nicht vorbringen. Es definiert also den Relevanzhorizont des Verfahrens. Außerdem muss dieses Präjudiz in der Begründung der Entscheidung entweder integriert oder widerlegt werden. Sonst kann der Entscheidung des Gerichts keine Geltung zugesprochen werden. Damit schließt man an das viel diskutierte Phänomen der Unsicherheitsabsorption in Netzwerken und formalen Organisationen an, das heißt an die regelmäßige Abnahme von Vorentscheidungen mit der Ausnahmemöglichkeit zur Abweichung, wenn überzeugende Gründe es fordern.⁵⁷⁶ Die Vermutung kann aber widerlegt werden, woraus folgt, dass jedes „distinguishing“ oder „overruling“ unter Begründungs- und Legitimationszwang steht.

5. Kapitel Die Anforderungen der Verfassung

Die Bindung an das Gesetz im Rahmen einer durch geschriebenes Gesetzesrecht geprägten Rechtsordnung ist nicht die einzige denkbare Möglichkeit, wie „Recht funktionieren“ kann. Dass in unserem (und in vielen anderen) Rechtssystem(en) eine solche Bindung postuliert und in der Wissenschaft viel Mühe auf die Einlösung dieses Postulats verwendet wird, hängt zum einen mit historischen Traditionen zusammen, in denen unser Rechtssystem steht, zum anderen aber auch mit den rechtspolitischen Vorgaben, die in das Grundgesetz als Verfassung eingeflossen sind. Die dort aufgestellten normativen Vorgaben sind bei Überlegungen zu methodischen Standards zu berücksichtigen. Dabei können selbstverständlich auch verfassungsrechtliche Vorgaben für die Beschreibung einer Theorie der Praxis nicht darüber hinweghelfen, dass manche – mit den verfassungsrechtlichen Bestimmungen traditionell oft verbundene – Vorstellungen nicht funktionieren können, solange sie etwa das Bindungspotential der natürlichen Sprache als Medium des Gesetzes schlicht unzutreffend einschätzen. Andererseits dürfen die Vorgaben auch nicht schlicht ignoriert werden, sondern ihre Bedeutung in dem und für das hier entwickelte System einer horizontalen Gesetzesbindung muss herausgearbeitet werden. Dabei wird sich zeigen, dass das Grundgesetz auch hierzu einiges beizutragen hat.

Im Kern werden als wichtigste methodenbezogene Normen mit Blick auf die Gesetzesbindung die Art. 20 III, 97 I und 103 GG untersucht. Dabei

weisen zur US-amerikanischen Rechtsprechung; die rechts-isolationistische Gegenmeinung wird repräsentiert von *Posner* (2004), abrufbar unter: http://www.legalaffairs.org/issues/July-August-2004/feature_posner_julaug04.html.

⁵⁷⁶Dazu siehe *Luhmann*, Die Politik der Gesellschaft, 2000, 189 ff.

sind die sachliche Unabhängigkeit der Gerichte und die Gesetzesbindung als ergänzende Prinzipien gedacht⁵⁷⁷ Das Gericht soll unabhängig von staatlichen Einzelweisungen zu seiner Entscheidung gelangen (Art. 97 I GG), wobei schon grundsätzlich die Bindung an das Gesetz (Art. 20 III, 97 I GG) persönliche Willkür ausschließt und speziell für den Bereich des Strafrechts als „schärfstes Schwert“ der staatlichen Sozialkontrolle die Bindung noch einmal enger geschnürt wird (Art. 103 II GG). Der rechtsunterworfenen Bürger soll dabei die Möglichkeit haben, seine Argumente und Sichtweise einzubringen, damit diese bei der Entscheidung (nicht notwendig befolgt, aber eben) angemessen berücksichtigt werden können (Art. 103 I GG). Was heißt das nun aber im Einzelnen?

A. Art. 20 III GG: Vom Begriff zum Problem der Gerechtigkeit

Der vertikale Holismus versteht die Gerechtigkeit als handhabbaren Maßstab. Ausgangspunkt ihrer Begründung und ihrer normativen Anbindung sind das Verständnis der richterlichen Bindung als Herrschaft einer im Gesetz vorgegebenen Regel im Unterschied zur Herrschaft von Menschen.⁵⁷⁸ Die Gerechtigkeit als Begriff stellt die Herrschaft der Regel sicher.

I. Der Begriff Recht als Gerechtigkeit

Wann immer das Gesetz diese Regel nicht bereitstellen kann, soll "die Gerechtigkeit" eine objektive Grundlage richterlichen Sprechens sichern. Danach „haben Gesetzesbegriffe regelmäßig einen Bedeutungsspielraum. Diese Unschärfezone der Wortbedeutungen lässt sich zwar durch Auslegung methodisch einengen, ganz beseitigen lässt sie sich jedoch regelmäßig nicht. Auslegung ist (...) daher keine exakte Methode, sondern läuft häufig auf eine Entscheidung zwischen mehreren zur Diskussion stehenden Auslegungsgrundsätzen und Auslegungsmöglichkeiten hinaus. Diese Entscheidung ist legitimerweise davon bestimmt, welche der zur Wahl stehenden Auslegungsalternativen zu einer möglichst gerechten Lösung führt.“⁵⁷⁹ Die traditionelle Auffüllung des Rechtsbegriffs beginnt also mit einer scheinbaren Wendung gegen das Modell der Gegenstandserkenntnis, wonach „nicht ausschließlich 'positivistisch' gedeutet

⁵⁷⁷Vgl. dazu *Wassermann*, in: Alternativkommentar zum GG, Art. 97, Rdnr. 43. Kritisch zu dieser Komplementarität mit dem Versuch, einen Gegensatz von richterlicher Unabhängigkeit und Gesetzesbindung zu konstruieren: Herzog, in: Maunz / Dürig, Kommentar zum GG, Art. 97 Rdnr. 13 ff. Dieser Versuch erscheint aus der Sicht einer weiter unten darzustellenden wirklichkeitsnäheren Sicht der Gewaltenteilungslehre als problematisch. Vgl. dazu *Friedrich Müller*, ‚Richterrecht‘, 1986, S. 88 ff.

⁵⁷⁸Vgl. dazu *Kirchhof*, Der Auftrag des Grundgesetzes an die rechtsprechende Gewalt, in: Festschrift der Juristischen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität Heidelberg, 1986, S. 11 ff.

⁵⁷⁹*Anweiler*, Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 1997, S. 392 unter Bezug auf *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 1994, S. 10.

werden darf“.⁵⁸⁰ Es ist aus dieser Sicht „unrealistisch“⁵⁸¹, den Richter nur an das geschriebene Gesetz binden zu wollen: „Denn wie immer man sich zu diesem Begriff (des Rechts) stellen mag, so steht er doch in größerer Nähe zum Begriff der *Gerechtigkeit* als der Gesetzesbegriff. Gerechtigkeitsvorstellungen fließen aber naturgemäß mehr durch die *Rechtsprechung* als durch Verwaltung und Regierung in die Rechtswirklichkeit ein.“⁵⁸² Zwischen den im Original hervorgehobenen Begriffen Gerechtigkeit und Rechtsprechung vermittelt hier nicht das Gesetz, sondern das Wort „naturgemäß“, welches mit seinem unklaren Assoziationsfeld das Bild des salomonischen Richters gegen den gesetzgebundenen Richter ausspielt.⁵⁸³ Erneut wird hier mit dem Ablehnen des wirklich unrealistischen Erkenntnismodells in der Folge auch die Bindung an das geschriebene Gesetz verworfen. An dessen vakanter Stelle erscheint nun das Stichwort „Gerechtigkeit“, das eine weitere, hinter dem Gesetz liegende Ordnung suggeriert und dem richterlichen Handeln die geforderten „neuen Halterungen“⁵⁸⁴ geben soll. Die Aufforderung an die Gerichte, unter Zugriff auf die Gerechtigkeit zu judizieren, wird unter der Geltung des Grundgesetzes mit Art. 20 III GG und der darin enthaltenen Wendung „Gesetz und Recht“ begründet.

Weil die Gerechtigkeit gerade nicht als holistisches Konzept handhabbar ist, läuft sie in der Praxis auf eine Ermächtigung⁵⁸⁵ der jeweils letzten Instanz der Handlungskette zu einer unvermeidlich subjektiv willkürlichen Definition der Gerechtigkeit hinaus. Die den Richter verpflichtende inhaltliche Größe wäre damit mit der letztendlichen Zuständigkeit zu ihrer Definition gleichgesetzt.

Tatsächlich ist diese Regelung, welche keinen eigentlichen Vorläufer kennt,⁵⁸⁶ aus der Erfahrung des nationalsozialistischen Unrechts heraus zu verstehen.⁵⁸⁷ Nachdem die Norm zunächst Ansatzpunkt für weitgehende naturrechtliche Spekulationen war,⁵⁸⁸ wurde sie nach Konsolidierung der Bundesrepublik in ihrer Interpretation abgeschwächt. An die Stelle einer die Gesetzesbindung aushöhlenden naturrechtlichen Interpretation trat als Gegengift zunächst die Auslegung von Recht als Wohnheitsrecht.⁵⁸⁹ Die Systematik lässt ein

⁵⁸⁰ *Holtkotten*, Art. 97 II 2 b, in: Dolzer u.a., (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 8, Art. 89-104, Stand März 2002.

⁵⁸¹ *Herzog*, in: Maunz / Dürig, Kommentar zum GG, Art. 97, Rn. 5

⁵⁸² Ebd., vgl. allgemein zum Begriff der Gerechtigkeit *Robbers*, Gerechtigkeit als Rechtsprinzip. Über den Begriff der Gerechtigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 1980. Zu einer an der Theorie von Alexy orientierten Theorie der Gerechtigkeit als freistehende Prinzipienkonzeption vgl. *Jansen*, Die Struktur der Gerechtigkeit, 1998, S. 275 ff.

⁵⁸³ Vgl. dazu *Friedrich Müller*, 'Richterrecht', 1986, S. 122 f.

⁵⁸⁴ *Wassermann*, Art. 97, Rn. 50, in: ders. (Hrsg.), Alternativkommentar zum Grundgesetz. Band II: Art. 38-146, 1989.

⁵⁸⁵ Vgl. *Friedrich Müller*, 'Richterrecht', 1986, S. 118 f.

⁵⁸⁶ *Hofmann*, Das Verhältnis von Gesetz und Recht, 2003, S. 27 ff.

⁵⁸⁷ *Hofmann*, ebd., S. 56 m. w. N. sowie *Kröger*, Einführung in die Verfassungsgeschichte der Bundesrepublik Deutschland, 1993, S. 21 (25).

⁵⁸⁸ Vgl. dazu *Lau*, Naturrecht und Restauration. Zur Kritik eines Legitimationsmusters in Justiz und Rechtstheorie der Nachkriegszeit, 1994.

⁵⁸⁹ *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, 1995, Rn. 195; *Merten*, Die Bindung des Richters

solches Verständnis zu.⁵⁹⁰ Es ist allerdings wenig wahrscheinlich, dass sich die Funktion dieser Wendung darin erschöpft. Denn die allgemein anerkannte Bindungswirkung des Gewohnheitsrechts bedarf keiner Hervorhebung an einer solch zentralen Stelle der Verfassung, wie sie Art. 20 darstellt.⁵⁹¹ Als weitere Funktion des Art. 20 III GG wird deswegen häufig die Anordnung einer Bindung an Präjudizien gesehen.⁵⁹² Gegen dieses Verständnis wird eingewandt, dass dem kontinental-europäischen Rechtskreis eine Bindung an richterliche Präjudizien fremd sei.⁵⁹³ Tatsächlich muss bei der Bindung an Vorentscheidungen eine normtextähnliche Bindung von einer argumentativen Bindung unterschieden werden. Eine Bindung als Normtext kann durch bessere Argumente nicht überwunden werden, eine argumentative Bindung dagegen schon. Unter der Geltung des Grundgesetzes kommt natürlich nur eine argumentative Bindung von Präjudizien in Betracht. Daraus wird nun folgende Kritik abgeleitet: "Deutet man den Ausdruck Recht in Art. 20 III GG als Präjudiz, müsste man zudem im Grunde eine unbedingte Bindung annehmen, ansonsten ließe die Norm den Richter im Unklaren über den jeweiligen Bindungsumfang."⁵⁹⁴ Diese Kritik überzeugt allerdings nicht. Art. 20 III unterscheidet gerade Gesetz und Recht. Wenn man Recht danach als konkretisiertes Gesetz versteht, bleibt für eine Unterscheidung im Bindungsmaßstab durchaus Raum.⁵⁹⁵

Die Schwierigkeiten der bisherigen Interpretation von Art. 20 III zeigen, dass es keinen Sinn macht, die Wendung "Recht" im Rahmen des herkömmlichen Modells eines vertikalen Holismus zu interpretieren. Das Recht ist ebenso wenig wie das Gesetz ein der Erkenntnis vorgegebenes Ding. Erst im Rahmen eines Modells richterlicher Rechtserzeugung kann die Unterscheidung von Gesetz und Recht als Hinweis auf die verschiedenen Konkretisierungsstufen innerhalb der rechtstaatlichen Textstruktur verstanden werden. Das Gesetz als Normtext muss vom Richter zur Rechtsnorm konkretisiert werden. Die Bewegung von der abstrakten Stufe des anordnenden Textes zur konkreten Stufe des anordnenden Textes wird erschwert durch die Notwendigkeit, beide Stufen durch einen rechtfertigenden Text zu verbinden: die richterliche Begründung. Innerhalb der Begründung kann sich dann die argumentative Bindung durch die Vorentsch-

an Gesetz und Verfassung, in: DVBL 1975, S. 678 ff. (680); weitere Nachweise bei *Hofmann*, Das Verhältnis von Gesetz und Recht, 2003, S. 136, Fn. 105.

⁵⁹⁰ Allerdings ist es nicht zwingend, vgl. *Witthohn*, Gewohnheitsrecht als Eingriffsermächtigung, 1997, S. 141 f. und 173 sowie *Hofmann*, Das Verhältnis von Gesetz und Recht, 2003, S. 120 ff.

⁵⁹¹ Vgl. *Hofmann*, Das Verhältnis von Gesetz und Recht, 2003, S. 138.

⁵⁹² *Fikentscher*, Methoden des Rechts, Band 4, 1977, S. 336 ff.; *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, 1967, S. 243; *Rüthers*, Unbegrenzte Auslegung, 1968, S. 427. Kritik bei *Riggert*, Die Selbstbindung der Rechtsprechung, 1993, S. 23 ff.; *Schmidt-Räntsch*, Deutsches Richterrecht, 1988, § 25 DRiG, Rn. 13; *Reinhardt*, Konsistente Jurisdiktion, 1997, S. 461 ff. u. 517 ff.; *Pohl*, Rechtsprechungsänderung und Rückanknüpfung, 2005, S. 29 ff.

⁵⁹³ *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1983, S. 430; *Schmidt-Räntsch*, Deutsches Richterrecht, 1988, § 25 DRiG, Rn. 13; *Picker*, Richterrecht oder Rechtsdogmatik – Alternativen der Rechtsgewinnung? – Teil 2, in: JZ 1988, S. 62 ff. (72 ff.).

⁵⁹⁴ *Hofmann*, Das Verhältnis von Gesetz und Recht, 2003, S. 194.

⁵⁹⁵ Allgemein zur Einordnung der Präjudizien in der deutschen Rechtstheorie vgl. *Pohl*, Rechtsprechungsänderung und Rückanknüpfung, 2005, S. 46 ff.

derung als schon zu Recht konkretisiertes Gesetz vollziehen.⁵⁹⁶

Dieser Sicht wird vorgeworfen, dem Recht im Sinne des Art. 20 III wenig eigenständigen Sinngehalt beizumessen.⁵⁹⁷ Sie laufe auf eine Gleichsetzung von Gesetz und Recht hinaus, welche den überschießenden Sinngehalt der Wendung Recht und seine gegen gesetzliches Unrecht gewendete appellative Funktion verkenne. Eine Gleichsetzung von Gesetz und Recht erfolgt aber gerade nicht, wen man beide als unterschiedliche Stufen in der rechtstaatlichen Textstruktur versteht. Wie steht es aber um die appellative Funktion?

II. Gerechtigkeit und Legitimität

Die Vertreter einer Gleichsetzung von Gesetz und Recht wenden sich gegen das naturrechtliche Verständnis des Rechts als höherem, dem Gesetz übergeordneten Erkenntnisgegenstand: "Die Tautologien machen geltend, dass Gesetz und Recht unter der Geltung des GG dasselbe bedeuten und miteinander versöhnt erscheinen, da die Verfassungsordnung selbst genügend Sicherungen für eine materiell verstandene Gerechtigkeit bietet. Für die Verwirklichung von Gerechtigkeit sorgen u. a. die Verankerung der Menschenwürde sowie das Bekenntnis zu den Menschenrechten in Art. 1 GG, der durch Art. 79 III GG besonderen Änderungsschutz besitzt, der Grundrechtskatalog einschließlich der Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG und darüber hinaus unter prozeduralem Aspekt die Ausgestaltung des Gesetzgebungsverfahrens und die Möglichkeit der Normenkontrolle. Mit Blick auf die genannten grundgesetzlichen Vorkehrungen wird vertreten, dass unter der Geltung des GG Legalität Legitimität indiziert."⁵⁹⁸ Tatsächlich spricht gegen eine rein tautologische Interpretation der Gleichsetzung von Recht und Verfassung, dass Legitimität kein statischer Begriff ist. Sie ist nicht ein Zustand, den eine Rechtsordnung ein für alle Mal erreicht. Vielmehr ist Legitimität ein dynamischer Begriff, der anzeigt, dass es einer legalen (also tatsächlich funktionierenden) Rechtsordnung gelingt, das Problem der Gerechtigkeit diskursiv offen zu halten.

Der Unterschied zwischen natürlicher und künstlicher Intelligenz liegt darin, dass diese diskrete Daten und damit eine Verfügbarkeit des neuesten Wissenshorizonts braucht. Natürliche Intelligenz kann dagegen auch unter der Vorgabe eines vagen und defizitären Horizonts im Sinn einer Fluchtlinie funktionieren. Wenn nun diese Fluchtlinie in einer endgültigen Definition formuliert ist, wird die Rechtsordnung totalitär geschlossen, ihre Legitimität ist verspielt. Man kann das Recht als entwicklungs-offenes Gebilde nicht auf ein einziges Sinnzentrum hin reduzieren, um es als Totalität handhabbar zu machen.

⁵⁹⁶Vgl. dazu *Friedrich Müller*, Zur Rolle der Präjudizien im modernen kontinentaleuropäischen Recht – ein Beispiel für die Bedingungen demokratischer Steuerung der Gesellschaft durch Normtexte, in: *Friedrich Müller*, Demokratie in der Defensive, 2001, S. 19 ff.

⁵⁹⁷*Hofmann*, ebd., S. 193.

⁵⁹⁸*Hofmann*, ebd., S. 133.

III. Gerechtigkeit als Problem des Rechts

Ausgangspunkt des Rechts ist der Konflikt.⁵⁹⁹ Dieser beginnt als Widerstreit, das heißt, als praktischer Konflikt ohne Erklärung außerhalb von Rechts- und Tauschverhältnissen: "Was diesen Zustand anzeigt, nennt man normalerweise Gefühl. ‚Man findet keine Worte‘ usw."⁶⁰⁰ Streng genommen kann man ihn nur in der ersten Person formulieren, in der dritten wäre er schon objektiviert: "Der Widerstreit ist der instabile Zustand und der Moment der Sprache, in dem etwas, das in Sätze gebracht werden können muss, noch darauf wartet."⁶⁰¹

Aus dieser Situation erwächst das Problem des Rechts: "Jedes Unrecht muss in Sätze gebracht werden. Eine neue Kompetenz (oder Klugheit) muss gefunden werden."⁶⁰² In die erste Person wird damit eine objektivierende Instanz eingeführt, welche zwischen den beiden Konfliktparteien vermitteln soll.

Wie man heute weiß, lässt sich die Grenze eines Systems innerhalb seiner selbst nicht formulieren, ohne als Grenze aufzuhören.⁶⁰³ Dies macht den Auftrag des Rechts, das vom Kläger gefühlte Unrecht zu formulieren, so schwierig: "Syntax und Vokabular der Sprache des Rechts sind bekanntlich jeweils begrenzt, jedenfalls explizit und streng geregelt. Ich muss ein Unrecht, von dem ich meine, dass es mir widerfahren sei, rechtlich namhaft machen und als Normverletzung darstellen können, andernfalls ist es nicht justiziabel; d. h. es ist rechtlich nicht existent. Nun ist jede wirkliche Sprache des Rechts (Syntax und Vokabular, Verfahrensregeln und Tatbestandsmerkmale) ‚gesetzt‘. Gewöhnlich ist sie durch die Herrschenden gesetzt, oder sie haben sie sich jeweils durch Auslegung angeeignet. Zwangsläufig werden dabei aber denkbare Tatbestände ausgegrenzt, weil sie in der Sprache des geltenden Rechts (hier und heute) nicht darstellbar sind. Wenn nun ein Konflikt unter dem Gesetz zur Entscheidung ansteht, d. h. vor Gericht verhandelt wird, dann wird wohl nach den Regeln der geltenden Grammatik des Rechts argumentiert, und zwar über alles, was das Gesetz als mögliche Tatbestände zu erfassen erlaubt, nicht aber über das Gesetz selbst. So wird am Ende ein Konsens hergestellt, der dem Gesetz Genüge tut, unabhängig von der Frage, ob er dem Anliegen der Parteien ‚gerecht‘ wird."⁶⁰⁴ Das Unrecht bleibt also als Gegenüber des Gesetzes erhalten.

Es stellt sich die Frage, ob damit nicht die Möglichkeit einer begründeten Rechtsentscheidung verloren geht. Ohne den letzten Grund eines Gerechtigkeitsbegriffs, der das Unrecht endgültig fixiert, könnte das Recht zum amorphen Patchwork ohne totalisierende Effekte werden. Eine Gesellschaft, in der sich auf Grund der Abwesenheit von Fundamenten nichts regeln lässt, wäre eine

⁵⁹⁹ Luhmann, Konflikt und Recht, in: Luhmann., Ausdifferenzierung des Rechts, 1999, S. 92 ff. m. w. N.

⁶⁰⁰ Lyotard, Der Widerstreit, 1987, S. 33.

⁶⁰¹ Lyotard, ebd., S. 33.

⁶⁰² Lyotard, ebd., S. 33.

⁶⁰³ Vgl. dazu Laclau, Subjekt der Politik, Politik des Subjekts, in: Laclau., Emanzipation und Differenz, 2002, S. 79 ff. (85 u. 87); ders., Was haben leere Signifikanten mit Politik zu tun?, in: Laclau, ebd., S. 65 ff. (66).

⁶⁰⁴ Borsche, Mit dem Widerstreit leben, in: Dialektik 2001, S. 19 ff. (25).

Gesellschaft ohne Recht. Aber auch umgekehrt wäre eine Gesellschaft, in der sich aus dem letzten Grund des Gerechtigkeitsbegriffs alles herleiten lässt, eine Gesellschaft, in der alles schon vorentschieden wäre. Darin zeigt sich, dass es gerade die Leerstelle⁶⁰⁵ der Gerechtigkeit ist, welche die Begründung von Recht ermöglicht. Der Begriff rückt damit vom Grund in den Horizont. Erst das Fehlen des letzten Grundes ermöglicht die Begründung von Entscheidungen.

So wird das Recht zum Enthymem.⁶⁰⁶ Der letzte Obersatz fehlt. Und doch müssen ständig unzulängliche Stellvertreter formuliert werden. Gerechtigkeit ist damit nicht mehr als die immer wieder eröffnete Möglichkeit, den Widerstreit auszutragen. Als Ziel sowohl unerreichbar, als auch unverzichtbar, ermöglicht sie den Weg des Rechts. Die über das Gesetz erfolgende Unterscheidung von Recht und Unrecht ist damit niemals endgültig. Dies ist die appellative Funktion der Wendung Recht in Art. 20 III GG. Sie ist der Stachel, welche die praktische Rechtsarbeit darauf aufmerksam macht, dass die Legitimität einer Rechtsordnung niemals ein endgültig erreichbarer Zustand ist.

Mit dem Übergang vom vertikalen und epistemischen Holismus zum horizontalen und praktischen Verständnis der Einheit der Rechtsordnung ergeben sich auch Konsequenzen für die Frage der Gerechtigkeit. Erst mit der Sicht der Rechtsordnung als praktisches Netzwerk wird die Komplexität der Gerechtigkeit wirklich sichtbar. Solange man glauben konnte, über das Zentrum des Rechts begrifflich zu verfügen, war eine Lösung des Problems der Gerechtigkeit als Algorithmus denkbar. Tatsächlich wäre eine solche Entscheidung aber das Gegenteil von gerecht: „Eine Entscheidung, die sich nicht der Prüfung des Unentscheidbaren unterziehen würde, wäre keine freie Entscheidung, sie wäre eine programmierbare Anwendung oder ein berechenbares Vorgehen. Sie wäre vielleicht rechtens, nicht aber gerecht. (...) Wie es scheint, kann man niemals sagen, dass eine Entscheidung jetzt, im gegenwärtigen Augenblick vollkommen gerecht ist: entweder hat man sich noch nicht entschieden und dabei eine Regel befolgt (nichts erlaubt uns in diesem Fall zu sagen, die Entscheidung sei gerecht) – oder man hat schon eine Regel befolgt – empfangen, bestätigt, erhalten, wieder erfunden –, die ihrerseits nicht absolut verbürgt werden kann; wäre diese Regel eine verbürgte Regel, wäre also die Entscheidung eine verbürgte Entscheidung, so hätte sie sich in ein Berechenbares verwandelt und man könnte wiederum nicht sagen, sie sei gerecht.“⁶⁰⁷

⁶⁰⁵Vgl. dazu *Laclau*, *Jenseits von Emanzipation*, in: ders., *Emanzipation und Differenz*, 2002, S. 23 ff. (40 ff.).

⁶⁰⁶Zur Funktion des Enthymems siehe *Seibert*, *Gerichtsrede: Wirklichkeit und Möglichkeit im forensischen Diskurs*, 2004, S. 81 f.: „Das Gesetz ist niemals komplett, so sehr es in einer Begründung auch beschworen werden mag. Es steuert latent das Verständnis dessen, was sich ereignet hat. Dafür ist das Enthymem die passende Darstellungsform. Durch bloße Andeutung der Norm werden außerdem sowohl die Tautologie der gesetzlichen Namensgebung wie auch die Gewalt seiner Setzung verhüllt, verdrängt oder einfach nur weiterhin im Hintergrund belassen. Namensgebung, Ereignisbericht und enthymematischer Normverweis – diese drei rhetorischen Leistungen überzeugen, soweit sie auf die Frage nach dem Rechtszeichen antworten, und wer darauf antworten kann, hat Enthusiasmus.“

⁶⁰⁷Vgl. dazu *Derrida*, *Gesetzeskraft. Der „mystische Grund der Autorität“*, 1991, S. 49 f.

Nachdem die klassische Auffassung überwunden ist, werden zwei Dinge sichtbar: Erstens, dass die Gerechtigkeit eben kein zuhandener Maßstab, sondern ein insistierendes Problem ist. Zweitens, dass die alltäglichste technische Regelung plötzlich auf ihrer Textoberfläche von der Frage der Gerechtigkeit durchschnitten werden kann. Das heißt, Gerechtigkeit wird von der vertikalen Deduktionsgrundlage zum praktischen Problem: „Wenn die positive Herstellung von Gerechtigkeit im Verhältnis von Kommunikation zu Menschen definitiv unmöglich ist, dann bleibt (...), nur ein second best. Man wird sich in der Rechtskommunikation damit zufrieden geben müssen, dass das System/Umwelt-Problem nur über die unzulänglichen Sensoren von Irritation, Rekonstruktion und re-entry erfahrbar ist. (...) Die Gerechtigkeit der Menschenrechte kann dann allenfalls negativ formuliert werden. Sie ist auf Beseitigung ungerechter Zustände, nicht auf Perfektion gerechter Zustände, gerichtet.“⁶⁰⁸

B. Art. 97 GG: Vom Gesetz als Inhalt zum Gesetz als perspektivischer Form

Das Grundgesetz hat sich gerade nicht für eine Ermächtigung des Richters zur Definition der Gerechtigkeit entschieden, sondern geht von dem Modell einer Bindung richterlichen Handelns an eine über das Gesetz vermittelte und dadurch subjektivem Belieben entzogene Gerechtigkeit aus. Um diese Bindung inhaltlich zu präzisieren, muss man sich von den Voraussetzungen der Rechtsanwendungslehre ablösen und das Grundgesetz zunächst ohne rechtstheoretische Vorentscheidungen aus sich selbst heraus untersuchen. Ansatzpunkt ist dabei Art. 97 I GG, welcher die den Richtern übertragene Gewalt an das Gesetz bindet. Die Zielrichtung dieser Bindung ergibt sich, wenn man den Normtext des Art. 97 über die Konkretisierungselemente aus seinem Kontext heraus versteht.

I. Auslegung des Art. 97 GG

1. Als historischer Zusammenhang ist dabei zu berücksichtigen, dass das Gesetzesbindungspostulat von Anfang an ein zentrales Element der deutschen Rechtstradition war.⁶⁰⁹ Seine Zielrichtung tritt besonders klar hervor, wo die Kontinuität dieser Tradition gerade verlassen werden soll. Als Negativfolie⁶¹⁰ zur Bestimmung der Funktion des Gesetzesbindungspostulats kann man daher

Dazu auch *Zenklusen*, Adornos Nichtidentisches und Derridas *différance*, 2002, S. 106 ff.

⁶⁰⁸ *Teubner*, Die anonyme Matrix: Menschenrechtsverletzungen durch "private" transnationale Akteure, in: *Der Staat 2006*, i.E., bei Fn. 73 und 74.

⁶⁰⁹ Vgl. *Maus*, Entwicklung und Funktionswandel der Theorie des bürgerlichen Rechtsstaats, in: dies., *Rechtstheorie und politische Theorie im Industriekapitalismus*, 1986, S. 11 ff.; sowie Neumann, *Rechtsstaat, Gewaltenteilung und Sozialismus*, in: *Tohidipur* (Hrsg.), *Der bürgerliche Rechtsstaat*, Bd. 1, 1979, S. 118 f., 119 ff.

⁶¹⁰ Vgl. zum Zusammenhang der rechtsstaatlichen Garantien mit „den Erfahrungen des Totalitarismus“: *Bähr*, *Rechtsstaat und Strafgerichtsbarkeit*, in: *Tohidipur*, ebd., S. 565 ff., 567 f. Allgemein zum historischen Konkretisierungselement als Negativfolie oder Kontrastargument in der Rechtsprechung: *Honsell*, *Historische Argumente im Zivilrecht*, 1982, S. 118 ff.

die in der Zeit des Nationalsozialismus entwickelte Kritik an diesem Grundsatz heranziehen.⁶¹¹ Das Gesetzesbindungspostulat in seiner strafrechtlichen Ausprägung⁶¹² als Grundsatz „nullum crimen, nulla poena sine lege“ ist aus dieser Sicht der Aufklärung und ihrem Freiheitsideal zuzurechnen.⁶¹³ Der Rechtsstaatgedanke, welcher sowohl die Staatsmacht als auch die Rechtsordnung dem Schutz individueller Freiheit untergeordnet habe, betrachte das Gesetz als das „beste und einzige Mittel zur größtmöglichen Wahrung der Individualsphäre“⁶¹⁴. In diesem durch die Aufklärung geprägten Rechtsstaatsgedanken habe das Gesetz damit eine Doppelfunktion als einerseits „Eingriff in die Freiheit“ und andererseits „Schutz dieser Freiheit“ durch richterliche Bindung.⁶¹⁵

Das Ideengut des Nationalsozialismus sei dem dargestellten Denken der Aufklärung „auf der ganzen Linie“⁶¹⁶ entgegengesetzt. Der Zweck von Staat und Rechtsordnung liege hier nicht mehr im Schutz individueller Freiheit, sondern in der überindividuell-ganzheitlich gedachten „Zusammenfassung und Förderung der Volkskräfte“⁶¹⁷. Dementsprechend ist in der nationalsozialistischen Rechtslehre der Begriff der Rechtssicherheit nicht mehr auf die individuelle Freiheit bezogen, sondern wird bestimmt als „Gewißheit der Durchsetzung des Rechtes im Sinne des Rechtsdenkens der Volksgesamtheit“⁶¹⁸. Die staatliche Macht begrenzende Funktion des Gesetzes als Magna Charta des Bürgers wird damit umgewendet in eine „Magna Charta der Volks- und Staatsinteressen“⁶¹⁹. Die unter den Bedingungen des Rechtsstaats festgestellte Dialektik einer Doppelfunktion des Rechts als Instrument der Macht und Instrument zur Begrenzung der Macht wird damit suspendiert zugunsten einer einseitigen Bestimmung des Rechts als verlängertem Arm der Staatsmacht. Die Gesetzesbindung soll im nationalsozialistischen Rechtsdenken nur so weit reichen, als sie das Ineinandergreifen der Zahnräder des Machtapparats garantiert; ihre freiheitsschützende Funktion fällt weg.⁶²⁰

Demgegenüber wird im Grundgesetz gerade diese zweite freiheitsschützende

⁶¹¹Vgl. dazu *Rüthers*, *Entartetes Recht*, 1989, S. 185 ff.; *ders.* *Rechtstheorie*, München 1999, Rn. 546 ff. Vgl. zu dieser Parallele von herrschaftsfunktionaler Überwindung des Rechtsstaats im Nationalsozialismus und dem real existierenden Sozialismus auch: *Maus*, *Entwicklung und Funktionswandel der Theorie des bürgerlichen Rechtsstaats*, in: *dies.*, *Rechtstheorie und politische Theorie im Industriekapitalismus*, 1986, S. 11 ff., 12.

⁶¹²Zur Ausprägung rechtsstaatlicher Garantien im Bereich des Strafrechts vgl. *Bähr*, *Rechtsstaat und Strafgerichtsbarkeit*, in: *Tohidipur* (Hrsg.), *Der bürgerliche Rechtsstaat*, Bd. 2, S. 565 ff., 568.

⁶¹³*Henkel*, *Strafrichter und Gesetz im neuen Staat*, 1934, *ders.*, *Die Unabhängigkeit des Richters in ihrem neuen Sinngehalt*, 1934. Vgl. dazu und auch zum Folgenden die Darstellung der damaligen rechtstheoretischen Diskussion um die sog. Analogienovelle: *Gerhard Werle*, *Justizstrafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich*, 1989, S. 151 ff.

⁶¹⁴*Henkel*, *Strafrichter und Gesetz im neuen Staat*, 1934, *ebd.*, S. 17.

⁶¹⁵*Ebd.*

⁶¹⁶*Ebd.*, S. 23.

⁶¹⁷Vgl. dazu *ebd.*, S. 43 ff. die Betrachtung der sog. Staatstypen.

⁶¹⁸*Ebd.*, S. 66 ff.

⁶¹⁹*Ebd.*, S. 47 f.

⁶²⁰Vgl. *Bloch*, *Naturrecht und menschliche Würde*, GA 6, 1977.

Seite besonders hervorgehoben. Das gilt nicht nur im Hinblick auf Art. 103 II GG, der die Geltung der Grundsätze „*nullum crimen, nulla poena sine lege*“ verfassungsrechtlich festschreibt (vgl. dazu auch unten S. 203 ff.). Sondern auch im Hinblick auf Art. 1 III GG, der die Bindung aller Staatsgewalten an die Grundrechte nochmals ausdrücklich betont.⁶²¹ Die Gesetzesbindung soll nicht lediglich das reibungslose Funktionieren und die Vorhersehbarkeit staatlichen Handelns für eine Marktgesellschaft sicherstellen, sondern die Ausübung staatlicher Macht wird auch eingeschränkt zugunsten der Garantie individueller Freiheit und des aus ihr entwachsenden gesellschaftlichen Pluralismus⁶²².

2. Ein weiteres „Kontrastargument“ zur Funktionsbestimmung des Gesetzesbindungspostulats lässt sich aus der Entstehungsgeschichte des Art. 97 I GG herleiten.⁶²³ Der Herrenchiemseer Entwurf sah für die Gesetzesbindung folgende Formulierung vor: „Die Richter sind unabhängig und nur dem Gesetz und ihrem Gewissen unterworfen.“ Die Wendung „und ihrem Gewissen“ wurde jedoch später mit der Begründung verworfen, dass „dadurch der grundfalsche Anschein erweckt werde, als ob das Gewissen des Richters eine dem Gesetz gleich- oder übergeordnete Rechtsquelle sei“⁶²⁴. Auch im weiteren Verlauf der Entstehungsgeschichte wurde diese Tendenz bestätigt. Eine im Hauptausschuss vorgebrachte Anregung, die zitierte Wendung wieder einzufügen, wurde mit folgendem Argument abgelehnt: „Natürlich wird der Richter gelegentlich in seinem Gewissen mit dem Gesetz in Konflikt geraten. Aber diesen Konflikt muß er dann in sich austragen und muß notfalls die Konsequenzen tragen.“⁶²⁵ Der Artikel wurde dann einstimmig ohne den genannten Zusatz aufgenommen. Aus der Entstehungsgeschichte ergibt sich somit ein gewisser Hinweis darauf, dass die Verfassungsgeber dem Richter keine Möglichkeit zu selbstverantworteter Normtextsetzung im Sinne einer Herstellung eigener Rechtsquellen einräumen wollten.⁶²⁶ Vielmehr sollte er an die vom zuständigen Organ gesetzten Normtexte gebunden werden.

⁶²¹Vgl. *Schneider*, Eigenart und Funktion der Grundrechte im demokratischen Verfassungsstaat, in: *Perels* (Hrsg.), Grundrechte als Fundament der Demokratie, 1979, S. 11 ff., 15.

⁶²²Vgl. dazu *Perels*, Vorwort, in: ebd., S. 7 ff., 7.

⁶²³Vgl. zur Entstehungsgeschichte die Darstellung bei *Holtkotten*, in: *Bonner Kommentar*, Art. 97 I, Entstehungsgeschichte. Kurz auch bei *Wassermann*, in: *Alternativkommentar zum GG*, Art. 97 Rdnr. 9 ff.

⁶²⁴Vgl. dazu *Holtkotten*, ebd.

⁶²⁵Vgl. Hauptausschuss, Zweite Lesung, 38. Sitzung vom 13.1.1949, stenographischer Bericht S. 481.

⁶²⁶Vgl. zu diesen Konsequenzen *Wassermann*, in: *Alternativkommentar zum GG*, Art. 97 Rdnr. 59 m. w. N. Unabhängig von der Entstehungsgeschichte ist die Rolle des richterlichen Gewissens aber immer noch umstritten. Vgl. *Ebsen*, Gesetzesbindung und „Richtigkeit“ der Entscheidung, 1974, S. 57; *Maihofer*, Die Bindung des Richters an Gesetz und Recht, in: *Annales Universitatis Saraviensis, Rechts- und Wirtschaftswissenschaften*, Bd. VIII, 1960, Fasc. 1 / 2, S. 5 ff., 32. Vgl. zum Ganzen auch *v. Unruh*, Richteramt und politisches Mandat, 1971; weitere Nachweise bei *Simon*, Die Unabhängigkeit des Richters, 1975, S. 159.

II. Gesetzesbindung und Gewaltenteilung

1. Auch die interne Systematik des Grundgesetzes ist für die Frage nach Aufgabe und Zielrichtung der in Art. 97 I GG erwähnten Gesetzesbindung aussagekräftig. Ansatzpunkt ist insoweit Art. 20 II GG⁶²⁷, wonach die Rechtsprechung neben gesetzgebender und ausführender Gewalt zu den drei Staatsgewalten zählt. Die Ausübung aller drei Formen der Staatsgewalt ist mittels grundlegender Mechanismen und Prinzipien an die Souveränität des Volkes zurückgebunden. Art. 97 I GG befindet sich in dem Art. 20 GG konkretisierenden Abschnitt über die Rechtsprechung. Das systematische Konkretisierungselement stellt das Gesetzesbindungspostulat damit in den Kontext dreier schon in Art. 20 GG erwähnter Verfassungsprinzipien, nämlich Gewaltenteilungsgrundsatz, Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip⁶²⁸.

Wie in der Literatur allgemein betont wird, kann der Gewaltenteilungsgrundsatz zur präziseren Fassung des Gesetzesbindungspostulats⁶²⁹ beitragen. Allerdings muss man sich auch hier von der zu einfachen Vorstellung gewaltenteilender Rechtsanwendung freimachen, wonach Judikative und Exekutive Gesetze lediglich im Wege der Subsumtion anwenden.⁶³⁰ Wenn man von diesem positivistischen Vorurteil abrückt und den komplexen Prozess der Rechtsverwirklichung nach den Stationen Normtext-Rechtsnorm (Leitsatz)-Entscheidungsnorm (Urteilsformel) differenziert, lässt sich auch die Gewaltenteilungslehre wirklichkeitsnäher fassen.⁶³¹ Der Gesetzgeber hat demnach nur, aber auch ausschließlich, die Kompetenz zur Setzung von Normtexten. Die Judikative hat demgegenüber die Kompetenz zur Setzung von Rechtsnormen und Entscheidungsnormen unter der einschränkenden Bindung an die vom Gesetzgeber hervorgebrachten Normtexte.

Die Gesetzgebungsorgane können damit nur in normativ besonders erwähnten

⁶²⁷Vgl. zum Zusammenhang von Art. 20, 92, 97: *Herzog*, in: Maunz / Dürig, Kommentar zum GG, Art. 97 Rdnr. 6.

⁶²⁸Vgl. *Friedrich Müller*, ‚Richterrecht‘, 1986, S. 88 ff. Zur Gewaltenteilung: *Herzog*, ebd., Rdnr. 2; *Vogel*, Zur Praxis und Theorie der richterlichen Bindung an das Gesetz im gewaltenteilenden Staat, 1969, S. 92 ff.; *Ipsen*, Richterrecht und Verfassung, 1975, S. 128 ff. Zum Zusammenhang von Gesetzesbindung und Demokratieprinzip vgl. *Kriele*, Das demokratische Prinzip im Grundgesetz, in: VVDStRL 1970, S. 46 ff., 63 f.; *Redeker*, Legitimation und Grenzen richterlicher Rechtssetzung, in: NJW 1972, S. 409 ff.; *Göldner*, Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm in der verfassungskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung, 1969, S. 194 ff. Vgl. zum Ganzen auch *Wank*, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 1978, Kap. 3, 6, 7.

⁶²⁹Vgl. zusammenfassend zum Gewaltenteilungsprinzip: *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1985, S. 184 ff., 192 ff. m. w. N.

⁶³⁰Vgl. zum Subsumtionsdenken und dessen Zuschreibung an Montesquieu *Herzog*, Gesetzgeber und Richter – Zwei Legalitätsquellen, in: *Herzog*, Gesetz und Richterspruch in der Verfassungsordnung der Bundesrepublik Deutschland, 1990, S. 5 ff. Zur Kritik an diesem Versuch der Gegenwart, sich eine passende Vergangenheit zu schaffen vgl. grundlegend: *Ogorek*, De l’Esprit des légendes oder wie gewissermaßen aus dem Nichts eine Interpretationslehre wurde, in: Rechtshistorisches Journal 2 (1983), S. 277 ff.; *dies.*, Richterkönig oder Subsumtionsautomat, Frankfurt am Main 1986, S. 41 ff.; *dies.*, Die erstaunliche Karriere des ‚Subsumtionsmodells‘ oder wozu braucht der Jurist Geschichte, in: Cornelius Prittwitz u.a. (Hrsg.), Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002, 2002, S. 127 ff.

⁶³¹Vgl. dazu und zum Folgenden, *Friedrich Müller*, ‚Richterrecht‘, 1986, S. 88 und ff.

Bereichen wie etwa der Immunität, Einzelfälle bis hin zur Entscheidungsnorm gestalten.⁶³² Im Regelfall ist der Gesetzgeber auf die Setzung von Normtexten beschränkt und kann höchstens durch möglichst präzise Formulierungen die Berücksichtigung seiner Vorstellung bei der Entscheidung des Einzelfalls gewährleisten. Umgekehrt kann die Judikative nur in normativ begründeten und eng begrenzten Ausnahmefällen selbst Normtexte setzen. Im Regelfall ist sie darauf beschränkt, Rechts- und Entscheidungsnormen so zu setzen, dass sie auf legislatorisch vorgegebene Wortlaute rückführbar sind. Wenn der Richter seine die Entscheidung tragenden Leitsätze selbst gesetzten Quasi-Normtexten⁶³³ zurechnet, verletzt er damit auch das von Art. 97 I GG geschützte Prinzip der Gewaltenteilung.

2. Die im Rahmen der Gewaltenteilungslehre angedeuteten Gesichtspunkte richterlicher Bindung werden noch verstärkt durch die Berücksichtigung des Demokratieprinzips. Dabei kann man an den „Kreislauf rechtlicher Normierung zwischen Normtextsetzung, Normverwirklichung und Setzung von Rechts- und Entscheidungsnormen und erneuter Rechtsetzung beziehungsweise -änderung“⁶³⁴ anknüpfen. Ausgangspunkt ist in diesem Kreislauf die Normtextsetzung durch den demokratisch legitimierte Gesetzgeber. Die dem richterlichen Handeln vorgegebenen Normtexte sind politisch entschieden, aber bleiben weiterhin durch die Verfahren entsprechender Willensbildung politisch disponibel. Die politische Möglichkeit, über die jeweilige Fassung des Normtextes zu disponieren, lässt sich allerdings nicht in das Handlungssystem der Rechtsordnung hinein verlängern.⁶³⁵ Der Normtext ist in seiner jeweiligen Fassung *Ergebnis* des politischen Willensbildung, aber *Vorgabe* und Eingangsdatum für die richterlichen Entscheidungen. Er verknüpft damit zwei nicht wesensverschiedene, aber in Formalisierung, Kontrolle und Rechtfertigungstypik unterscheidbare Teilsysteme der Steuerung von Gesellschaft.⁶³⁶

Praktische Rechtsarbeit ist an die politisch durchgesetzten Normtexte gebunden und auch an die politischen Entscheidungen, welche als methodenbezogene Normen in der Verfassung enthalten sind. Ihre praktischen Ergebnisse in Form von tragenden Leitsätzen als Rechtsnormen bzw. Urteilsformeln als Entscheidungsnormen muss sie an diesen Texten regulär ausweisen. Die Entscheidung von Einzelfällen steht nach dem Grundgesetz bestimmten Funktionsträgern zu, die nicht direkt dem Volk verantwortlich sind, sondern dem über das Legislativorgan demokratisch legitimierten Gesetz. Deswegen dürfen ihre Entscheidungen nicht die zu Normtexten formalisierten Ergebnisse

⁶³²Vgl. *Herzog*, in: Maunz / Dürig, Kommentar zum GG, Art. 97 Rdnr. 22.

⁶³³Vgl. zu diesem Begriff *Friedrich Müller*, ‚Richterrecht‘, 1986, S. 61, 67, 96, 118 f.; *ders.*, Demokratie – rechtliche Normtexte in der Virtualität des Rechts, in: *Friedrich Müller.*, Demokratie zwischen Staatsrecht und Weltrecht, 2003, S. 35 ff.

⁶³⁴*Friedrich Müller*, ‚Richterrecht‘, 1986, S. 90.

⁶³⁵*Friedrich Müller*, Juristische Methodik und Politisches System, 1976, S. 15.; *ders.*, Demokratie – rechtliche Normtexte in der Virtualität des Rechts, in: *ders.*, Demokratie zwischen Staatsrecht und Weltrecht, 2003, S. 35 ff.

⁶³⁶Ebd., S. 16.

demokratischer Politik überspielen.⁶³⁷ Wenn der Richter durch die einschlägigen Normtexte und entsprechende methodische Direktiven an der Findung eines Ergebnisses gehindert ist, das aus seiner Sicht gerecht erscheint, kann er trotzdem nicht seine persönliche Vorstellung von der Gerechtigkeit zur Entscheidungsgrundlage machen. Vielmehr muss er dem Gesetz gemäß entscheiden und versuchen, seine abweichenden rechtspolitischen Vorstellungen im Handlungssystem der Politik durchzusetzen. Im Kontext des Demokratieprinzips bringt die in Art. 97 I GG enthaltene Gesetzesbindung damit den Formalitäts- und Geltungsvorsprung⁶³⁸ des demokratisch legitimierten Normtextes zur Geltung.

3. Das Gesetzesbindungspostulat berührt das Rechtsstaatsprinzip im Zusammenhang der Unterscheidung von aktueller und konstitutioneller Gewalt⁶³⁹. Der schon in Art. 20 GG zum Ausdruck gebrachte Gedanke, dass es bei der Rechtsprechung um das Ausüben und Rechtfertigen von staatlicher Gewalt geht, wird in dem die allgemeinen Grundsätze präzisierenden Abschnitt über die Rechtsprechung wiederaufgenommen. Der diesen Abschnitt einleitende Art. 92 GG spricht von einer den Richtern übertragenen „Gewalt“. Auf das Mediatisieren dieser Gewalt ist das Rechtsstaatsprinzip bezogen. Es fordert, dass beim Ausüben staatlicher Gewalt gewisse Legitimitätsmaßstäbe eingelöst werden: „Seine Legitimität findet der bürgerliche Rechtsstaat gerade darin, möglichst weitgehend mit formalisierter, kontrollierbarer, sprachlich vermittelter konstitutioneller Gewalt auszukommen und möglichst wenig die deswegen entlegitimierte ‚bloße‘, d. h. die aktuelle Gewalt einsetzen zu müssen“⁶⁴⁰. Die Legitimierungsweise des Rechtsstaats ist hier als eine doppelte gedacht: Einmal als Berechenbarkeit und Kontrollierbarkeit im Sinne der Betriebsrationalität. Dann aber auch als inhaltliche Legitimität, wonach die individuellen Interessen der „bürgerlichen Gesellschaft“ von staatlichen Eingriffen abgeschirmt werden und in den grundrechtlich garantierten Aktionsformen ihre Eigengesetzlichkeit als Pluralismus verschiedener Lebensformen entfalten können.⁶⁴¹

Auf der Ebene praktischer Rechtsarbeit entfaltet sich der Anspruch des Rechtsstaatsprinzips als Forderung nach Rationalität und Kontrolle statt sprachloser Gewalt. Ein Urteil als rechtspolitische Dezision vom Ergebnis her wäre in diesem Sinne als bloß Gewalt anzusehen, als Herrschaft von Menschen über Menschen, statt Herrschaft, die durch Recht und Prozesse sprachlicher Vermittlung mediatisiert ist. Ein Richter als apokrypher Gesetzgeber, der seine Entscheidung nicht an die vom Gesetzgeber formulierten Normtexte in methodisch nachvollziehbarer und verallgemeinerungsfähiger Weise rückbindet, zerstört neben der stabilisierenden Funktion der Rechtsordnung auch die rechtsstaatliche Legitimität⁶⁴². Der Richter soll stattdessen „rechtmäßig“

⁶³⁷Vgl. *Friedrich Müller*, ‚Richterrecht‘, 1986, S. 90 ff.

⁶³⁸Vgl. dazu *Friedrich Müller*, *Juristische Methodik und Politisches System*, 1976, S. 15 f.

⁶³⁹*Friedrich Müller*, *Recht – Sprache – Gewalt*, 1975, S. 9, 28 ff., 31.

⁶⁴⁰Ebd., S. 31.

⁶⁴¹*Friedrich Müller*, *Juristische Methodik und Politisches System*, 1976, S. 13 ff.

⁶⁴²Grundlegend zu dieser Beziehung *Friedrich Müller*, *Konstitutionalität-Legalität-*

entscheiden, nicht als Dezision⁶⁴³ kraft selbstgesetzter Gewalt, sondern kraft abgeleiteter Gewalt. Der vom Gericht erarbeitete und die Entscheidung tragende Leitsatz muss daher in methodisch nachvollziehbarer Verbindung zu dem vom Gesetzgeber erlassenen Normtext stehen. Nur dann hat das Gericht die in der Entscheidung steckende Gewalt nicht geschaffen, sondern funktionell vermittelt. Nur dann handelt es sich um konstitutionelle Gewalt, welche allein rechtsstaatlich legitim ist. Im Kontext des Rechtsstaatsprinzips ergibt sich somit, dass die Gesetzesbindung den Richter auf eine normtextorientierte Entscheidung verpflichtet, welche den tragenden Leitsatz mittels kontrollierbarer und nachvollziehbarer methodischer Maßstäbe am Normtext legitimiert.

4. Die Berücksichtigung des historischen, genetischen und systematischen Kontextes von Art. 97 I GG erlaubt damit, die Konturen der richterlichen Gesetzesbindung deutlicher zu zeichnen. Schon der historische Zusammenhang gibt einen Hinweis auf die Funktion dieses Postulats: Im Nationalsozialismus wurde die Geltung der Gesetzesbindung zugunsten einer politischen Instrumentalisierung des Rechts suspendiert. Diese Negativfolie lässt eine machthemmende Funktion der Gesetzesbindung im Interesse der individuellen Freiheit und des gesellschaftlichen Pluralismus erkennen. Die Entstehungsgeschichte präzisiert den freiheitsschützenden Gesichtspunkt, indem sie den Richter an die vom Gesetzgeber demokratisch entschiedenen Normtexte bindet und ihm einen unmittelbaren Zugriff auf holistische Gerechtigkeitskonzeptionen unter Berufung auf sein Gewissen verwehrt. Die Zielrichtung der Gesetzesbindung wird noch weiter verdeutlicht durch die Systematik des Grundgesetzes. Gewaltenteilungsgrundsatz und Demokratieprinzip beschränken die Rolle des Richters auf die Setzung solcher Rechts- und Entscheidungsnormen, die sich auf die vom Gesetzgeber hervorgebrachten Normtexte zurückführen lassen. Das Rechtsstaatsprinzip verlangt für diese methodische Rückführung überprüfbare und verallgemeinerungsfähige Maßstäbe. Unter der Geltung des Grundgesetzes kann die rechtliche Regelung gesellschaftlicher Konflikte somit nicht unmittelbar auf substantiell und holistisch gedachte Gerechtigkeitskonzepte zurückgreifen.⁶⁴⁴ Die Entscheidung solcher Konflikte ist vielmehr auf unterschiedliche staatliche Funktionen und mehrere Stadien der Rechtserzeugung verteilt.

Das Zusammenspiel der genannten Prinzipien führt zu einem Ergebnis, das Friedrich Müller folgendermaßen formuliert: „Das Anstreben inhaltlicher

Legitimität in der rechtsstaatlichen Demokratie, in: Friedrich Müller., Demokratie in der Defensive, 2001, S. 54 ff.

⁶⁴³Vgl. dazu *Friedrich Müller*, Juristische Methodik und Politisches System, 1976, S. 19 ff., 24 ff.

⁶⁴⁴Die herkömmliche Position versucht teilweise, diesen arbeitsteiligen Prozess dadurch zu entdifferenzieren, dass sie Art. 20 III GG gegen Art. 97 I GG ausspielt und die in Art. 20 III enthaltene Wendung „und Recht“ als Verpflichtung auf die Gerechtigkeit interpretiert. Vgl. dazu *Herzog*, in: *Maunz / Dürig*, Kommentar zum GG, Art. 97 Rdnr. 5; *Holtkotten*, Bonner Kommentar, Art. 97 II 2b; vgl. auch *Wank*, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 1978, S. 87 ff.; *Ipsen*, Richterrecht und Verfassung, 1975, S. 117 ff. jeweils m. w. N.

Gerechtigkeit ist im Staat vom Typus des Grundgesetzes durch Gewaltenteilung gebrochen und arbeitsteilig differenziert⁶⁴⁵. Die Gesetzesbindung soll in diesem Rahmen dafür Sorge tragen, dass auch noch die Gewalt geteilt und gehemmt wird, die in den Texten und ihrer Interpretation steckt.⁶⁴⁶ Deswegen wird auch der nach den Stadien Normtext-Rechtsnorm-Entscheidungsnorm zu unterscheidende Prozess der Rechtsverwirklichung noch unter verschiedenen Gewalten aufgeteilt und mittels verallgemeinerungsfähiger methodischer Maßstäbe im rechtsstaatlichen Sinne kontrollierbar gemacht.

Als Ort oder Angriffspunkt der Gesetzesbindung wurde schon oben der Raum bestimmt, welcher Sätze voneinander trennt. In diesem Raum entfaltet sich zwischen den Prozessparteien ein Sprachkampf darum, wie die Eingangsdaten der anstehenden Entscheidung weiter zu verkettet sind. Unter Berücksichtigung des Kontextes von Art. 97 I GG lässt sich nun auch die Richtung näher bestimmen, mit der die Gesetzesbindung in den Sprachkampf⁶⁴⁷ um die Satzverkettung eingreift: Der Widerstreit um die Verknüpfung von Fallerszählung, Leitsatz und Normtext soll nicht entlang von vorgegebenen Machtgefällen entschieden werden, sondern durch Einführung gewaltenteilender und rechtsstaatlicher Standards kontrollierbar und diskutierbar werden.

Die machthemmende Funktion der Gesetzesbindung ist damit entsprechend dem Grundsatz „divide et liberaliter vive“⁶⁴⁸ eine wichtige Voraussetzung für die Möglichkeit, ohne Angst anders sein zu können. Und die Einlösung des von Art. 97 I GG formulierten Postulats erscheint als wichtige Ermöglichungsbedingung für den von den Grundrechten der Verfassung angestrebten gesellschaftlichen Pluralismus.

III. Gesetzesbindung im verfahrensbezogenen Rechtsstaatsverständnis

1. Schon das in Art. 97 I GG enthaltene Wort „Gesetz“ ist mehrdeutig⁶⁴⁹: Es kann sich auf den bloßen Wortlaut als Zeichenfolge oder auf die Zeichenbedeutung als „objektiven Inhalt“ beziehen. Diese Mehrdeutigkeit setzt sich fort im Begriff der Gesetzesbindung. Das Postulat kann einmal verstanden werden als Bindung *durch* das Gesetz im Sinne einer Erkenntnis seiner objektiv vorgegebenen Bedeutung oder es kann verstanden werden als Bindung *an* das Gesetz im Sinne einer richterlichen Konstitution dieser Bedeutung unter bestimmten

⁶⁴⁵ Friedrich Müller, ‚Richterrecht‘, 1986, S. 121.

⁶⁴⁶ Vgl. zu diesem Problem auch aus der Sicht einer philosophischen Hermeneutik: Marquard, Frage nach der Frage, auf die die Hermeneutik die Antwort ist, in: Marquard, Abschied vom Prinzipiellen, 1987, S. 117 ff., 134.

⁶⁴⁷ Vgl. dazu grundlegend Goebel, Rechtsgespräch und kreativer Dissens, 2001, S. 18 ff. sowie Bung, Der juristische Streit zwischen Agon und Konsens, in: Kreuzbauer / Augeneder (Hrsg.), Der juristische Streit, ARSP Beiheft Nr. 99, 2004, S. 144 ff.

⁶⁴⁸ Vgl. dazu ebd., sowie Marquard, Abschied vom Prinzipiellen, in: ebd., S. 4 ff., 19.

⁶⁴⁹ Vgl. dazu Ebsen, Gesetzesbindung und „Richtigkeit“ der Entscheidung, 1974, S. 31 ff., ähnlich schon zum Begriff Wortlaut: Keller, Die Kritik, Korrektur und Interpretation des Gesetzeswortlautes, 1960, S. 16 ff.

Einschränkungen.

Nur diese zweite Lesart ist nach der vorstehenden Analyse der sprachlichen, medialen⁶⁵⁰ und methodischen Bedingungen praktischer Rechtsarbeit haltbar. Als *Gegenstand* juristischer Textarbeit kommt dann nicht die objektive Bedeutung in Betracht. Sie steht erst am Ende juristischer Arbeit, ist nicht deren Voraussetzung. Gegenstand ist vielmehr das gesetzliche Textformular, die Zeichenkette.

2. Wenn nun die Zeichenkette als Gegenstand der Rechtsarbeit bestimmt wird, ist damit in keiner Weise gesagt, dass dem vom Gesetzgeber geschaffenen Normtext noch keine sprachliche Bedeutung zukäme. Das wäre nicht nur kontraintuitiv, auch könnte man die Zeichenketten des positiven Rechts gar nicht als solche erkennen.⁶⁵¹ Normtexte sind keine bedeutungsleeren Zeichen. Sie haben in der Situation juristischer Entscheidung im Gegenteil eher zu viel als zu wenig Bedeutung. Mit dem Normtext wird eine große Anzahl von Verwendungsweisen verknüpft, die er in den Konfliktfall mitbringt. Jede der streitenden Parteien hat eine recht dezidierte Vorstellung davon, was der fragliche Normtext für ihr Anliegen, ihre Interessen „sagt“ oder „bedeutet“. Es gibt außerdem meist eine Mehrzahl dogmatischer Bedeutungserklärungen in der Literatur und eine Reihe von gerichtlichen Vorentscheidungen. Dazu kommen die *mitgebrachten Verwendungsweisen* aus der Rechtstradition, der Entstehungsgeschichte, der „Alltagssprache“ und der juristischen Fachsprache. Manche von ihnen, einschließlich die der Gerichte und der Literatur, schließen einander aus. Mitgebracht vom Normtext in die Entscheidungssituation wird also nicht „die Bedeutung“, sondern ein Konflikt um Bedeutungen.⁶⁵² Und genau diesen muss der Richter am praktischen Fall entscheiden.

Die Betrachtung muss also gedreht werden, und zwar um die verfassungsrechtlichen Anforderungen des Rechtsstaatsgebots als Angelpunkt. Die Gesetzesbindung kann sich nicht auf die Rechtsnorm als etwas Vorgegebenes beziehen, sondern sie bezieht sich auf die Struktur eines Herstellungsprozesses. Bisher war die Diskussion in einem falschen Bild richterlicher Tätigkeit befangen (und ein Bild vernebelt bekanntlich mehr als tausend Worte): Der Abstand zwischen Normtext und Fallentscheidung sollte durch die Brücke juristischer Auslegung überwunden werden, deren Grundpfeiler fest in der vorgegebenen Rechtsnorm ruhen.

Die Doktrin der Rechtsprinzipien hat mit ihrer zunehmenden Ausdehnung ungewollt deutlich gemacht, wie brüchig dieses vorgeblich feste Fundament tatsächlich ist. Aber sie hat nicht die Konsequenz gezogen, das immer weiter eingeschränkte rechtsnormtheoretische Paradigma des Positivismus durch ein neues zu ersetzen. Die nachpositivistischen Ansätze machen demgegenüber klar, dass keine schon vorhandene Brücke uns die Anstrengung abnehmen kann,

⁶⁵⁰Vgl. dazu *Christensen / Lerch*, Performanz – Die Kunst Recht geschehen zu lassen, in: Lerch (Hrsg.), *Die Sprache des Rechts*, Band 3, 2005, S. 55 ff.

⁶⁵¹*Somek*, Der Gegenstand der Rechtserkenntnis. 1996, 59, Fn. 284 und *Somek / Forgó*, Nachpositivistisches Rechtsdenken. Inhalt und Form des positiven Rechts. 1996, 36.

⁶⁵²*Goebel*, Rechtsgespräch und kreativer Dissens, 2001, S. 112 ff.

den Abstand zwischen Normtext und konkreter Entscheidung zu überwinden. Gefordert ist vielmehr eine Konstruktion, die den vom Rechtsstaatsprinzip vorausgesetzten technischen Maßstäben genügt.

3. Die Anforderungen an praktische Rechtsarbeit werden dadurch nicht geringer, sondern höher. Denn der Richter⁶⁵³ muss die hergestellte Rechtsnorm dem einschlägigen Normtext rechtsstaatlich kontrolliert zurechnen. Es gibt damit zwar nicht mehr das automatische Förderband der Begriffsexplikation, das den Richter vom Normtext zur Entscheidung bringt. Aber er muss diese Divergenz in methodisch kontrollierter Weise überwinden.

Was gewinnt man mit diesem Übergang von der vermeintlich objektiv vorgegebenen Bedeutung zum tatsächlichen Konflikt um die Bedeutung des Textes? Der Ort, an dem die Untersuchung ansetzen muss, ist nicht eine von den überlieferten Anforderungen des Positivismus diktierte Theorie sprachlicher Bedeutung, sondern die praktische semantische Tätigkeit der Juristen.⁶⁵⁴ An die Stelle illusionärer Bindungen, die das richterliche Sprechen abschließend determinieren sollen, tritt eine wirkliche Verantwortung.⁶⁵⁵

Die Verantwortung des Richters ist bei Entscheidungen über den staatlichen Strafanspruch besonders groß. Es geht nicht nur um schwerwiegende Freiheitsingriffe, sondern auch um den Schutz der Gemeinschaft. Deswegen ist das Strafrecht natürlich für die Problematik richterlicher Gesetzesbindung besonders sensibel. Daher stellt sich die Frage nach den Besonderheiten richterlicher Bindung gerade in diesem Bereich.

IV. Art. 103 II GG: Vom Wortlaut als vorgegebener Grenze für die Auslegung zur Wortlautgrenze als Ergebnis der Auslegung

An der fehlenden Determination durch das Gesetz ändert sich auch im Strafrecht nichts. Die Gesetzesbindung ist im Strafrecht besonders akzentuiert durch den seit der Aufklärung (wenngleich mit Unterbrechungen) für den Bereich staatlichen Strafens⁶⁵⁶ weit verbreiteten⁶⁵⁷ Grundsatz „nullum crimen, nulla poena sine lege“. Aber es handelt sich hierbei letztlich nur um eine spezielle Konkretisierung des allgemeinen Gesetzesvorbehalts, Bestimmtheitsgrundsatzes und Gesetzesbindungspostulats.⁶⁵⁸ Und gewiss zeigen Stichworte wie Analogie-

⁶⁵³Zur Frage, in wessen Namen der Richter spricht, vgl. *Stolleis*, Im Namen des Gesetzes, 2004.

⁶⁵⁴Vgl. dazu *Friedrich Müller*, Demokratie, Rechtsarbeit, Volksgemurmel, in: Friedrich Müller., Methodik, Theorie, Linguistik des Rechts, 1997, S. 36 ff.

⁶⁵⁵*Goebel*, Rechtsgespräch und kreativer Dissens, 2001, S. 135 ff.

⁶⁵⁶Zum sachlichen Schutzbereich von Art. 103 II GG vgl. *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 103 II Rn. 16 ff.; *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz / Dürig, Kommentar zum GG, Art. 103 II Rn. 194 ff.

⁶⁵⁷Zur internationalen und rechtsvergleichenden Dimension vgl. *Nolte*, in: Bonner Kommentar, Art. 103 II Rn. 114 ff.; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 103 II Rn. 5 ff.; *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz / Dürig, Kommentar zum GG, Art. 103 II Rn. 246 ff.

⁶⁵⁸Vgl. BVerfGE 92, 1, 12; 87, 209, 224; *Nolte*, in: Bonner Kommentar, Art. 103 II Rn. 138, 160; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 103 II Rn. 24; *Schmidt-*

verbot und Adressatenorientierung bei der Wortlautgrenze, dass hier Besonderheiten zu berücksichtigen sind. Indes führt auch im Strafrecht an den oben angestellten Überlegungen über die mangelnde Begrenzungsfunktion natürlicher Sprache und die Instabilität von Bedeutungen kein Weg vorbei.⁶⁵⁹ Und so wird in ambitionierteren Darstellungen auch zu Art. 103 II GG betont, dass seine Geltung nichts daran ändern könne, dass auch der strafrechtliche Gesetzesvollzug ein Gestaltungsvorgang sei⁶⁶⁰ und notwendig ein Konkretisierungsspielraum bestehen bleibe.⁶⁶¹ Oder anders gewendet: würde man den Satz ernst nehmen, dass im Strafrecht „alles das, was vom Gesetz nicht entschieden ist, dem Bereich der Freiheit“ zugeordnet sei⁶⁶² und unter „entschieden“ zugleich „vorentschieden“ verstehen, müsste man sich um die freiheitsbeschränkende Wirkung des Strafrechts keine großen Gedanken machen – es würde sie praktisch schlicht nicht geben.

Will man daher gleichwohl unterstellen, dass Verfassungs- (Art. 103 II GG) und Gesetzgeber (§ 1 StGB) mit der Festschreibung des speziellen strafrechtlichen Gesetzlichkeitsprinzips etwas Besonderes erreichen wollten (und zumindest in Grenzen auch erreicht haben), so können die hier relevanten Teilgarantien – und hier insbesondere diejenige der der *lex stricta* – nur so verstanden werden, dass sie als methodenrelevante Normen des Grundgesetzes den Konkretisierungsvorgang näher steuern sollen, ohne ihn deshalb etwa abzuschaffen oder für überflüssig erklären zu wollen. Denn so, wie schon Bindung der rechtlichen Entscheidung an einen schriftlich niedergelegten Gesetzestext eine methodische Anordnung darstellt, die nicht denknotwendig vorgegeben, sondern Ergebnis einer politischen Entscheidung ist, können natürlich auch weitergehende methodische Standards angeordnet werden – wenngleich sinnvoll nur in dem Rahmen, in dem sie umgesetzt werden können.⁶⁶³ In diesem Sinne kann man davon sprechen, dass der Konkretisierungsbeitrag des Strafrichters reduziert ist und ihm die sonst bei der Rechtsarbeit üblichen Konkretisierungstechniken nicht in vollem Umfang zur Verfügung stehen⁶⁶⁴ bzw. dass stärker als sonst⁶⁶⁵ der Vorrang einzelner Kontexte zur Entscheidung über Bedeutungskonflikte angeordnet wird. Dabei kommt dem Kontext der Verwendung im allgemeinen (Alltags-) Sprachge-

Aßmann in; Maunz / Dürig -, Kommentar zum GG, Art. 103 II Rn. 167.

⁶⁵⁹Vgl. auch Depenheuer, *Der Wortlaut als Grenze*, 1988, S. 41: „Der Wortlaut der Norm ist als verfassungsrechtliches Grenzkriterium der Auslegung theoretische unbegründet und – von Grenzfällen abgesehen – praktisch unbrauchbar.“

⁶⁶⁰Vgl. *Schmidt-Aßmann*, in: / Dürig, Kommentar zum GG, Art. 103 II Rn. 224.

⁶⁶¹Vgl. *Nolte*, in: Bonner Kommentar-, Art. 103 II Rn. 139.

⁶⁶²Vgl. *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz / Dürig, Kommentar zum GG, GG, Art. 103 II Rn. 225.

⁶⁶³Plakatives Beispiel: So sind gerade die aus der Geschichte des Strafrechts bekannten Versuche, „Auslegungsverbote“ zu statuieren, nicht sinnvoll umsetzbar, wenn nicht zugleich die Anwendung der Vorschriften untersagt werden soll. Umgekehrt sind die Vorgaben des Art. 103 II GG zur Garantie der *lex praevia* (insbesondere auch in ihrer Ausprägung der Geltung der *lex mitior*, welche eine Ausnahme zum allgemeinen Vorrang der *lex posterior* darstellt) ein methodisches Postulat, das relativ leicht umzusetzen ist.

⁶⁶⁴Vgl. *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz / Dürig, Kommentar zum GG, 1999, Art. 103 II Rn. 225.

⁶⁶⁵Zur Frage nach einer Reihenfolge der Auslegungs-Canones vgl. *Christensen / Kudlich*, *Theorie richterlichen Begründens*, 2001, S. 375 ff.

brauch besondere Bedeutung zu,⁶⁶⁶ was zu einer „Vorrangigkeit“ jedenfalls der „Irritationskraft“ der Gesetzesformulierung führt.⁶⁶⁷ Dabei kann freilich dieser Alltagssprachgebrauch im Einzelfall innerhalb des Adressatenkreises der Norm durchaus einmal ein weiteres Verständnis eines Begriffes zulassen als der Fachsprachgebrauch, so dass die strafgerichtliche Rechtsprechung dann ganz konsequent ohne Verstoß gegen Art. 103 II GG eine Strafbarkeit annehmen kann.⁶⁶⁸

Das alles heißt aber – und darüber besteht in der Sache Einigkeit – nicht, dass eine Auslegung sich etwa auf die grammatische beschränken würde. Geradezu selbstverständlich verweist die strafrechtsdogmatische Literatur bei der Auslegung auf die klassischen Kanones, und auch in den Kommentaren zum GG werden etwa die Bedeutung von Präjudizien⁶⁶⁹ oder dem Textzusammenhang⁶⁷⁰ betont. Das BVerfG schließlich⁶⁷¹ prüft in einer jüngeren Entscheidung auf die Rüge einer Verletzung des Art. 103 II GG durch die strafgerichtliche Gleichsetzung eines vorsatzlosen Sich-Entfernens vom Unfallort mit einem „berechtigten oder entschuldigenden“ Entfernen in § 142 II Nr. 2 StGB hin keineswegs nur den „Wortsinn“ in seiner Verwendung in der Umgangssprache, sondern stützt sein Ergebnis ausdrücklich auch auf – umfangmäßig in der Entscheidung nicht zurücktretende – weitere Kanones. Damit schwingt sich das BVerfG auch gewiss nicht unbefugt zur „Superrevisionsinstanz“ über die Auslegung einfachen Rechts auf,⁶⁷² sondern macht nur deutlich, dass auch im Strafrecht die „Wortlautgrenze“ der Auslegung nicht vorgegeben ist, sondern immer erst Ergebnis eines Auslegungsvorganges sein kann.⁶⁷³ In diesem Sinn ist es ganz zutreffend, wenn das Gericht „zur Feststellung der Bedeutung“ der Begriffe „berechtigt oder entschuldigend“ gerade nicht nur die grammatische, sondern auch die historische, systematische und teleologische Auslegung mit heranzieht.⁶⁷⁴

⁶⁶⁶Vgl. auch *Nolte*, in: Bonner Kommentar, 2001, Art. 103 II Rn. 157; *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz / Dürig, Kommentar zum GG, 1999, Art. 103 II Rn. 227; *Degenhart*, in: Sachs, GG, 1999, Art. 103 Rn. 70a..

⁶⁶⁷Vgl. *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, Kommentar zum Grundgesetz, 2000, Art. 103 II Rn. 27, der freilich (wohl missverständlich) von einer „Vorrangigkeit der Determinationskraft“ spricht.

⁶⁶⁸Plakatives Beispiel: Die Subsumtion von Pilzen unter den Pflanzenbegriff des BtMG, die mit der naturwissenschaftlichen Klassifizierung der Pilze nur schwer zu vereinbaren ist, aber dem Verständnis nicht zuletzt auch der betroffenen Verkehrskreise entspricht; vgl. dazu BGH NJW 2007, 524, sowie dazu ausführlich Kudlich / Christensen / Sokolowski, Zauberpilze und Cybernauten, in: Friedrich Müller (Hrsg.), Politik, (Neue) Medien und die Sprache des Rechts, 2007, S. 119 ff.

⁶⁶⁹Vgl. *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz / Dürig, Kommentar zum GG, 1999, Art. 103 II Rn. 229.

⁶⁷⁰Vgl. *Nolte*, in: Bonner Kommentar, 2001, Art. 103 II Rn. 158.

⁶⁷¹Vgl. die Entscheidung BVerfG NJW 2007, 1666 m. Anm. *Kudlich* JA 2007, 549 ff.

⁶⁷²Siehe schon BVerfGE 1, 418, 420, und jüngst BVerfG NJW 2007, 499, 504; vgl. auch *Pieroth / Schlink*, Grundrechte Staatsrecht II, 2006, Rn. 1172 ff.; *Schlaich / Koriath*, Das Bundesverfassungsgericht, 2004, Rn. 283 ff.

⁶⁷³Vgl. dazu auch *Christensen / Kudlich*, Wortlautgrenze – spekulativ und pragmatisch?, ARSP 2007, 128, 139 ff.

⁶⁷⁴Die dem Verfassungsgericht in Abgrenzung zu den strafrechtlichen Fachgerichten gezogene Grenze wird dabei dadurch eingehalten, dass es nicht etwa in Fällen, in denen die grammatische Auslegung eine Strafbarkeit ohne weiteres zuzulassen scheint, allein aufgrund von „normtextfernen“ Argumenten (wie etwa der Teleologie) eine Verletzung des Art. 103 II GG

Auch zusammengesetzte Schlussformen sind im Strafrecht möglich. Nur der Analogieschluss zu Lasten des Bürgers ist verboten.⁶⁷⁵ Das Analogieverbot wurde zum Teil als nicht einlösbare Anforderung verstanden, weil das juristische Denken ohne Ähnlichkeitsurteile nicht funktionieren könne. Ähnlichkeitsurteile werden dadurch aber nicht berührt. Sprache besteht aus einem sich stets ändernden Gewebe von Differenzen, welche strikte Identitätsurteile ausschließen. Ohne Ähnlichkeitsurteile könnte sprachliches Handeln tatsächlich nicht funktionieren. Beim Analogieverbot⁶⁷⁶ geht es um etwas sehr viel Spezifischeres: Verboten ist die Behauptung einer Lücke⁶⁷⁷ im Strafrecht und deren Schließung mit einer interessenparallelen Regelung. Nur diese Schlussform wird vom Analogieverbot des Art. 103 II GG verboten.

Die Gesetzesbindung ist damit auch nach Art. 103 II GG keine vertikale, sondern bleibt eine horizontale – nur Zahl und Festigkeit der „Knotenpunkte“ im horizontalen Netz der Kontexte und Referenzen differieren. Wenn (bzw. soweit) dadurch im Einzelfall der Entscheidungsvorgang als Praxis der Grenzziehung anders verläuft als in anderen Rechtsgebieten, ändert das nichts an diesem Befund, sondern wäre nur Beleg dafür, dass die juristische Entscheidungspraxis durchaus durch methodenrelevante Verfassungsnormen beeinflusst werden kann. Konkret kann die gleichsam einseitige (da jeweils nur in *malam partem* geltende!) Reduktion der Kontexte eine Feinsteuerung dahingehend bewirken, dass die für die Strafbarkeit entscheidende Einschlägigkeit eines strafbarkeitsbegründenden Tatbestandsmerkmal häufiger zu verneinen ist, als sie es unter Ausschöpfung des gesamten Konkretisierungsarsenals wäre.⁶⁷⁸

C. Art. 103 I GG: Vom formalen Teilhaberecht zum Beitrag im dialogischen Rechtsfindungsprozess

Art. 103 I GG statuiert den grundrechtsgleichen (vgl. Art. 93 I Nr. 4a GG) Anspruch auf rechtliches Gehör. So wenig spektakulär und leidenschaftlich die dogmatischen Kämpfe um dieses (nicht nur im deutschen Verfassungsrecht bekannte⁶⁷⁹) Grundrecht in der Wissenschaft vielfach (nur noch) ausgefochten werden, so bedeutsam ist es in der Praxis, wo etwa die Rüge seiner Verletzung bei erfolgreichen Verfassungsbeschwerden eine exponierte Position einnimmt.⁶⁸⁰

annimmt.

⁶⁷⁵Vgl. zum Analogieschluss *Rüters*, Rechtstheorie, 1999, Rn. 889 ff.

⁶⁷⁶Zum Verhältnis von Gesetzesvorbehalt und Analogieverbot vgl. *Hemke*, Methodik der Analogiebildung im öffentlichen Recht, 2006, S. 268 ff.

⁶⁷⁷Zum Begriff Lücke vgl. *Rüters*, Rechtstheorie, München 1999, § 23, Teil A und B.

⁶⁷⁸In diesem Sinne ist dann auch der Befund richtig, dass im Strafrecht der „ungeregelte Fall straffrei“ ist, vgl. *Kirchhof*, in: Festschrift der Juristischen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität Heidelberg, 1986, S. 11, 31,

⁶⁷⁹Zu den europäischen und internationalen Dimensionen (auch im angloamerikanischen Rechtskreis) des Anspruchs auf rechtliches Gehör vgl. nur *Nolte*, in: Bonner Kommentar, 2001, Art. 103 I Rn. 15 f.; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier-, Kommentar zum Grundgesetz, 2000, Art. 103 I Rn. 3, 7 ff.

⁶⁸⁰Vgl. *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, Kommentar zum Grundgesetz, 2000, Art. 103 I Rn. 14 m.w.Nachw.

Gerade das rechtliche Gehör als Garantie einer diskursiven Entscheidungsfindung vor Gericht⁶⁸¹ nimmt aber auch eine zentrale Rolle für die theoretische Reflexion über eine horizontale Gesetzesbindung ein.

I. Formale Garantien und konkrete Ausprägungen des Anspruchs auf rechtliches Gehör

Eng verstanden scheint mit Art. 103 I GG auf den ersten Blick nur eine formale Äußerungsmöglichkeit verbunden zu sein. Diese mag zwar „besser als nichts“ sein, ist sie doch – subjektiv im Empfinden des rechtsunterworfenen Bürgers, aber auch objektiv – ein entscheidender Schritt von der Objekts- zur Subjektsstellung im rechtlichen Verfahren. Allein als formales Äußerungsrecht wäre Art. 103 I GG trotzdem nur wenig wert, da der Betroffene zum einen im Einzelfall gar nicht recht weiß, wozu er sich und was er äußern soll, und weil zum anderen selbstverständlich auch nach formaler Durchführung einer Anhörung eine Entscheidung getroffen werden kann, die der Sache nach schon vor Gewährung des Gehörs getroffen worden ist.⁶⁸² Es bedarf also – und hierüber besteht auch unter den Vertretern des tradierten Verständnisses von Rechtsbindung und Gesetzesbindung weitgehend Einigkeit – einer zusätzlichen Effektuierung

In der Konsequenz dieser Erkenntnis wird die Garantie des rechtlichen Gehörs traditionell weit verstanden und mit gewissen „Vor- und Nachwirkungen“ neben dem eigentlichen Äußerungsrecht bedacht. Danach sind als drei „Verwirklichungsstufen“ zu unterscheiden ein Anspruch auf Information als Grundlage einer effektiven Äußerung, ein Recht zur Äußerung selbst sowie ein Anspruch auf Beachtung der Äußerung.⁶⁸³ Inwieweit diese Erweiterung in Einzelfall tatsächlich zu einer Effektivitätssteigerung des Gehörsanspruchs führt, ist dabei ersichtlich insbesondere davon abhängig, wie der „Anspruch auf Beachtung“ näher ausgefüllt wird (vgl. sogleich unten II und III).

Zumindest strukturell kommt diese Ausweitung allerdings einem horizontalen Gesetzesbindungsverständnis entgegen (und kann – nebenbei bemerkt – mit einem vertikalen Verständnis nur unvollkommen erklärt werden): Würde eine Gesetzesbindung rein „vertikal“ von der Entscheidung über eine Hierarchie aus Normen (mit prinzipiell feststehenden und nur noch zu „erkennenden“ Inhalten), Prinzipien und Gerechtigkeitsidee verlaufen, wären die Äußerungen

⁶⁸¹Vgl. *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, Kommentar zum Grundgesetz, 2000, Art. 103 I Rn. 11m.w.Nachw.

⁶⁸²Das ein solches Vorgehen dem Anliegen des Art. 103 I GG nicht gerecht werden würde, ist in der Sache einhellige Ansicht und wird meist unter dem Stichwort der dann fehlenden „Aufnahmebereitschaft“ des Gerichts diskutiert, vgl. *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, Kommentar zum Grundgesetz, 2000, Art. 103 I Rn. 60; *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz / Dürig, Kommentar zum GG, 1999, Art. 103 I Rn. 95.

⁶⁸³Vgl. *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, Kommentar zum Grundgesetz, 2000, Art. 103 I Rn. 19; Pieroth, in: Jarass / Pieroth, GG, 2006, Art. 103 Rn. 11, 19, 23; *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz / Dürig, Kommentar zum GG, 1999, Art. 103 I Rn. 69; *Degenhart* in: Sachs, GG, 1999, Art. 103 Rn. 9 f.; korrespondierend etwa mit BVerfGE 64, 135 ff.; 69, 145, 148.

der Verfahrensbeteiligten im besten Falle Fährten auf der Suche⁶⁸⁴ nach der ohnehin schon feststehende Lösung des Falles, in der Vielzahl schlechterer Fälle bloße Maskerade für einen Entscheidungsvorgang, der tatsächlich vollständig abgekoppelt von der Argumentation im streitigen Verfahren erfolgen würde. Wird dagegen die Rechtsentscheidung als Entscheidung eines Bedeutungskonflikts anhand der unterschiedlichen mitgebrachten Lesarten verstanden und muss die Entscheidung sich (statt auf dem vermeintlichen doppelten Boden einer vertikalen Gesetzesbindung zu ruhen) auf das Netz verlassen, das aus den mannigfaltigen Verwendungsweisen der streitigen Begriffe, aus Präjudizien, aus verschiedenen herangezogenen Kontexten sowie schließlich auch aus Argumenten Integration bzw. Widerlegung von gegen diese Argumente vorgebrachten Einwänden geknüpft wird, liegt auf der Hand, dass die von den Beteiligten vorgebrachten Äußerungen sowie die Auseinandersetzung damit zu wesentlichen Knoten innerhalb des Netzes werden können, die ihm zusätzliche Stabilität verleihen. Die Konfliktperspektiven der Parteien werden fruchtbar gemacht und fließen in das Verfahren ein, so dass damit gesichert wird, dass der Relevanzhorizont der späteren Entscheidungsbegründung nicht – oder jedenfalls nicht ausschließlich – ein semantischer, sondern (zumindest auch) ein pragmatischer ist.

II. Beachtungspflicht und Begründungserfordernis

Auch aus einem anderen Blickwinkel wird deutlich, wie gut der Anspruch auf rechtliches Gehör und das Bild einer horizontalen Gesetzesbindung harmonieren: Es geht um die Bedeutung der richterlichen Entscheidungsbegründung,⁶⁸⁵ die sowohl mit dem Gesetzesbindungspostulat als auch mit Art. 103 I GG korrespondiert: Mit der Gesetzesbindung, weil durch die Begründung gerade die geforderte Normanwendung dokumentiert werden kann.⁶⁸⁶ Dem ist nach vorzugswürdiger Auffassung⁶⁸⁷ gleich in doppelter Weise beizupflichten: Zum einen darin, dass dem Gesetzesbindungspostulat nicht mit einem „Begründbarkeitsgebot“,⁶⁸⁸ sondern nur mit einem grundsätzlichen *Begründungsgebot* genügt wird, da fast jede Entscheidung *begründbar* ist und es daher weniger um die Unterscheidung zwischen „begründbar“ und „nicht begründbar“ als vielmehr um die zwischen „gut (oder de lege artis) begründbar“ und „nicht gut begründbar“ geht; wie „gut“ eine Begründung ist, lässt sich aber nur nachvollziehen und überprüfen, wenn sie gegeben wird. Zum anderen auch

⁶⁸⁴Vgl. auch *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz / Dürig, Kommentar zum GG, 1999, Art. 103 I Rn. 97, der von einer Pflicht zur Berücksichtigung der Äußerungen im „Suchvorgang“ der Richters spricht, dabei aber wohl eher im hier verstandenen Sinn davon ausgeht, dass die Äußerungen das Suchergebnis auch in der Sache beeinflussen kann (vgl. a.a.O.: „eine Rolle spielen können“) und nicht ausschließlich zu dem ohnehin feststehenden Ergebnis hinführen zu helfen vermag.

⁶⁸⁵Vgl. ausführlich *Christensen / Kudlich*, Theorie richterlichen Begründens, 2001, passim.

⁶⁸⁶Vgl. *Lücke*, Begründungszwang und Verfassung, 1987, S. 40 f.; ähnlich BVerfG BayVBl 1986, 198.

⁶⁸⁷Vgl. nochmals *Christensen / Kudlich*, Theorie richterlichen Begründens, 2001, S. 295 f.

⁶⁸⁸So aber *Brink*, Über die richterliche Entscheidungsbegründung, 1999, S. 62.

dahingehend, dass nur „nicht einfach gelagert(e) und fehleranfällig(e)“ Fälle einer Entscheidungsbegründung bedürften;⁶⁸⁹ denn kaum ein Fall, in dem es tatsächlich wegen einer Rechtsfrage zum Streit kommt, ist unter Beachtung der Anschlussmöglichkeiten von Normtexten so einfach gelagert und wenig fehleranfällig, dass auf die Dokumentation der Normanwendung verzichtet werden kann.⁶⁹⁰

Mit dem Anspruch auf rechtliches Gehör korrespondiert die richterliche Begründungspflicht insoweit, als auch eine „Pflicht zur Beachtung der Äußerung“ angenommen wird.⁶⁹¹ Zwar kann „Beachtung“ nicht bedeuten, dass den Ausführungen des Äußernden gefolgt werden muss;⁶⁹² jedoch besteht ein Anspruch darauf, dass die Äußerung zumindest erwogen und in die Entscheidungsfindung miteinbezogen wird.⁶⁹³ Dass eine solche Erwägung aber stattgefunden hat, kann insbesondere durch eine Begründung bewiesen werden (und zu beweisen sein). Dementsprechend wird in der Literatur verbreitet eine Begründungspflicht aus Art. 103 I GG abgeleitet.⁶⁹⁴

In der Kopplung beider Aspekte zeigt sich deutlich, dass in der richterlichen Entscheidungsbegründung sowohl die Gesetzesbindung als auch die hinreichende Berücksichtigung des Anspruch auf rechtliches Gehör Niederschlag finden müssen. Sollen beide Elemente nicht bezugslos nebeneinander stehen (was das rechtliche Gehör wieder auf eine rein formale Teilhabebefugnis reduzieren würde), sondern miteinander verknüpft werden, ist dies nur möglich, wenn die Berücksichtigung (vgl. dazu auch sogleich III.) der in Ausübung des rechtlichen Gehörs vorgebrachten Argumente zugleich auch der Realisierung der Gesetzesbindung dient, was – wie oben gezeigt – nur in einem vertikalen Modell vorstellbar ist.

⁶⁸⁹So aber *Lücke*, Begründungszwang und Verfassung, 1987, S. 44.

⁶⁹⁰Das Regel-Ausnahme-Verhältnis ist vielmehr gerade umgekehrt: Nur ausnahmsweise sind in solchen Fällen die Normen so eng formuliert, dass ein anderes Verständnis ohne weiteres ausgeschlossen erscheint.

⁶⁹¹Zum Folgenden näher wieder *Christensen / Kudlich*, Theorie richterlichen Begründens, 2001, S. 294 f.

⁶⁹²Vgl. BVerfGE 64, 1, 112; 76, 93, 98; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, Kommentar zum Grundgesetz, 2000, Art. 103 I Rn. 62; *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz / Dürig, Kommentar zum GG, 1999, Art. 103 I Rn. 98; *Degenhart* in: Sachs, GG, 1999, Art. 103 Rn. 31.

⁶⁹³Zahlreiche Nachweise zum „Recht auf Berücksichtigung des Vorbringens“ bei *Lücke*, Begründungszwang und Verfassung, 1987, S. 80, dort Fn. 134.

⁶⁹⁴Ausführlich insbes. *Brüggemann*, Die richterliche Begründungspflicht, 1971, S. 152 ff.; vgl. ferner *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, Kommentar zum Grundgesetz, 2000, Art. 103 I Rn. 74; *Pieroth*, in: Jarass / Pieroth, GG, 2006, Art. 103 Rn. 28; *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz / Dürig, Kommentar zum GG, 1999, Art. 103 I, Rn. 99; von *Kunig* in: Münch / Kunig, Kommentar zum Grundgesetz, 1996, Art. 103 Rn. 15; *Degenhart* in: Sachs, GG, 1999, Art. 103 Rn. 10 sowie Rn. 42a (insbes. für letztinstanzliche Entscheidungen); *ders.*, Gerichtsverfahren, in: Isensee / Kirchhof (Hrsg.), HStR III § 76 Rn. 19; *Knemeyer*, Rechtliches Gehör im Gerichtsverfahren, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR VI, § 155 Rn. 32 m.w.N. Waldner drückt dies in seiner monographischen Darstellung des Anspruchs auf rechtliches Gehör etwa mit den Worten aus: „Nur anhand der Gründe lässt sich feststellen, ob das Gericht das Gehör nicht nur zur Kenntnis genommen, sondern tatsächlich in seine Erwägungen einbezogen hat.“, vgl. *Waldner*, Der Anspruch auf rechtliches Gehör, 2000, Rn. 185.

III. Was heißt „Anspruch auf Beachtung“?

Es wird aber auch umgekehrt ein Schuh daraus: Das durchaus der h.M. entsprechende „erweiternde“ Verständnis der Garantie des rechtlichen Gehörs spricht nicht nur strukturell für ein (hier bisher aus ganz anderen Gründen erwogenen) horizontales Gesetzesbindungsmodell, sondern umgekehrt kann ein solches Modell auch Hinweise darauf geben, wie die „Erweiterungen“ der Garantie des Art. 103 I GG zu verstehen bzw. zu handhaben sein kann.

Hinsichtlich der besonders bedeutsamen „Verlängerung“ der Garantie „nach hinten“, also des „Anspruchs auf Beachtung“ der Äußerung wird dabei vom BVerfG für den (hier vorrangig interessierenden) Bereich der Rechtsausführungen⁶⁹⁵ betont, dass Art. 103 I GG keinen „Anspruch auf ein Rechtsgespräch gewähre.“⁶⁹⁶ Daran ist gewiss zutreffend, dass ein unmittelbares Anspruch auf ein (ausführliches) „Rechtsgespräch“ zu jeder vorgebrachten Äußerung nicht nur auf Grund einer realistischen Einschätzung der justiziellen Ressourcen schwer vorstellbar wäre,⁶⁹⁷ sondern dass der Richter in einem solchen Gespräch auch Gefahr liefe, seine Neutralität und Offenheit bis zum endgültigen Fällen der Entscheidung (tatsächlich oder jedenfalls dem äußeren Anschein nach) zu verlieren, wenn er sich vorher schon im Rahmen eines juristischen Diskurses auf eine Lesart festlegen ließe.

Andererseits gilt – in den Verfahrensordnungen teilweise ausdrücklich statuiert,⁶⁹⁸ im übrigen aus Art. 103 I GG abzuleiten – das Verbot von Überraschungsentscheidungen.⁶⁹⁹ Danach soll der Betroffene wissen, welche tatsächlichen *und auch rechtlichen* Erwägungen der Richter seiner Entscheidung zugrunde zu legen gedenkt; droht insoweit eine überraschende Entscheidung, muss ein richterlicher Hinweis ergehen. Dieser Hinweis wiederum ist zugleich eine Gelegenheit zur Äußerung für den Betroffenen, welche (später zwar natürlich nicht „befolgt“, aber doch) zumindest in die Begründung Eingang finden sollte. Damit wird Art. 103 I GG zum Einfallstor für die im Verfahren vorgebrachten Argumente in die Entscheidung.

⁶⁹⁵Dazu, dass der Anspruch auf rechtliches Gehör auch Äußerungen zur Rechtslage (und nicht nur zur Tatsachengrundlage der Entscheidung) umfasst, vgl. nur BVerfGE 86, 133, 144; 98, 218, 263; *Nolte*, in: Bonner Kommentar, 2001, Art. 103 I Rn. 41; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, 2000, Art. 103 I Rn. 36; *Waldner*, Der Anspruch auf rechtliches Gehör, 2000, Rn. 90.

⁶⁹⁶BVerfGE 54, 277. Vgl. ferner *Nolte*, in: Bonner Kommentar-, Art. 103 I Rn. 48; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, Kommentar zum Grundgesetz, 2000, Art. 103 I Rn. 45; *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz / Dürig, Kommentar zum GG, 1999, Art. 103 I, Rn. 78.

⁶⁹⁷Vgl. auch *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum GG, 1999, Art. 103 I Rn. 86, der zutreffend betont, dass auch Art. 103 I GG nicht etwa die Aufgabe hat, „Weltverbessern und Systemveränderern wenigstens in der Gerichtsbarkeit ein Auditorium zu erschließen“.

⁶⁹⁸Vgl. etwa die Hinweispflicht nach § 265 StPO im Strafverfahren, die gerade auch dann eingreift, wenn ohne Änderung der Tatsachen eine von der Anklage abweichende rechtliche Bewertung erwogen wird.

⁶⁹⁹Vgl. BVerfGE 98, 218, 263, unter Bezug auf BVerfGE 83, 24, 35; 86, 133, 144 f., sowie ferner auch Dreier-Schulze-Fielitz, GG, 2000, Art. 103 I Rn. 42 f.; *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum GG, 1999, Art. 103 I Rn. 78, 140.

Dabei fordern auch ein diskursiv-verfahrensbezogenes Verständnis der Rechtskonkretisierung und eine horizontale Gesetzesbindung nicht etwa die Berücksichtigung jeder fernliegenden, mit dem bisherigen Diskussionsstand und dem Normtext in keinem erkennbaren Zusammenhang stehenden Argumentation.⁷⁰⁰ Denn Argumente, die sich weder auf den bisherigen Verfahrensstand noch auf den Normtext (als zentrale Zurechnungsgrundlage der Entscheidung) oder Präjudizien beziehen, sind schon von sich aus nicht geeignet, den gegenwärtigen Stand der argumentativen Geltung zu beeinflussen. Die Entscheidung darüber, wenn es an diesem Zusammenhang vollständig fehlt, muss freilich der Rechtsanwender in eigener Verantwortung treffen und in diesem Sinne auch seine Maßstäbe der wechselseitigen Bewertung der Argumente offen legen, was zugleich die (notwendige!) Kritizierbarkeit der Nicht-Beachtung eines Vortrages als „neben der Sache“ und im Wortsinne als „unbeachtlich“ ermöglicht. Eine allgemeine Abgrenzung ist aber insoweit zumindest in negativer Form dahingehend möglich, dass nicht nur das formelle und materielle Recht⁷⁰¹ i.S.d. einschlägigen Normtexte den Rahmen des „möglicherweise Erheblichen“⁷⁰² aufspannen, sondern dass der Relevanzhorizont ein pragmatischer,⁷⁰³ am bisherigen Verlauf der Verfahrens sowie diversen Kontexten orientiert ist.

Dazu müssen – auch auf der Grundlage der Überlegungen in vorangegangenen Abschnitten dieser Untersuchung – etwa Äußerungen gehören, die sich zu einer im Raum stehenden Befolgung eines bzw. einer Abweichung von einem Präjudiz(es) verhalten⁷⁰⁴ oder die zwar schon einmal vorgebracht wurden, nunmehr aber mit Blick auf einen veränderten Argumentationsstand im Verfahren wiederholt werden.⁷⁰⁵ Überhaupt ist die Abhängigkeit des Rahmens des „möglicherweise Erforderlichen“ von der fortschreitenden Konkretisierung und Verfestigung des Entscheidungsprozesses⁷⁰⁶ bzw. gar von der „Instanzenprägung“ des Verhandlungsstoffes⁷⁰⁷ deutlich leichter wenn nicht sogar ausschließlich mit einem horizontalen Gesetzesbindungsverständnis erklärbar, bei dem der Normtext nur einer von mehreren Bindungsparametern innerhalb eines diskursiven Verfahrensverlaufs ist. Besonders deutlich wird dies schließlich, wenn in verfassungsgerichtlicher Judikatur und Literatur davon ausgegangen wird, dass die gänzlich fehlende Wahrnehmung eines Schriftsatzes durch das Gericht *in jedem Fall* (!) zu einem Verstoß gegen

⁷⁰⁰Ebenso im Ergebnis BVerfG NJW 1996, 2785; NJW 1997, 1433 f.; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, 1999, Art. 103 I Rn. 61.

⁷⁰¹Zu dessen Beachtlichkeit vgl. *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, 1999, Art. 103 I Rn. 61.

⁷⁰²Vgl. *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz / Dürig, Kommentar zum GG, 1999, Art. 103 I Rn. 97 i.V.m. Rn. 86; *Degenhart*, in: Sachs, GG, 1999, Art. 103 Rn. 30.

⁷⁰³Vgl. zum Relevanzhorizont gerichtlicher Entscheidungen am Beispiel des Strafrechts Kudlich/Christensen, GA 2002, 337 ff.

⁷⁰⁴Vgl. dazu oben S. 153 ff. sowie bestätigend in diesem Sinne auch BVerfG NJW 1995, 2911 und *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, 2000, Art. 103 I Rn. 74 (zum Umfang der Begründungspflicht).

⁷⁰⁵Vgl. *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum GG, 1999, Art. 103 I Rn. 87.

⁷⁰⁶Vgl. *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum GG, 1999, Art. 103 I Rn. 86.

⁷⁰⁷Vgl. *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum GG, 1999, Art. 103 I Rn. 86.

Art. 103 I GG führen soll.⁷⁰⁸ Ein streng vertikales Gesetzesbindungsmodell müsste die Annahme eines Verstoßes hier stets unter den Vorbehalt stellen, dass der Schriftsatz mit Blick auf den Normtext relevante Passagen enthält; die strenge Beachtlichkeit *jeder* vollständigen Nicht-Wahrnehmung macht dagegen nur Sinn, wenn man der Äußerung des Verfahrensbeteiligten gleichsam als solcher und per se eine zumindest potentielle Bedeutung zubilligt. M.a.W.: ein horizontales Gesetzesbindungsverständnis stellt hinsichtlich der Wahrnehmung und insbesondere Berücksichtigung von Äußerungen im Rahmen des Anspruch auf rechtliches Gehör nicht (durchgehend) Anforderungen auf, die der h.M. in Rechtsprechung und Literatur fremd wären – es macht sie aber wesentlich besser verständlich, als es die traditionelle Auffassung zu leisten vermag und erweist sich insoweit als die erklärungs mächtigere „Theorie der Praxis“.

6. Kapitel: Vom Gesetzestext über die Argumentation zur Begründung

Wenn man von der Unterscheidung von Medium und Form⁷⁰⁹ ausgeht, ist das Recht ein Medium für die Austragung gesellschaftlicher Konflikte. Indem es diesen Konflikten im Verfahren eine Form gibt, kann es selbst zur Entscheidung geformt werden. Wenn man ergänzend den engeren Medienbegriff der empirischen Medienwissenschaft heranzieht,⁷¹⁰ wird außerdem noch deutlich, dass das Recht eine Medienkonstellation ist. Es besteht aus dem Buch der Gesetze, der Sprache des Verfahrens und der geschriebenen Begründung. Inhalt eines Mediums ist jeweils ein anderes Medium:⁷¹¹ Im Gesetzbuch findet sich die gesprochene Sprache des Verfahrens, und der dort ausgetragene Streit mündet in den vom Richter geschriebenen Text der Urteilsbegründung. Ob der Richter und seine Entscheidungstätigkeit an die politischen Vorgaben der Verfassung gebunden werden kann, entscheidet sich in den Prozessen der Umschreibung von einem Medium zum anderen. Wenn diese Transkriptionen⁷¹² vom Gesetz über die Argumentation zur Begründung gelingen, findet ein Legitimationstransfer

⁷⁰⁸Vgl. BVerfGE 11, 218 200; 70, 288, 295; 83, 24, 35; *Nolte*, in: Bonner Kommentar, 2001, Art. 103 I Rn. 56; *Degenhart*, in: Sachs, GG, 1999, Art. 103 Rn. 29.

⁷⁰⁹Vgl. *Luhmann*, Die Wissenschaft der Gesellschaft. 1990, 181 ff.; *ders.*, Die Kunst der Gesellschaft. 1995, 165 ff.; *ders.*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, 1997 (Fn. 155), 190 ff. Zu weiteren Nachweisen vgl. *Khurana*, Niklas Luhmann – Die Form des Mediums, in: Lagaay / Lauer (Hrsg.), Medientheorie 2004, 97 ff., 99 ff.

⁷¹⁰Das wären z. B. Buch, Zeitung, Computer usw. Vgl. dazu *Lagaay / Lauer*, Einleitung – Medientheorien aus philosophischer Sicht, in: dies., Medientheorie. 2004, 7 ff., 21 ff. m. w. N.

⁷¹¹Vgl. dazu *Werber*, Medien in Medien der Weltgesellschaft. Programmatische Tendenzen im Medien- und Kommunikationsbegriff der Systemtheorie, in: Liebrand / Schneider (Hrsg.), Medien in Medien. 2004, 106 ff. m. w. N.

⁷¹²Vgl. zu diesem grundlegenden Begriff der Medientheorie *Jäger*, Transkriptivität. Zur medialen Logik der kulturellen Semantik, in: Jäger / Stanitzek (Hrsg.), Transkribieren. Medien/Lektüre. 2002, 19 ff. Transkriptionsprozesse im Recht untersuchen *Christensen / Lerch*, Transkriptionen. Das Umschreiben des Rechts im Verfahren, in: Paragrana. Internationale Zeitschrift für Historische Anthropologie 15 (2006), 41 ff.

vom Gesetzestext auf den Entscheidungstenor statt.

Zu Recht wird in neueren Ansätzen festgestellt, dass die richterlichen Bindungen nie in der Weise funktioniert haben,

„wie es seinem Entwurf gemäß hätte funktionieren sollen, nämlich über einen Richter als ‚Subsumtionsautomaten‘, sondern stets über (notstandsbedingte) Winkelzüge und Hinterlisten vollzogen wurde, die methodologisch bis heute nicht registriert und aufgearbeitet sind.“⁷¹³

Wenn man diese notstandsbedingten Winkelzüge methodisch erfassen will, muss man untersuchen, inwieweit ergangene Urteile den verfassungsrechtlichen Vorgaben aus Demokratie, Rechtsstaat und Gewaltenteilung genügen. Zu untersuchen ist dies anhand der Begründung, die zwischen Urteil, Gesetz und Verfahren vermitteln soll. Als Instrumente der Untersuchung können dabei die juristische Methodik, die Argumentationstheorie und in Bezug auf die hier ausgeschlossene Sachverhaltserzählung die Sozial- und Textwissenschaften dienen. Eine besonders wichtige Analyseebene ist dabei die Sprache als Medium, in dem der Bezug zwischen Gesetz und Urteil hergestellt wird. Herkömmlich werden die Aporien der juristischen Entscheidung hinter unrealistischen Annahmen über die Leistungsfähigkeit der Sprache versteckt. Erst im Freilegen dieser Aporien wird die Rechlichkeit von Recht sichtbar.

I. Der Gesetzestext als Medium für Gründe

Eine Besonderheit juristischer Argumentation ist die Bindung an das Gesetz. Um seine Auslegung wird gestritten. Das Gesetz ist also Feld der Argumentation. Eine weitere Besonderheit, welche für die normale Argumentation nicht gilt, liegt noch darin, dass das Gesetz außerdem Grenze der Argumentation sein soll. Ist eine solche Grenze in der Argumentation überhaupt denkbar?

1. Die Gewalt der Interpretation

Der Streit um Interpretation und Gebrauch von Texten ist alles andere als ein müßiges Spiel. Die zugrunde liegenden moralischen, politischen und philosophischen Fragen sind zwar in der Literaturwissenschaft und der Sprachphilosophie nicht immer leicht zu entdecken. In der Jurisprudenz dagegen geht es um Gewalt; um richterliche und um sonstige Entscheidungsgewalt, verbunden mit Texten. Die Brisanz von Kontroversen liegt hier klar zutage. Für die Bürger, die sich mit ihren Konflikten in die Hand des Gerichts geben, wird Interpretation und Gebrauch von Rechtstexten zum höchst praktischen Problem. Es stellt sich von Anfang an: professionelles Umformulieren der „lebensweltlichen“ Fallerszählung in den juristischen Sachverhalt durch Versicherungsfunktionäre, Rechtsberater, Anwälte (Standesgewalt), durch Polizei,

⁷¹³ *Amstutz*, *Zwischenwelten zur Emergenz einer interlegalen Rechtsmethodik im europäischen Privatrecht* (Fn. 150), 227 f., unter Bezug auf die grundlegende Arbeit von *Ogorek*, *Richter, König oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*. 1986.

gegebenenfalls Staatsanwaltschaft, Gericht (Staatsgewalt). Deren subtile Form besteht hier in Sprachbemächtigung: Den Beteiligten wird *ihre* Sprache durch autoritative Fachsprache enteignet. In der Folge werden sie sich anpassen bzw. sich die Dienste einer Fachperson mit deren Fachsprache kaufen müssen; in *ihrer* Sprache werden sich das Verfahren oder der Prozess jedenfalls nicht mehr abspielen.

Wenn Methodik den juristischen Umgang mit Texten reflektieren will, hat sie keine Wahl: sie ist eine politische Disziplin. Ihr Thema ist auch das Verhältnis von bürgerlicher Freiheit und staatlicher Gewalt.

Der Richter übt, wie Artikel 92 der Verfassung unzweideutig erklärt, Gewalt aus. Dabei ist in der deutschen Sprache ‚Gewalt‘ nicht notwendig negativ codiert. Sie kann auch positiv verstanden werden als ‚Walten‘ der guten Obrigkeit.⁷¹⁴ Will man die positive und negative Bedeutungskomponente auseinander halten, braucht man Beiworte wie legitime/illegitime Gewalt. Im Englischen dagegen kann man schon im Hauptwort nuancieren und *power, authority, force* und *violence* unterscheiden. Ob der Richter nun *authority* oder *violence*, legitime oder illegitime Gewalt ausübt, soll im Sinn der Tradition davon abhängen, ob er sich mit seiner Entscheidung innerhalb der Grenzen des Rechts hält oder nicht. Die Grenzen des Rechts sind durch Interpretation zu ermitteln. Solange der Richter auslegt, ist demnach die von ihm ausgeübte Gewalt demokratisch legitimiert, denn er kann seine Entscheidung auf ein für alle beschlossenes Gesetz zurückführen. Hört er auf zu interpretieren und verwendet er Texte nur noch zu Machtzwecken, übt er eine illegitime Gewalt aus, die demokratisch nicht mehr gerechtfertigt werden kann. Die Unterscheidung von bloßer Auslegung und machtfunktionalem Gebrauch trägt damit eine schwere politische Bürde: Nicht weniger als die praktische Einlösung des demokratischen Modells hängt davon ab. Die methodische Absichtbarkeit der Interpretation von machtfunktionaler Benutzung des Gesetzes ist folglich das Nadelöhr, durch das die Unterscheidung von gerechtfertigter und nicht mehr zu rechtfertigender staatlicher Gewalt hindurch muss.

Damit steht im Mittelpunkt juristischer Methodik die Frage, ob und wie in der praktischen Rechtsarbeit eine Grenze zwischen legitimer richterlicher Gewalt und illegitimer Machtanmaßung gezogen werden kann. Die Frage einer Grenzziehung innerhalb der Interpretation stellt sich jedoch *in jeder* auf die Arbeit mit Texten bezogenen Wissenschaft. Ein kurzer Blick über die engeren Grenzen des Fachs hinaus kann zum besseren Verständnis der juristischen Schwierigkeit beitragen. Die Grenzproblematik ist in letzter Zeit innerhalb von Sprachphilosophie, Semiotik und Literaturwissenschaft deutlich in den Vordergrund getreten.⁷¹⁵

⁷¹⁴Vgl. als ein andersartiges Beispiel die positive Variante in der Verwendung des Wortes „Gewalt“ als „revolutionäre Gewalt“: *Benjamin*, Zur Kritik der Gewalt, in: ders., Gesammelte Schriften. Bd. II 1. 1980, 179 ff., 202.

⁷¹⁵Angeregt wurde diese Debatte vor allem durch Umberto Eco und seine Schriften: vgl. *Eco*, Die Grenzen der Interpretation. 1992.

2. Ist eine Grenze der Auslegung möglich?

Der schon klassische Streit in den textbezogenen Wissenschaften ging darum, ob Bezugspunkt und Grenze der Auslegung entweder in der Absicht des Autors oder in einer von dieser Absicht unabhängigen Aussage des Textes selbst gefunden werden müssen. Als Konvergenzpunkt so verschiedener Strömungen wie philosophischer Hermeneutik, literarischem New Criticism und linguistischem Strukturalismus hatte sich zu Beginn der 60er Jahre überwiegend die objektive Variante durchgesetzt.⁷¹⁶ Erst auf der Basis dieser objektiven, von der Autorintention unabhängigen Verständnisweise des Textes als Sinneinheit, Sprachikone oder Struktur konnte dann die Frage nach dem *aktiven Anteil* der Interpretation gestellt werden.⁷¹⁷ Sie bedrohte die hermeneutische Sinneinheit des Textes mit der Arbeit der Dekonstruktion⁷¹⁸, entzog der Sprachikone des New Criticism ihre Autonomie zugunsten der Erwartungssysteme des Lesers⁷¹⁹ und stürzte als *pragmatische Wende* die statische Sprachstruktur des Strukturalismus in den Strom der Rede.⁷²⁰ Kurz: die Situation hat sich grundlegend geändert. Während Anfang der 60er Jahre für diejenigen eine schwere Begründungslast angenommen wurde, die eine aktive Rolle des Textrezipienten aufweisen wollten, hat heute der einen schwierigen Stand, wer eine Grenze der Auslegung geltend machen will.⁷²¹

Umberto Eco hat auf diese Veränderung der Situation reagiert. Anfang der 60er Jahre betonte er in seinem Buch „Das offene Kunstwerk“ als einer der ersten die aktive Rolle des Rezipienten und wurde dafür von strukturalistischer Seite scharf kritisiert.⁷²² Heute nun wendet er sich gegen den einseitigen Pendelausschlag zugunsten des Lesers und will die „Grenzen der Interpretation“ aufweisen: auch wenn man den Text als ein Picknick verstehen könne, zu dem der Autor die Wörter und der Leser den Sinn beisteuere, seien diese Wörter doch gegenüber einer beliebigen Sinnzuweisung sperrig.⁷²³ Daran scheitere ein Verständnis des Textes als offenes Universum, worin der Interpret unendlich viele Sinnzusammenhänge finden könne.⁷²⁴ Selbst der von seiner Lage und

⁷¹⁶ Collini, Die begrenzbare und die unbegrenzbare Interpretation, in: Eco, Zwischen Autor und Text. 1994, 7 ff., 13 f.

⁷¹⁷ Eco, Die Grenzen der Interpretation, 1992, S. 71; knapper Überblick über die Kritik an der autorenbezogenen Bedeutungskonzeption bei Eagleton, Einführung in die Literaturtheorie. 1988, 32 ff.

⁷¹⁸ Als einführenden Überblick Eagleton, Einführung in die Literaturtheorie, 1988, 132 ff.

⁷¹⁹ Vgl. zur Rolle des Lesers in der neueren Literaturtheorie Eagleton, Einführung in die Literaturtheorie, 1988, 46–51, 132; Culler, Dekonstruktion Derrida und die poststrukturalistische Literaturtheorie. 1999, 36 ff., 81–86.

⁷²⁰ Dazu Eco, Die Grenzen der Interpretation, 1992, 350 ff.

⁷²¹ Eco, Die Grenzen der Interpretation, 1992, 22.

⁷²² Vgl. Eco, Überzogene Textinterpretation, in: ders., Zwischen Autor und Text. 1994, 52 ff., 60.

⁷²³ Eco, Das Irrationale gestern und heute, in: ders., Über Spiegel und andere Phänomene. 1990, 9 ff., 30.

⁷²⁴ Vgl. als Warnung vor der unendlichen Interpretation auch Eco, Das Irrationale gestern und heute, 1990, 15 ff.; sowie Eco, Die Grenzen der Interpretation, 1992, 430 ff.; vgl. dazu auch Schalk, Umberto Eco und das Problem der Interpretation. 2000, 176 ff.

seinem Urheber abgelöste Text schwebte nicht in einem Vakuum. Gemessen am kulturellen Schatz von Autor und Leser, der aus Grammatik, Enzyklopädie und Kulturkonventionen bestehe, sowie dank gewisser Kriterien der Sparsamkeit von Interpretation könne er zwar vieles, aber eben nicht alles bedeuten. Die Sperrigkeit der Wörter in Verbindung mit dem schon erwähnten kulturellen Vorrat vermöge gewisse Deutungen als abwegig auszuschließen.⁷²⁵

Diese Sperrigkeit ergibt sich für Eco daraus, dass der Text auf einen exemplarischen Leser hin angelegt sei, welcher seinerseits einen exemplarischen Autor unterstelle. Daher folge die Aussage des Textes weder nur aus der Textkohärenz und einem vorgegebenen Bedeutungssystem noch allein aus dem Erwartungssystem des Lesers. Bedeutung konstituiere sich vielmehr aus einer komplexen Wechselbeziehung zwischen dem sozialen Kulturbestand des Autors und dem des Lesers.⁷²⁶ Das Ergebnis dieses Prozesses unterscheidet Eco als *intentio operis*⁷²⁷ sowohl von den Absichten des Autors als auch von denen des Rezipienten. Die Textintention liege genauso offen zutage wie der gestohlene Brief.⁷²⁸ Man müsse sie nur sehen wollen. Sie existiert demzufolge als Mutmaßung des Lesers über einen Text, der ersonnen wurde, um einen exemplarischen Leser zu erzeugen, der über den Text mutmaßt. In dieser luftigen Konstruktion wird der Text als Grenze durch die Interpretation fortwährend konstituiert. Die Interpretation orientiert sich dabei an der mit der semiotischen Strategie⁷²⁹ gleichgesetzten *intentio operis* und überprüft ihre diesbezügliche Mutmaßung an der Textkohärenz:

„Zwischen der mysteriösen Entstehungsgeschichte eines Textes und dem unkontrollierbaren Driften künftiger Lesarten hat die bloße Präsenz des Textes etwas tröstlich Verlässliches als ein Anhaltspunkt, auf den wir stets zurückgreifen können.“⁷³⁰

Diese Präsenz des Textes als verlässliche Grenze der Interpretation will die pragmatische Texttheorie erschüttern.⁷³¹ Beschreibungen sind aus ihrer Sicht immer nur Mittel für bestimmte Zwecke und nie Entsprechungen zu etwas Objektivem. Deswegen dürfe sich auch ein bestimmtes Verständnis des Textes nicht einbilden, dessen wahre Bedeutungssubstanz freizulegen oder zu seinem wirklichen Wesen vorzudringen. Wenn Eco dagegen eine *intentio operis* behauptete, nehme er eine nicht-relationale Wesenseigenschaft eines Textes an, die der äußeren Interpretation als Grenze entgegengehalten werden solle.

⁷²⁵Zum soeben erwähnten Kriterium der Falsifizierbarkeit: Eco, *Die Grenzen der Interpretation*, 1992, 51 ff.; vgl. dazu auch Schalk, *Umberto Eco und das Problem der Interpretation*, 2000, 189 ff.

⁷²⁶Zur Rolle des Lesers in Ecos Semiotik vgl. Eco, *Überzogene Textinterpretation*, 1994, 52 ff., 61 ff.; dazu Schalk, *Umberto Eco und das Problem der Interpretation*, 2000, 151 ff.

⁷²⁷Eco, *Das Irrationale gestern und heute*, 1990, 9 ff., 31.

⁷²⁸Eco, *Das Irrationale gestern und heute*, 1990, 72, in Anspielung auf die Erzählung gleichen Namens von Edgar Allan Poe.

⁷²⁹Zur Verwendung des Strategiebegriffs Eco, *Überzogene Textinterpretation*, 1994, 52 ff., 74 ff., 250 ff.

⁷³⁰Eco, *Die Grenzen der Interpretation*, 1992, 75 ff., 97.

⁷³¹Vgl. dazu und zum Folgenden Rorty, *Der Spiegel der Natur*. 1984.

Gegen solche intrinsischen (d. h. von innen kommenden) Eigenschaften des Textes spreche schon der Umstand, dass sich eine Grenze zwischen Texten niemals klar angeben lasse. Auch dürfe das berechnete Anliegen, den gewalttätigen oder oberflächlichen Leserimpuls zu disziplinieren, nicht dazu führen, eine bestimmte Phase sorgfältiger und den Regeln der Kunst entsprechender Textarbeit zur „Objektivität“ des Textes zu überhöhen. Die von Eco als Überprüfungsinstanz der Interpretation herangezogene Kohärenz sei keine interne Eigenschaft des Textes, sondern werde als Ergebnis der Interpretation vom Leser erst erstellt.

Auch in der Sicht der dekonstruktivistischen Texttheorie⁷³² hat sich Eco durch den Wunsch nach einer Grenze verführen lassen. Die Bedeutung eines Textes sei kontextbezogen und deswegen (entgegen Rorty) nicht beliebig. Aber der Kontext sei unbegrenzt und deswegen die (von Eco gesuchte) Grenze nicht anzugeben. Weil die Beschreibung semiotischer Mechanismen *rekursiv* wirke, werde jede Beschreibung einer Grenze schon als solche wieder ins Gespräch gezogen und damit überschritten.

Die damit angedeutete Debatte macht Probleme sichtbar, die sich erst im Bereich des Rechts in voller Schärfe stellen. Die herkömmliche Auffassung einer Interpretationsgrenze der Rechtsarbeit wurde aus intrinsischen Eigenschaften des Textes abgeleitet. Damit verblieb man in der Vorstellung vom Text als einem Behälter, worin die Entscheidung des Rechtsfalls schon enthalten sei und nur noch ausgelegt werden müsse. Als Behälter fungierte dabei die Bedeutung des Textes, die in der Lage sei, der Rechtserkenntnis einen Gegenstand in Form einer Rechtsnorm vorzugeben. Ein solcher Gegenstand ist aber nicht auffindbar; daher wurde die Fiktion des Behälters immer mehr ausgedehnt. An die Stelle des einzelnen Normtextes traten die Rechtsordnung oder ihre Sinnlichkeit als Ganzes oder sogar die Gerechtigkeitsidee. Im Gegensatz zu diesem Rückzug (wissenschaftshistorisch: degenerative Problemverschiebung) kann eine Rechtserzeugungsreflexion die grundlegende Perspektive verändern: der „Gegenstand“ ist eine bloße Projektion des Lesers und genau um diesen Leser (Zeichenbenutzer, Richter, Rechtsarbeiter) als Achse ist die Analyse zu drehen. Die Gesetzesbindung ist dann nicht länger auf einen angeblich vorgegebenen Inhalt des Gesetzes bezogen, sondern wird im Prozess der *Herstellung* der Rechtsnorm verwirklicht. Die Projektion vorgeblich innerer Eigenschaften des Textes wird damit durch das Verständnis der Auslegungsgrenze als relationale Größe ersetzt. Gebunden ist der Richter zunächst an den vom Gesetzgeber geschaffenen Normtext als Zeichenkette im Sinn seiner „Geltung“. Dessen für den Fall entscheidende *Bedeutung* muss er als „Normativität“ der Rechtsnorm erst herstellen. Aber dabei ist er nicht frei, sondern an die von den rechtsstaatlichen Vorgaben der Verfassung sanktionierten Standards einer Argumentationskultur gebunden.

⁷³²Vgl. Culler, Ein Plädoyer für die Überinterpretation, in: Eco, Zwischen Text und Autor. 1994, 120 ff.

3. Die Zeichenkette als sozialer Fokus der Argumentation

An die Stelle von fiktiven Gegenstandsprojektionen treten damit real fundierte Beziehungen zwischen Zeichenkette (Normtext im Gesetzbuch), wissenschaftlichen Standards (juristische Methodik inkl. Dogmatik) und politischen Entscheidungen in der Verfassung (demokratischer Rechtsstaat). Dabei ist aber zu bedenken, dass auch der Kontext von Normtexten ein bestimmter, aber nicht begrenzbarer ist. Die Rolle der klassischen Canones besteht gerade darin, mit Fachsprachgebrauch (grammatische) Parlamentsdebatten (genetische), Vorläufertexten (historische Auslegung) usw. diese bestimmten Kontexte zu erschließen. Aber die Canones sind nur zu einer Vermehrung und Vervielfältigung des Textsinnes in der Lage, ohne schon für sich allein eine Entscheidung zwischen konfligierenden Lesarten zu erlauben. An dieser Stelle greifen die politischen Entscheidungen der Verfassung ein. Sie ermöglichen zunächst, eine Hierarchie in die Kontexte zu bringen, wonach der spezifischere, engere Kontext bei einem Konflikt Vorrang haben soll. Aber allein damit wäre noch nicht viel gewonnen. Außerdem überträgt die Verfassung dem Richter die Gewalt, den methodologischen Konflikt verschiedener Interpretationsvarianten zu entscheiden. Dies jedoch nicht unbegrenzt, sondern erschwert durch die Vorgabe, in der Begründung darzulegen, dass und wie er seine Entscheidung am Normtext und den damit verbundenen methodisch operationalisierten Anschlusszwängen des juristischen Sprachspiels legitimieren kann.

Die Grenze der Interpretation hat in der Jurisprudenz damit jeden fiktiven oder spekulativen Charakter verloren und wird zum Ernstfall der politischen Abgrenzung von individueller Freiheit und sozialer Gemeinschaft. Der Richter führt keine theoretisch-kognitive Rechtserkenntnis durch, er übt vielmehr praktische Gewalt aus. Diese Gewalt wird geteilt, erschwert und kontrolliert durch den Bezug zum Normtext und zu argumentativen Standards, den er in seiner Begründung plausibel darlegen muss.

Die Aufgabe im Rechtsstreit ist nicht erst die Herstellung von Verständnis, sondern dessen Bewertung. Der Streit entsteht nicht aus einem Mangel, sondern sozusagen aus einem Überfluss an Verstehen. Beide Gegenparteien haben das Gesetz je auf ihre Weise durchaus verstanden. Es geht gerade um einen Konflikt einander ausschließender Lesarten desselben Gesetzes. Das führt zu einem Paradox: „Entscheidungen gibt es nur, wenn etwas prinzipiell Unentscheidbares (nicht nur: Unentschiedenes!) vorliegt. Denn andernfalls wäre die Entscheidung schon entschieden und müsste nur noch ‚erkannt‘ werden.“⁷³³ Beide Lesarten sind je in sich verständlich und gehören damit zur Sprache. Welche von beiden ist vorzuziehen? Der Richter erklärt nicht die Bedeutung, die der Text bereits vor dem Fall hatte, sondern er produziert für den Fall eine Lesart und stellt damit eine insoweit verbindliche Sprachnorm auf. Wie kann der Wortlaut des Gesetzes hier als Grenze wirken?

Die Verknüpfung zwischen Gesetzgeber und Richter darf weder zu stark noch zu

⁷³³ Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, 308.

schwach gefasst werden. Zu stark wäre es, wenn man vom Gesetzgeber verlangte, alle künftigen Lesarten und damit die Bedeutung seiner Texte im Voraus zu determinieren. Diese Forderung des Positivismus scheitert an den sprachlichen Realitäten. Zu schwach gefasst wäre die Verknüpfung andererseits, wenn die Wahl des Ausgangspunkts für die Entscheidung ins freie Belieben des Richters gestellt wäre. Denn der Gesetzgeber kann durch die Vorgabe des Ausgangstextes den schöpferischen Prozess der Rechtsnormsetzung – linguistisch gesehen – nachdrücklich „irritieren“. In diesem Sinn könnte man das Verhältnis zwischen Gesetzgeber und juristischem Entscheider als *strukturelle Kopplung* bezeichnen. Zu den Dienstpflichten etwa des Richters, den Normtext als Ausgangspunkt zu nehmen, kommen noch die methodenbezogenen Normen der Verfassung und ihre Präzisierung durch die Wissenschaft hinzu. So entsteht eine dreigliedrige Kette zwischen Gesetzgeber, Wissenschaft und Umsetzung, exemplarisch durch die Justiz. Die *Rechtsnorm* als die generelle Bedeutung des geltenden Rechts für „einen Fall wie diesen“ setzt der Richter. Hier ist der Gesetzgeber mit der Determination in aller Regel überfordert. Den Ausgangspunkt seiner Entscheidung muss sich der Richter aber von außen als *Normtext* vorgeben lassen. Andernfalls wäre die Beeinflussung durch den Gesetzgeber als rationaler Kern von Gewaltenteilung und richterlicher Bindung aufgehoben.

„Die Schriftform des Textes garantiert nicht unbedingt Grenzen der Kühnheit des Interpretierens, wohl aber die Einheit des sozialen Zusammenhangs einer kommunikativen Episode. Sie konstituiert ein soziales Medium für das Gewinnen neuer Formen, nämlich guter Gründe für eine bestimmte Auslegung des Textes.“⁷³⁴

Inhalt des Mediums Gesetzbuch ist also ein anderes Medium: die Sprache des Verfahrens und die dort vorgebrachten Gründe.

II. Die streitige Argumentation im Verfahren

Weil die Entscheidung als Recht nicht einfach aus dem Gesetzestext herauspringt, findet das Verfahren statt. Als Inhalt des Mediums Gesetzbuch findet sich die gesprochene Sprache. Aber im Verfahren spricht man nicht nur; man streitet. Es geht darum, was überhaupt geschehen ist, und es geht darum, was das Gesetz sagt. Das heißt, es läuft ein semantischer Kampf. Bei der Frage, was geschehen ist, ist die semantische Seite vor allem ein Bezeichnungskonflikt, bei der Frage, wie das Gesetz zu lesen sei, handelt es sich vor allem um einen Bedeutungskonflikt.⁷³⁵

⁷³⁴ Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, 1993, 308.

⁷³⁵ Vgl. dazu Klein, „Wortschatz, Wortkampf, Wortfelder in der Politik“, in: ders. (Hrsg.), Politische Semantik. Bedeutungsanalytische und sprachkritische Beiträge zur politischen Sprachverwendung. 1989, 3 ff., 21; sowie Hermanns, Schlüssel-, Schlag- und Fahnenwörter. Zur Begrifflichkeit und Theorie der lexikalischen „politischen Semantik“. 1994, 31 ff.

1. Das Verfahren als semantischer Kampf

Da die juristische Methodik bisher vor allem als Hermeneutik des Gesetzbuchs konzipiert war, hat sie das Verfahren kaum wahrgenommen. Es wurde ihm nur eine dienende Rolle zugewiesen, die vor allem in einer Pädagogik gegenüber dem Rechtsunterworfenen lag. Das Recht, welches schon vorher fertig im Buche stand, wurde den Beteiligten im Verfahren nur didaktisch vermittelt. Erst mit der pragmatischen Wende in der Sprachwissenschaft kommt das Verfahren als eigenständige Realität und Performanz des Rechts in den Blick.

„Semantische Kämpfe“ gelten⁷³⁶ dem Vokabular öffentlicher Rede und Argumentation. Sie gelten den Worten in ihrer Bedeutung als Mittel solcher Rede. Allerdings sind semantische Kämpfe alles andere als lediglich der „Streit um Worte“, als der sie geführt werden müssen. Es geht den Kontrahenten um substantiell weitaus mehr als „nur um Worte (oder Wörter)“. Und ihr Kampf darum kann nur

„dadurch verstanden und erklärt werden, dass man begreift, (...) dass dieses Mehr der eigentliche Inhalt der Auseinandersetzung ist, ohne dass es jedoch möglich wäre, diesen Inhalt von den Wortbedeutungen zu trennen.“⁷³⁷

Semantische Kämpfe entzünden sich „am Konflikt darüber, welche Bedeutung einem in Rede stehenden Ausdruck zukommen soll.“ Und zwar in jeder Hinsicht. Semantische Kämpfe entzünden sich ebenso an „Konflikten über die Angemessenheit der Bezeichnung für einen Problemverhalt“, wie sie ihren Zündstoff etwa immer wieder in „Konflikten über implizite Unterstellungen, über umstrittene Konnotationen“⁷³⁸ finden. Und in diesen Bedeutungs- und Bezeichnungskonflikten erschöpfen sie sich nicht.

„Semantisch“ sind solche Auseinandersetzungen darin, dass sie auf die den öffentlichen Sprachgebrauch leitende und tragende „Terminologie“⁷³⁹ ausgehen. Die Öffentlichkeit kann dabei sehr präzise definiert sein. Sie mag sich etwa auf den von den Wänden eines Gerichtssaals umschlossenen, eminent „sozialen Raum“⁷⁴⁰ beschränken. Immer zielt die Auseinandersetzung auf die Terminologie, die der Rede ihre Bahnen vorzeichnet. Semantisch zielt die Auseinandersetzung auf jene Terminologie in dem gleichfalls denkbar weitesten Sinne eines Fundus an Nominationen, Klassifikationen und Kategorisierungen⁷⁴¹, auf die sich die Debatte jeweils verlegt, um zu sagen, was in ihr „Sache ist“, was dafür

⁷³⁶Dazu Klein, „Wortschatz, Wortkampf, Wortfelder in der Politik“, 1989, 3 ff.

⁷³⁷Wimmer, *Gebrauchsweisen sprachlicher Ausdrücke*, in: Heringer / Öhlschlager / Strecker / Wimmer, *Einführung in die praktische Semantik*. 1977, 24.

⁷³⁸Stötzel, *Semantische Kämpfe im öffentlichen Sprachgebrauch*, in: Stickel (Hrsg.), *Deutsche Gegenwartssprache. Tendenzen und Perspektiven*. Jahrbuch 1989 des Instituts für Deutsche Sprache. 1990, 45 ff., 45 Fn. 1.

⁷³⁹Für den engeren Bereich der Politik hier durchaus Bergsdorf, *Herrschaft und Sprache*. Eine Studie zur politischen Terminologie in der Bundesrepublik Deutschland. 1983.

⁷⁴⁰Zum Begriff Bourdieu, *Sozialer Raum und „Klassen“*, in Bourdieu, *Sozialer Raum und „Klassen“*. Leçon sur la leçon. Zwei Vorlesungen. 1985, 7 ff.

⁷⁴¹Bourdieu, *Sozialer Raum und „Klassen“*, 1985, 35. Ähnlich auch Strauss, *Spiegel und Masken*. Die Suche nach Identität. 1974, 13 ff.

„von Bedeutung ist“ und „Sinn macht“, und was damit für alle Beteiligten, oft auch für viele über deren engeren Kreis hinaus, und

manchmal sogar für alle „auf dem Spiel steht“.⁷⁴² Und das sind daher zugleich all die sprachlichen Arrangements und symbolischen Ordnungen, auf die ein jeder festgelegt ist, der in der Debatte ernst genommen werden will. Sie „terminieren“ so in der Tat den Sprachgebrauch, indem sie der Debatte die Grenzen ihres Sinns ziehen, dort, wo ihm bisher keine gezogen sind.⁷⁴³ Über diese Grenzen zu verfügen ist denn auch der Einsatz, der in den „Auseinandersetzungen um die Bedeutung eines Ausdrucks im weitesten Sinne“ als deren Anlass, Preis und Wert wiederum selbst auf dem Spiel steht. Und der Debatte die Grenzen ihres Sinns durch den eigenen Sprachgebrauch zu verfügen, ist der Gewinn, den sie verspricht.

Förmlich zum „Kampf“ wird die Auseinandersetzung dann, wenn dieser Gewinn durch den Sieg über die Konkurrenz errungen werden soll. „Kämpfe um Wörter und Bedeutungen werden als Konkurrenzkämpfe ausgetragen.“⁷⁴⁴ In ihnen gilt es jeden Anspruch aus dem Feld zu schlagen, der sich dem des eigenen Sprachgebrauchs entgegenstellt. Es geht nach der Logik der Verdrängung des anderen darum,⁷⁴⁵ den eigenen Sprachgebrauch allein in den Stand der Terminologie zu setzen, die in der Debatte über Sinn und Unsinn entscheidet. In der Terminologie liegt die „Gewalt von Bedeutung“⁷⁴⁶ als Maßstab, an dem sich bemisst, wer in der Auseinandersetzung um die Sache etwas zu sagen hat, und wer nicht, wessen Behauptungen Anerkennung verdienen, und wer nichts weiter von sich gibt als nur leere Worte, soziales Geräusch allenfalls, mit dem geringsten aller denkbaren Werte an Beachtung, dem des störenden, abzustellenden Rauschens.

„Der Witz (...) eines solchen semantischen Kampfes besteht darin, die Verwendung eines Ausdrucks im öffentlichen Sprachgebrauch durchzusetzen, an den eine bestimmte Haltung (...) semantisch gebunden ist.“⁷⁴⁷

Und zu ergänzen ist gleich, dass das natürlich vor allem dann gilt, wenn unterschiedliche Verwendungsweisen ein und desselben Ausdrucks dafür in Frage kommen. Semantische Kämpfe werden in aller

Schärfe darum geführt, von welcher Bedeutung ein Ausdruck für jeden zu sein hat, der sich in der Debatte zu Wort zu melden gedenkt. Entsprechend geht es den Kontrahenten im semantischen Kampf darum, ihre eigenen Erklärungen⁷⁴⁸ zur Bedeutung eines Ausdrucks als einzige „Erk-

⁷⁴²Entsprechend unterscheidet *Klein*, „Wortschatz, Wortkampf, Wortfelder in der Politik“, 1989, 17 als „Typen des *Kampfs* um Wörter“ die „Bezeichnungskonkurrenz, deskriptive *Bedeutungskonkurrenz*“ und die „*deontische Bedeutungskonkurrenz*“.

⁷⁴³Siehe allgemein *Wittgenstein*, Philosophische Untersuchungen. Werkausgabe Bd. 1. 1984, §§ 68 f.

⁷⁴⁴Vgl. *Klein*, „Wortschatz, Wortkampf, Wortfelder in der Politik“, 1989, 17.

⁷⁴⁵Siehe grundsätzlich *Serres*, *Der Parasit*. 1981, 339: „Die Logik des Kampfes ist die der Entscheidung: Man schlägt zu, man schneidet, man säbelt nieder.“

⁷⁴⁶Dazu *Friedrich Müller*, *Essais zur Theorie von Recht und Verfassung*. 1990, 198 f.

⁷⁴⁷*Keller*, *Kollokutionäre Akte*, in: *Germanistische Linguistik*. 1/2 (1977), 28.

⁷⁴⁸Siehe dann auch für die konstativ/deklarative Doppelbödigkeit von solcherlei „Erklärun-

klärung der Bedeutung“ durchzusetzen.

„Lasst uns nicht vergessen, dass ein Wort keine Bedeutung hat, die ihm gleichsam von einer von uns unabhängigen Macht gegeben wurde, so dass man eine Art wissenschaftlicher Untersuchung anstellen könnte, um herauszufinden, was das Wort *wirklich* bedeutet. Ein Wort hat die Bedeutung, die ihm jemand gegeben hat.“⁷⁴⁹

Im semantischen Kampf setzen die Kontrahenten alles daran, dann selbst nicht einfach nur irgendjemand, sondern allein derjenige zu sein, der den Worten ihre Bedeutung gibt. Sie setzen alles daran, durch den eigenen Sprachgebrauch allein zu bestimmen, von welcher Bedeutung ein Ausdruck für die Auseinandersetzung wirklich ist. Und sie wollen so, dass es allein in ihrer Macht steht, welche Bedeutung ein Wort hat. Damit aber scheint dem semantischen Kampf als Praxis nichts ferner zu liegen als jene Verfahren, in denen aus dem Gesetz Recht gewonnen werden soll. Kommt es auf den Rechtsstreit, so hat aller Kampf der Kontrahenten um Sprache in ihrer Bedeutung für ihren Konflikt in der Sache zu ruhen, um dem Gesetzeswort das ihm geschuldete Gehör zu schenken. Und es zählt allein das Gesetz.

Man muss nicht Positivist sein, um die Gesetzesbindung als Garantie auch nur eines „Minimums“ an Rechtstaatlichkeit juristischer Konfliktlösungen anzuerkennen.⁷⁵⁰ Gerade diese Bindung unterscheidet Recht von Willkür. Wenn dies Positivismus ist, so müssen alle guten Juristen Positivisten sein. Und sie sind es in der Regel auch in dem besonderen Sinn, dass sie davon ausgehen, sich als praktische Entscheidungsträger bei der Produktion von Entscheidungs- oder Begründungstexten zur Erzeugung von Recht an die Zeichenketten halten zu müssen, die ihnen der demokratisch legitimierte Gesetzgeber geliefert hat.⁷⁵¹ Recht ist an das Gesetz gebunden, an den Normtext. Und man braucht sich dafür nicht einmal auf die kontinentaleuropäische Tradition kodifizierten Rechts zu beziehen. Auch Präzedenzen vermögen nur in verbindlicher Vertextung ihre Rolle zu spielen und ihrer Aufgabe gerecht zu werden. Und sie werfen, was ihre Bedeutung angeht, damit die gleichen Probleme auf wie die Kodifizierungen im engeren Sinne. Der Text des Rechts, das „Gesetzeswort“, jedenfalls setzt den Rahmen, in dem ein jeder Anspruch auf Recht überhaupt erst als ein solcher auftreten kann. Er steckt das Feld ab, auf dem die Bürger ihren Anspruch dann auch als ihr Recht behaupten können. Und mit den Verfahren zur Entscheidung solcher Ansprüche sind auch die Bahnen vorgezeichnet, auf denen um Recht zu kämpfen ist.

Damit kann auch der Einsatz präzisiert werden, um den es bei der Rechtserzeu-

gen“ *Wittgenstein*, Philosophische Bemerkungen. Werkausgabe Bd. 2. 1984, § 14 zum inneren Zusammenhang von Beschreibung und Vorschrift.

⁷⁴⁹ *Wittgenstein*, Das Blaue Buch. Werkausgabe Bd. 5. 1984, 52.

⁷⁵⁰ Eingehend zum Problem eines scheinbar unumgänglichen Minimalgehalts an Positivismus in der Rechtstheorie *Broekman*, The Minimum Content of Positivism, in: *Rechtstheorie* 1985, 349 ff.

⁷⁵¹ Zu solchem Rechtsgeltungspositivismus wie überhaupt zu Einzelheiten der folgenden Ausführungen *Friedrich Müller / Christensen / Sokolowski*, Rechtstext und Textarbeit, 1997.

gung geht. Die Bedeutung des Gesetzes als Recht liegt in nichts anderem als in all den Erklärungen, die zu seiner Bedeutung beigebracht werden. Auch die Bedeutung des Normtextes, des „Gesetzeswortes“ ist, was die Erklärungen zur Bedeutung des Normtextes vorbringen. Und zwar all die Erklärungen, die die Parteien in eigener Sache mit dem Anspruch auf eine rechtliche Entscheidung zu ihren Gunsten abgeben, aber auch all die Erklärungen der Bedeutung des Normtextes als Recht, die durch die amtliche Entscheidung darüber entstehen.

Das „Gesetz“ ist von daher 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, eben als leitender Satz, als „Schiene“, auf die der Fall zu bringen und in den Urteilspruch überzuleiten ist. Damit wird nicht etwa nur das Gesetzeswort in seiner ihm schon substantiell eigenen Aussage aktualisiert. Gesetze werden in keinerlei Sinn „nur angewendet“. Sie sind immer erst in die entscheidende Norm für den Fall umzuwenden. Zu meinen, es werde dabei lediglich interpretativ 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.

2. „Kampf ums Recht im Raum der Sprache“⁷⁵²

Seine „Bedeutung“ gewinnt das Gesetz als „Angriffspunkt“ der Entscheidung über die Semantisierungen, in denen die Parteien das Gesetz für sich einzunehmen suchen. Vor Gericht sind die Interpretationen des Gesetzestextes Strategie. Sie sind strategisches Handeln, abgestellt auf die Durchsetzung der jeweiligen Rechtsversion. In den sprachlichen Schlägen, die sie zur Konfigurierung des Falls gegen den Gegner austeilt, in den Schnitten, die sie zum Ausschluss von Widerworten setzt und in den wechselseitig begrifflichen Entteignungen von Text, die sie für dessen Positionierung als Ausdruck von Recht vornimmt, ist die juristische Strategie⁷⁵³ der Logik des Kampfes unterworfen. Das gleiche gilt für ihr Ziel, den Gewinn an Recht aus der Entscheidung über die Bedeutung des Gesetzestextes zu ziehen. Im rechtsstaatlichen Verfahren ist solche Entscheidung allerdings nicht mehr dem bloßen Spiel der Kräfte in verbaler Attacke und Gegenattacke überlassen. Vielmehr ist der semantische Kampf im Verfahren eingehegt.

⁷⁵²Vgl. dann so umgekehrt zur Definition von Politik *Frese*, Politisches Sprechen, Thesen über einige Rahmenbedingungen, in: Rucktäschel (Hrsg.), Sprache und Gesellschaft. 1972, 105.

⁷⁵³„Strategie“ hier im Sinn der diskursiven Strategien nach Foucault. Die „beziehen sich auf die Diskursobjekte, Äußerungsformen, Begriffsmanipulation: im ersten Fall stellen sie die verschiedenen Weisen dar, die Objekte abzuhandeln; im zweiten Fall stellen sie die verschiedenen Weisen dar, über Äußerungsformen zu verfügen; im dritten Fall stellen sie die verschiedenen Weisen dar, die Begriffe zu manipulieren; in jedem Fall handelt es sich um *regulierte* Weisen, Diskursmöglichkeiten anzuwenden.“ *Kremer-Marietti*, Michel Foucault – Der Archäologe des Wissens. 1976, 155.

Für die Parteien geht es in der gerichtlichen Auseinandersetzung nicht darum, ihr Recht zu finden. Das „haben“ sie längst. Sie haben es sich vor ihrem Erscheinen bei Gericht schon herausgenommen. „Ihr Recht“ steht für sie gar nicht mehr zur Debatte, sondern es soll ihnen in aller Form verbrieft werden. Ihrer Sache soll dort zum Durchbruch verholfen werden, wo ihnen die Staatsgewalt einen umstandsloseren Weg verwehrt oder wo es ihnen Erfolg versprechender erscheint, sich mit der Amtlichkeit ihres Rechts einen Revers auf den Einsatz staatlicher Gewalt ausstellen zu lassen.

Damit ist „Recht“ für die Parteien kein Selbstzweck. Es ist ihnen nicht einmal ein Eigenwert über den „eentlichen“ ihres Kampfes um die strittige Sache hinaus. Das Recht, in dessen Formalitäten sich der Kampf vor Gericht fasst und in dessen Termen er sich ausbuchstabiert, ist ihnen überhaupt nicht Zweck der Übung. „Recht“ als Prämie ihrer Manöver im Gerichtssaal ist den Kontrahenten vor allem das Mittel dafür, den Kampf in eigener Sache siegreich zu bestehen. „Recht“ ist für die Parteien der Weg, durch die gegenseitige Demontage ihrer Äußerungen, durch die gegenseitige Delegitimierung ihres Handelns und durch die gegenseitige Diskreditierung als Akteure einander in eine Lage zu manövrieren, in der ihr Wort in der Sache schlicht nichts mehr gilt, in der sie so buchstäblich der Worte „beraubt“ und „sprachlos“ sind. „Recht“ als Rhetorik wird von den Kontrahenten vor Gericht zum Mittel dafür gemacht, einander in eine Lage zu bringen, in der sie als Sprecher in eigener Sache nichts mehr zu gewinnen haben, um damit einander „außer Gefecht“ zu setzen. Und so ist schließlich „Recht“ als Prämie ihrer Anstrengung im Verfahren das Instrument dafür, die Staatsgewalt für sich einzunehmen, indem vom anderen nichts bleibt als das geschlagene Opfer.

3. Der Streit als Material für die Begründung

Um gegen die Ansprüche der Parteien auf das Gesetzeswort den ihm gebührenden Platz als Herr des Verfahrens einnehmen zu können, muss sich der Richter erst den dafür nötigen Raum schaffen. Er muss den Normtext von den konkurrierenden Ansprüchen der Parteien im Weg einer negativen Semantik freiräumen. Zu Beginn des Rechtsstreits sieht sich der Richter mit einer semantisch gesetzgeberischen Gewalt der Parteien konfrontiert, die sich der Bedeutung des Gesetzeswortes bereits bemächtigt hat. Dagegen hat der Richter sich Zug um Zug in der ihm von Amts wegen übertragenen Gewalt über den Normtext selbst erst einmal durchzusetzen und auch zu behaupten. Denn sie sind Subjekte des Verfahrens und ihre Argumente müssen im Hinblick auf die Begründung ernst genommen werden.

Der Richter kann die Entscheidung auch nicht verweigern.⁷⁵⁴ Die Polarität⁷⁵⁵ des Anspruchs der Parteien auf das ungeteilte und unangefochtene Ganze der Berechtigung macht eine Entscheidung unausweichlich. Damit der Richter sie

⁷⁵⁴Zum Rechtsverweigerungsverbot z. B. *Friedrich Müller / Christensen*, Juristische Methodik (Fn. 137), Rn. 223.

⁷⁵⁵Zum „Prinzip der Polarität“ *Clausewitz*, Vom Kriege. 1991, 28 f.

indes zu seiner Entscheidung über das Recht machen kann, muss er die Bedeutungserklärungen der Parteien vom Normtext trennen. Die Semantik des Normtextes wird vom Ausgangspunkt zum Ziel und die semantischen Erklärungen der Parteien werden zum bloßen Argument. Sie werden eingestellt in die theoretische Basis eines auf die Bedeutung des Normtextes bezogenen Argumentationsvorgangs.

Schritt für Schritt unterwirft der Richter die Parteien seiner Amtsgewalt. „Neutral“ ist er dabei allein darin, dass er ihnen in gleicher Weise die Waffe einer sich jeweils ausschließenden Semantik des Normtextes entwindet und diese Waffe der Semantik unterschiedslos gegen alle Kontrahenten richtet. Im Übrigen ist er alles andere als neutral. Auch er ist Kombattant im Kampf um das Recht mit den Mitteln der Sprache. Er steht nicht über der mit dem Konflikt verhandelten Sache. Er macht sie sich von Amts wegen zu Eigen. „Führend“ ist der Richter in der Verhandlung des Konflikts allerdings, indem er sich mit der Macht seiner Worte zu der ausschlaggebenden Kraft einer Erzeugung von Recht profiliert; und „führend“ vor allem auch dadurch, dass so zunehmend nur noch er zur Sache spricht, während allen anderen tendenziell zunehmend Schweigen geboten wird. So „gibt“ denn der Richter im wahrsten Sinne des Wortes „das Gesetz“. Er gibt es den Parteien. Er gibt ihnen das Gesetz der Handhabung des Konfliktstoffs und derjenigen ihres Streits darum. Er gibt es ihnen dadurch, dass er sie seinem „Willen zum Gesetz“ unterwirft.⁷⁵⁶

Das „Dispositiv des Rechts“ ist das des semantischen Kampfes. In ihm hat das Recht seine Praxis. Juristische Textarbeit bringt das Gesetz als Normtext zu seiner Bedeutung als Rechtsnorm und macht es damit als das Recht geltend, den zur Lösung anstehenden Konflikt zu regeln. In seiner Arbeit am Text wandelt er den rohen Stoff des amtlich gesetzten Wortlauts in das Produkt einer den Fall entscheidenden Rechtsnorm – ein Produkt im Übrigen, das er sogleich wieder in Arbeit nimmt. Zur Seite des Konflikts hin nimmt der Richter seinen Text als Stoff für die Schlussfolgerung hin zur Entscheidungsnorm. Zur Seite des „Rechts als Text“⁷⁵⁷ hin liefert ihm sein Erzeugnis einer Rechtsnorm sogleich wieder das Material für das Abfassen der Urteilsbegründung; er verbraucht es sozusagen für die Erzeugung von Legitimität.

III. Die Begründung bezieht die Argumentation auf den Gesetzestext

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.⁷⁵⁸ Was von einer Begründung verlangt werden muss, wird definiert

⁷⁵⁶Praxeologisch zum Begriff des „sich das Gesetz geben“ im Sinn der wechselseitigen „Entwaffnung“ und des gegenseitigen „Niederwerfens“ Clausewitz, Vom Kriege, 1991, 20.

⁷⁵⁷Ausführlich dazu Busse, Recht als Text. Linguistische Untersuchungen zur Arbeit mit Sprache in einer gesellschaftlichen Institution. 1992.

⁷⁵⁸Vgl. dazu: EGMR NJW 1999, 2429.

durch die praktische Entwicklung der jeweiligen Rechtskultur. Allerdings steckt darin auch ein prinzipielles Problem. Was kann man von einer Begründung verlangen?

1. Kriterien für eine gute Begründung

In Betracht käme Akzeptanz. Man könnte so lange 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 Betroffenen als wirkliche oder psychologische Größe damit gerade nicht in Betracht kommt, was kann man dann eine gute Begründung nennen?

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 lässt man die ideale Sprechsituation undefiniert; dann weiß niemand, wann eine Begründung gut ist; oder man definiert die Regeln für die Konstitution dieser idealen 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.

2. Die philosophische 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 Philosophie wird damit als Argumentationstheorie zur reflexiven Aufstufung der Praxis.

Die Bandbreite philosophischer Argumentationstheorie reicht von rein empirischen Analysen über rhetorische 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 diese 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.

3. Die Geltung als Kriterium

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 Anspruchsbegründung 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 Fortgang des Gesamtprozesses verändert. 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 so lange 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 erreicht⁷⁵⁹ 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.

IV. Transkription als Legitimitätstransfer

Kann man den Übergang vom Gesetz über die Argumentation zur Begründung so gestalten, dass die demokratische Legitimität des Normtextes auf die Urteilsformel übertragen werden kann? Um diese Frage zu beantworten, muss man die Transkriptionsprozesse in der Medienkonstellation des Rechts untersuchen. Recht ist notwendig an Sprache gebunden. In einem System geschriebenen Rechts treten seine Vorschriften als Normtexte auf, d. h. als amtlich autorisierte Textformulierungen geltenden Rechts. Die Rechtsordnung bildet ein Kontinuum von Texten, die für anders nicht lösbare Konfliktfälle sanktioniert sind durch ‚als solche‘ sprachlose Gewalt, die wiederum ihrerseits durch die zugehörigen Verfahren sprachlich vermittelt wird. *Rechtsstaatliches Recht* arbeitet möglichst wenig mit bloßer und möglichst weitgehend mit sprachlich geformter, vermittelter und kontrollierbarer konstitutioneller Gewalt.⁷⁶⁰ Diese Form von Sprachlichkeit der Rechtsordnung entspricht dem Streben des bürgerlichen Verfassungsstaats der Neuzeit nach *Rationalität*. Diese ist funktionell zweideutig. Sie ist doppelt wirksam, indem sie einmal Herrschaftsprozesse erleichtern hilft, zum andern die Voraussetzung für Konsens schafft. Das drückt sich in einer doppelten Form von Sprachlichkeit der Rechtstexte aus: *anordnende* und *rechtfertigende Texte*. Diese durchgehende Textstruktur setzt historisch die Organisationsleistungen des Verfassungsstaats der Moderne (wie: innere Souveränität

⁷⁵⁹Vgl. zu diesem Kriterium der Geltung von Argumentation Wohlrapp, Die diskursive Tendenz, in: Wohlrapp (Hrsg.), Wege der Argumentationsforschung. 1995, 395 ff., 400; sowie Lueke-Lueken, Konsens, Widerstreit und Entscheidung, in: Wohlrapp (Hrsg.), Wege der Argumentationsforschung. 1995, 358 ff., 378.

⁷⁶⁰Vgl. hierzu Friedrich Müller, Recht, Sprache, Gewalt. 1975, 18 ff., 29 f.

und Monopol legitimer Gewaltausübung, Normenhierarchie und systematischer Rechtsschutz) voraus.

1. Anordnende und rechtfertigende Texte

Recht ist (auch) Instrument von Herrschaft. Als rechtsstaatlich geformtes ist es zugleich Instrument der Begrenzung von Herrschaft. Insoweit Macht inhaltlich und prozedural *als Recht* in spezifischer Formalisierung auftritt, ist sie auch spezifischen Bedingungen, Brechungen, Kontrollen unterworfen.⁷⁶¹ Die Formalisierung unseres Typus von Rechtsordnung erfolgt durch Sprache. Diese unterwirft die Herrschaftsvorgänge der Kommunikation, der Möglichkeit sprachlicher Kritik, der Notwendigkeit sprachlicher Rechtfertigung. Im *demokratischen* Rechtsstaat nach dem Modell des Grundgesetzes sollen rechtsstaatliche Form und demokratische Politik im Sinn eines „materiellen Rechtsstaats“ zusammenkommen. Nicht dem formalistisch-autoritären Rechtsstaat mit Zügen des Obrigkeitsstaates, wohl aber dem freiheitlich-demokratischen Rechtsstaat entsprechen zusätzliche verfassungsrechtliche Sicherungen der *Konsensfunktion* seiner Rechtstexte: auf der Seite der *anordnenden Texte* Forderungen wie Tatbestandsbestimmtheit, Rückwirkungsverbote, rechtliches Gehör usw.; auf der Seite der *rechtfertigenden Texte* das Gebot der Methodenehrlichkeit (d. h. des Übereinstimmens von Finden und Begründen der Entscheidung), die verschiedenen Begründungspflichten, Einzelinstitute wie das der abweichenden Meinung bei Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts usw.

Über solche Beispiele hinaus lässt sich die *Textstruktur* dieser Rechtsordnung insgesamt nach folgenden Ebenen gliedern: a) nach *abstrakt anordnenden* Texten (Gesetzeswortlauten und – soweit sie über den Fall hinaus verbindlich sein können – Texten von Rechtsnormen) und diese Normtexte *rechtfertigenden* Texten (amtlichen Begründungen von Gesetzen, „Motiven“ der gesetzgebenden Gremien, Debatten und Verhandlungen, Ausschussberichten und, im Fall der Rechtsnormen, Entscheidungsgründen); sowie b) nach *konkret anordnenden* Texten (Entscheidungsnormen, welche die Rechtsprechung entwirft oder die die Exekutive erlässt) und diese *rechtfertigenden* Texten (Entscheidungsgründen in Exekutive und Rechtsprechung).

Der demokratische Rechtsstaat „hat“ nicht, er „ist“ eine Textstruktur. Diese unterscheidet ihn von den anderen Typen der Staatsorganisation; denn der Rest ist allen Typen gemeinsam: „sächliche“ und „persönliche Mittel“ im Sinn des Verwaltungsrechts. Den Gebäuden, deren Möblierung, den Papierstapeln, den Amtspersonen ist es nicht anzusehen, ob sie einen Rechts- oder einen Nicht-Rechtsstaat am Funktionieren halten. Nur die Semantik und die Strukturierungsart der staatsproduzierten Textmasse distinguieren ein rechtsstaatliches System.

⁷⁶¹Das Bundesverfassungsgericht leitet aus dem Rechtsstaatsprinzip in ständiger Rechtsprechung die Forderung nach Voraussehbarkeit und Berechenbarkeit ab; vgl. zuletzt BVerfGE 99, 216, 242.

Die Rechtsordnung ist ein Sprachspiel unter anderen, aber eben das einzige mit angehäufter allgemeiner Gewalt versehene, das Sprachspiel des Staates. Alles, was an dessen Institutionen nicht verdinglichte oder direkte Gewalt ist, ist Sprache, mündlicher oder schriftlicher Text; und nicht zuletzt seine als „Recht“ bezeichneten Handlungsformen. Anders gesagt: Die einzige Möglichkeit, die im Staat angehäuften Gewalt zu disziplinieren, einzugrenzen, zu teilen und zu kultivieren, besteht in Sprache. Sie liegt in der Textualität des gewaltgestützten Rechts und in den in dieser anfallenden Komplikationen, Brechungen, Faltungen und sprachvermittelten Selbstbindungen. *Gewaltenteilung* ist vor allem eine Text-Teilung (für die Institutionen nebeneinander und die Instanzen übereinander), eine Text-Verteilung (für die Auffächerung der Kompetenzen) und eine Text-Kontrolle (das System der checks and balances). Die Gewaltenteilung als Textteilung, auf symbolischer Ebene verankert, ist eine Aufteilung der Gewaltbefugnis, unter den und den Voraussetzungen Texte der und der Art mit den und den Wirkungen bzw. Relationen zu anderen Texten zu produzieren. Gewaltenteilung als Teilung, Verteilung und Kontrolle der Textkompetenzen ist eine der wesentlichsten Eigenschaften rechtsstaatlicher Textstruktur.

2. Begründung und Recht auf Sprache

Der Richter hat im Rechtsstaat keine Kompetenzkompetenz, sondern eine umgrenzte Ermächtigung. Der Begriff „Kompetenzkompetenz“ kommt aus der obrigkeitstaatlichen Tradition. Er bedeutet, dass der Staat die unbeschränkte Kompetenz hat, sich selber Kompetenzen zu verschaffen. Auf den Richter unter dem Grundgesetz passt diese überlieferte Vorstellung nicht. Dem Richter wird die rechtsprechende Gewalt übertragen, aber nur soweit er der in Artikel 97 GG angeordneten Gesetzesbindung genügt. Den Umstand, dass seine Entscheidung der Gesetzesbindung Genüge tut, muss der Richter in der Begründung seines Urteils darlegen. Dabei muss er sich mit den Interpretationen der Prozessbeteiligten und mit den einschlägigen Entscheidungen anderer Gerichte auseinandersetzen. So findet die Souveränität seiner Interpretation Grenzen.

Über die Pflicht zur Begründung der Entscheidung ist der Richter an überprüfbare Maßstäbe gebunden.⁷⁶² Dieser Pflicht des Gerichts entspricht auf der Seite des Bürgers ein Recht auf Sprache. Er hat ein subjektives Recht darauf, dass der Richter seine Entscheidung nicht einfach nur fällt, sondern sie in der Begründung auch dem demokratisch legitimierten Normtext zurechnet. Direkt mit Hilfe von Rechtsmitteln gegen die Entscheidung und indirekt mit Hilfe der fachlichen Kritik ist dieses Recht auch einklagbar.

Das Bundesverfassungsgericht versteht dieses aus Artikel 103 GG abzuleitende Recht sehr weit. Der in Art. 103 GG geregelte Anspruch auf rechtliches Gehör gebietet zwar nicht grundsätzlich ein Rechtsgespräch, aber verbietet doch immerhin eine Überraschungsentscheidung.⁷⁶³

⁷⁶²Vgl. *Friedrich Müller Christensen / Sokolowski*, Rechtstext und Textarbeit, 1997, 138 ff.

⁷⁶³BVerfGE 98, 218, 263, unter Bezug auf BVerfGE 83, 24, 35; 86, 133, 144 f.: „Art. 103 Abs. 1 GG gibt den Verfahrensbeteiligten das Recht, sich nicht nur zu dem für die jeweilige

3. Legitimationstransfer

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

Die Textstruktur des Rechtsstaats⁷⁶⁴ bewirkt eine Einschränkung der Verknüpfungsmöglichkeiten und eine Hierarchisierung von Texten, ausgehend von den Postulaten der Vorausssehbarkeit, Berechenbarkeit und Einzelfallgerechtigkeit. Ziel dabei ist ein Transfer der demokratischen Legitimation des Gesetzgebers auf die Einzelfallentscheidung. Um diesen zu erfassen, muss man zunächst anordnende und rechtfertigende Texte unterscheiden.

Sowohl der Normtext als auch der gerichtliche Tenor sind *anordnende Texte*.⁷⁶⁵ Sie unterscheiden sich dadurch, auf unterschiedlichen Konkretisierungsstufen im Prozess der Entscheidungsfindung zu stehen. Während sich aber die Legitimität der Anordnung im Normtext aus der demokratischen Legitimation des Gesetzgebers ergibt, muss die des Gerichts jeweils erst noch begründet werden.

Diesem Legitimitätstransfer dient die Entscheidungsbegründung als *rechtfertigender Text*.⁷⁶⁶ In ihr tauchen die Auslegungsinstrumente im Rahmen von Argumentformen auf.

Die Aufgabe der Urteilsbegründung ist damit der Legitimationstransfer. Um diese Aufgabe zu erfüllen, hat sie bestimmten Anforderungen zu genügen. Sie muss den Stand der Geltung erreichen, indem sie den besseren Argumenten den Vorrang gibt und das Gesetz als Grenze der Argumentation respektiert.

V. Die Gesetzesbindung als Paradoxienmanagement

Der Transfer der gesetzlichen Legitimität auf das Urteil kann nur gelingen, wenn die vom Gericht gewählte Auslegungsvariante des Normtextes haltbar ist. Die

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

⁷⁶⁴ Friedrich Müller, Juristische Methodik und Politisches System. 1976, 80 ff., 95 ff.

⁷⁶⁵ Vgl. Friedrich Müller / Christensen / Sokolowski, Rechtstext und Textarbeit, 1997, 117.

⁷⁶⁶ Vgl. ebd., 117, 121 ff. sowie Brink, Über die richterliche Entscheidungsbegründung. 1999, der bei der Rechtfertigungsfunktion weiter differenziert zwischen erklärender und kontrollierender Funktion der Begründung.

Auslegungsvariante gibt dem Normtext seine Bedeutung und kann deswegen auch Rechtsnormhypothese genannt werden. Diese Rechtsnormhypothese wird überprüft an den Argumenten, die im Verfahren vorgebracht werden. Das Verfahren organisiert einen Konflikt, um der Begründung richterlicher Entscheidung einen Relevanzhorizont zu verschaffen, der gegebenenfalls im Rahmen der Amtsermittlung zu ergänzen ist, sodass er dem Niveau der wissenschaftlichen Diskussion genügt. Die Rechtsnormhypothese muss den Stand der Geltung erreichen. Das heißt, sie muss alle Gegenargumente entweder integrieren oder widerlegen. Dann ist dem Gesetz als Grenze Genüge getan. Der Rechtsstaat kann eine Grenze im Normtext nicht objektiv vorgeben. Aber er fordert von den Gerichten eine Praxis der Grenzziehung.

Die triviale Alltagspraxis der Jurisprudenz weist also bei genauer Betrachtung Untiefen auf. Es zeigt sich nämlich das Paradox, dass Juristen an das gebunden sind, was sie selbst produzieren. Aber das ist kein Grund für panischen Schrecken. Denn mit den geschilderten methodischen Instrumenten verfügen die Gerichte über ein äußerst erfolgreiches und praktisch bewährtes Instrumentarium zum Paradoxienmanagement. Auch zeigt sich in der Interpretationsleistung von Gerichten ein Moment von Gewalt, welches darin liegt, dass sie die gleitende Bedeutung von Texten fixieren. Aber auch darauf muss man nicht mit einem Rückzug ins Reich der Ideale reagieren. Denn diese Gewalt ist zwischen Gesetzgeber und Richter geteilt, durch das Verfahren mediatisiert und vielfältigen Kontrollen unterworfen. In einem rechtsstaatlichen Verfahren ist der dann verbleibende Rest hinreichend eingehegt und kultiviert.

Das verfassungsrechtliche Rechtsstaatsprinzip ist eine Entscheidung für die Praxis einer Grenze: es verlangt vom Rechts„anwender“, dem engeren, spezifischeren Kontext bei der Bedeutungsbestimmung den Vorrang einzuräumen. Unter den Vorgaben des durch den Normtext gesetzten Textformulars (des „Gesetzes“) und der an die methodenbezogenen Normen der Verfassung rückgebundenen Standards methodischer Zurechnung sind die Möglichkeiten zum Durchsetzen einer bestimmten Interpretationsweise im Recht deutlich stärker eingeschränkt und damit kontrollierbarer als in einem nur auf das politische Sprachspiel bezogenen semantischen Konflikt. Eine Grenze juristischer Textarbeit ergibt sich so als Relation zwischen drei Faktoren: Der vom Gesetzgeber verabschiedete Normtext als Zeichenkette muss Ausgangs- und Zurechnungsgröße der Entscheidung sein. Die von der Wissenschaft entwickelten methodischen Instrumentarien eröffnen Kontexte für die Bedeutungsbestimmung. Ausgehend von den methodenbezogenen Normen der Verfassung können diese Kontexte in eine Rangfolge gebracht werden, gleichzeitig sorgt der prozessrechtliche Rahmen des Gerichtsverfahrens für ihre Verendlichung. Außerdem gibt es zur weiteren Kontrolle den Instanzenzug, unterstützt von der begleitenden Kritik der Wissenschaft am Tun der Gerichte. All diese Faktoren zusammengenommen ergeben die Gesetzesbindung. Der Rechtsstaat ist nicht monologisch-richterbezogen, sondern diskursiv-verfahrensbezogen. Er verlässt sich nicht auf einsame Erkenntnis, sondern fordert eine öffentliche Diskussion, in der sich die besseren Argumente

für die Lesart des Gesetzes durchsetzen sollen.

Allerdings vermag keine Methodik die interpretatorische Gewalt und die Paradoxien in ihrer Einhegung aufzuheben. Das wäre Illusion und Fassade für unkontrollierte Machtausübung. Methodik muss vielmehr die inneren Aporien einer Entscheidung protokollieren. Denn diese zeigen sich in jedem noch so unbedeutenden Verfahren. Nur eine Entscheidung, die durch das Paradox der Bindung von Gewalt hindurchgegangen ist, ist eine Rechtsentscheidung. Die Gesetzesbindung nimmt dem Richter⁷⁶⁷ nicht die Verantwortung ab. Sie ist die Grundlage für seine Verantwortung.⁷⁶⁸ Denn er muss die Verknüpfung zum Gesetz herstellen, die möglich ist, ohne dort seine Entscheidung vorzufinden.

Recht ist aus dem Streit der Parteien erst zu schaffen. Schaffen heißt aber nicht, etwas zu machen, das gerade fehlt, etwas, das abwesend ist, anwesend zu machen. Das wäre nur eine weitere Verlängerung der Präsenzmetaphysik. Recht ist weder im Gesetzestext anwesend noch im Sprechen der Parteien, noch in der richterlichen Begründung. Recht existiert als Aufschub. Weil wir es im Text nicht finden können, sprechen wir. Und weil wir uns im Sprechen nicht einigen können, muss entschieden werden. Aber weil anders entschieden werden könnte, braucht man eine Begründung. Da aber auch diese zur Überzeugung nicht ausreicht, braucht man Rechtsmittel. Auch in der Rechtskraft endet der Aufschub des Rechts nicht. Zwischen den Parteien und in der Literatur kann immer noch weiter gestritten werden. Trotzdem: Auch wenn das Recht nie endgültig gefunden wird, ist mit seinem Aufschub im Verfahren etwas erreicht. Das Gefühl des Unrechts ist ein Stück weit artikuliert. Der semantische Kampf um die Lesart des Gesetzes ist ein Stück weit zur Argumentation kultiviert. Und das Ergebnis liefert weiteren Streitfällen bessere Gründe.

Der Entzug des Rechts aus dem Gesetz in das Verfahren, von dort in die Entscheidung, ihre Begründung und die daran anschließende Kritik kann negativ begriffen werden als sein Verschwinden. Aber man kann es auch positiv begreifen als von Regeln der Kunst geordneter Versuch, die Verdinglichung der Gerechtigkeit zu verhindern. Der Eigenwert des Rechts liegt gerade in diesem Entzug. Ob ein Verfahren sich als Performanz der Macht oder des Rechts entwickelt, kann nicht von vornherein sichergestellt werden. Es kann nur wahrscheinlich gemacht werden durch rechtsstaatliche Vorgaben, Entwicklung einer daran orientierten Argumentationskultur, Ausbildung der Richter, wissenschaftliche Kritik und weitere soziale Komponenten der Gesetzesbindung. Am Ende aber liegt es in der Verantwortung des Richters.

Abel, Günther: Übersetzung als Interpretation, in: Günther Abel (Hrsg.), Das

⁷⁶⁷Grundlegend für die Geschichte und die verschiedenen Varianten des Richterbildes *Simon*, Die Unabhängigkeit des Richters. 1975.

⁷⁶⁸Vgl. hierzu *Ogorek*, „Rassenschande“ und juristische Methode: die argumentative Grammatik des Reichsgerichts bei der Anwendung des Blutschutzgesetzes von 1935, in: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 2003, 279 ff. Die dort analysierte argumentative Grammatik des Reichsgerichts sollte als erstes Kapitel in jedem Methodenlehrbuch stehen.

- Problem der Übersetzung, Baden-Baden 1990, S. 9 ff.
- ders.*: Interpretationswelten, Frankfurt/M. 1995
- Alexy*, Robert: Theorie der Grundrechte, Baden-Baden 1985
- ders.*: in: Werner Krawietz u. a. (Hrsg.), Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz, Berlin 1979, S. 59 ff.
- ders.*: Theorie der juristischen Argumentation, Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung, 3. Aufl. Frankfurt/M. 1996; 2. Aufl., Frankfurt/M. 1991
- ders.*: Zur Kritik des Rechtspositivismus, in: ARSP, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 37, 1990, S. 9 ff.
- ders.*: Begriff und Geltung des Rechts, Freiburg / München 1992
- ders.*: Begriff und Geltung des Rechts, 2. Aufl., Freiburg 1994
- ders.*: Normenbegründung und Normenanwendung, in: Robert Alexy., Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie, Frankfurt/M. 1995, S. 52 ff.
- ders.*: Juristische Interpretation, in: Robert Alexy, Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie, Frankfurt/M. 1995, S. 71 ff.
- ders.*: Die logische Analyse juristischer Entscheidungen, in: Robert Alexy / Hans-Joachim Koch/Lothar Kuhlen/Helmut Rübmann (Hrsg.), Elemente einer juristischen Begründungslehre, Baden-Baden 2003, S. 9 ff.
- ders.*: Rechtsregeln und Rechtsprinzipien, in: Robert Alexy/Hans-Joachim Koch/Lothar Kuhlen/Helmut Rübmann (Hrsg.), Elemente einer juristischen Begründungslehre, Baden-Baden 2003, S. 217 ff.
- Alexy*, Robert / *Peczenik*, Aleksander: The Concept of Coherence and its Significance for Discursive Rationality, in: Ratio Juris 3 (1990), S. 130 ff.
- Alford*, Roger: Federal Courts, International Tribunals, and the Continuum of Deference, Virginia Journal of International Law 43 (2003), S. 675 ff.
- Amstutz*, Marc: Zwischenwelten. Zur Emergenz einer interlegalen Rechtsmethodik im europäischen Privatrecht, in: Gunther Teubner / Christian Joerges (Hrsg.), Rechtsverfassungsrecht, Baden-Baden 2003, S. 213 ff.
- Anweiler*, Jochen: Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, Frankfurt/M. u.a. 1997
- Arnul*, Anthony: Interpretation and Precedent in English and Community Law: Evidence of Crossfertilization?, in: Mads Andenas (Hrsg.), English Public Law of Europe, 1998, S. 93 ff.
- Augst*, Gerhard: Wortfamilien Wörterbuch der deutschen Gegenwartssprache, Tübingen 1998
- Bachelard*, Gaston: Le matérialisme rationell, Paris 1972

- Bähr*, Erich-G. Rechtsstaat und Strafgerichtsbarkeit, in: Mehdi Tohidipur (Hrsg.), *Der bürgerliche Rechtsstaat*, Bd. 1, 1979, S. 565 ff.
- Baldus*, Manfred: *Die Einheit der Rechtsordnung*, Berlin 1995
- Barcelò*, John: Precedent in European Community Law, in: Neil MacCormik / Robert Summers (Hrsg.), *Interpreting Precedents: A Comparative Study*, 1997, S. 407 ff.
- Bardmann*, Theodor M.: Zirkularität als Standpunkt. Ein Essay zu Heinz von Foerster: Wissen und Gewissen. Versuch einer Brücke, in: *Soziologische Revue* 17, 1994, S. 298 ff.
- Baumann*, Max: *Recht/Gerechtigkeit in Sprache und Zeit*, Zürich 1991, S. 67 f.
- Baumgartner*, Hans Michael / *Wild*, Christoph: *Handbuch philosophischer Grundbegriffe*. Band II. Gesetz – Relation, München 1973
- Benjamin*, Walter: *Zur Kritik der Gewalt*, in: Walter Benjamin, *Gesammelte Schriften*. Bd. II 1. Frankfurt am 1980, 179 ff.
- Bergenholtz*, Henning: Probleme der Selektion im allgemeinen einsprachigen Wörterbuch, in: *Wörterbücher. Ein internationales Handbuch zur Lexikographie*, Franz Josef Hausmann / Oskar Reichmann / Herbert Ernst Wiegand / Ladislav Zgusta (Hrsg.), in: *Handbücher zur Sprach- und Kommunikationswissenschaft*, Band 5.1, Berlin / New York 1989, S. 772 ff.
- Bergsdorf*, Wolfgang: *Herrschaft und Sprache. Eine Studie zur politischen Terminologie in der Bundesrepublik Deutschland*. Pfullingen 1983
- Berkemann*, Jörg: Gesetzesbindung und Fragen einer ideologiekritischen Urteilskritik, in: *Festschrift für Willi Geiger*, 1974, S. 299 f.
- Bernhardt*, Rudolf: Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge, insbesondere in der neueren Rechtsprechung internationaler Gerichte, in: *ZaöRV* 49 (1963), S. 1 ff.
- Bertram*, Georg W.: Prolegomena zu einer Rekonstruktion der linguistisch-epistemischen Wende – von Quine und Sellars zu Husserl und Derrida, in: *Journal Phänomenologie*, 13, 2000, S. 4 ff.
- ders.*: Die Dekonstruktion der Normen und die Normen der Dekonstruktion, in: A. Kern/Chr. Menke (Hrsg.), *Philosophie der Dekonstruktion. Zum Verhältnis von Normativität und Praxis*, Frankfurt/M. 2002, S. 296.
- ders.* / *Liptow*, Jasper: Holismus in der Philosophie. Eine Einleitung, in: Georg W. Bertram/Jasper Liptow (Hrsg.), *Holismus in der Philosophie. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie*, Weilerswist 2002, S. 7 ff.
- ders.*: Holismus und Praxis. Der Zusammenhang von Elementen, Beziehungen und Praktiken, in: Georg W. Bertram/Jasper Liptow (Hrsg.), *Holismus in der Philosophie. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie*, Weilerswist 2002, S. 59 ff.

- Bhargava, Rajeev*: Holism and Individualism in History and Social Science, in: Edward Craig (Hrsg.) Routledge Encyclopedia of Philosophy, London 1998
- Blank, Josef*: Europäische Fusionskontrolle im Rahmen der Art. 85, 86 des EWG-Vertrages, 1991
- Bleckmann, Albert*: Die systematische Auslegung im europäischen Gemeinschaftsrecht, in: Albert Bleckmann, Studien zum Europäischen Gemeinschaftsrecht, Köln 1986, S. 41 ff.
- Bloch, Ernst*: Naturrecht und menschliche Würde, GA 6, 1977, S. 155 ff.
- Borsche, Tilmann*: Mit dem Widerstreit leben, in: Dialektik 2001, S. 19 ff.
- Bos, Maarten*: Theory and practice of treaty interpretation, in: NILR 27 (1980), S. 3 ff.
- Bourdieu, Pierre*: Sozialer Raum und „Klassen“, in Pierre Bourdieu, Sozialer Raum und „Klassen“. Leçon sur la leçon. Zwei Vorlesungen. Frankfurt/M. 1985, S. 7 ff.
- Brandom, Robert B.*: Making it explicit. Cambridge/Mass./London 1994
- ders.*: Pragmatische Themen in Hegels Idealismus. Unterhandlung und Verwaltung der Struktur und des Gehalts in Hegels Erklärung begrifflicher Normen, in: Deutsche Zeitschrift für Philosophie 3 (1999); S 355 ff.
- ders.*: Expressive Vernunft. Begründung, Repräsentation und diskursive Festlegung, Frankfurt/M. 2000
- ders.*: Begründen und Begreifen. Eine Einführung in den Inferentialismus, Frankfurt/M. 2001
- Brink, Stefan*: Über die richterliche Entscheidungsbegründung. Frankfurt/M. 1999
- Brockhaus-Wahrig* Gerhard Wahrig / Hildegard Krämer / Harald Zimmermann (Hrsg.) Brockhaus-Wahrig. Deutsches Wörterbuch in sechs Bänden. Fünfter Band P-STD, Stuttgart 1983
- Broekman, Jan M.*: Juristischer Diskurs und Rechtstheorie, in: Rechtstheorie 11 (1980), S. 5 ff.
- ders.*: The Minimum Content of Positivism, in: Rechtstheorie 1985, S 349 ff.
- Brüggemann, Jürgen*: Die richterliche Begründungspflicht, Berlin 1971
- Brugger, Winfried*: Würde gegen Würde, in: VBIBW (1995), S. 446 ff.
- ders.*, in: Darf der Staat foltern? Eine Podiumsdiskussion mit Winfried Brugger, Bernhard Schlink, Dieter Grimm, in: Humboldt Forum Recht 4:2002, <http://www.humboldt-forum-recht.de/4-2002/Drucktext.html>, S. 15 u. ö.
- Buchwald, Delf*: Zum Begriff der rationalen juristischen Begründung, in: Rudolf Mellinshoff / Hans-Heinrich Trute (Hrsg.), Die Leistungsfähigkeit des Rechts.

Methodik, Gentechnologie, Internationales Verwaltungsrecht, Heidelberg 1988, S. 61 ff.

Buck, Carsten: Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft, Frankfurt/M. u.a. 1998

Bulitta, Erich / *Bulitta*, Hildegard: Wörterbuch der Synonyme und Antonyme. Sinn- und sachverwandte Wörter und Begriffe sowie deren Gegenteil und Bedeutungsvarianten, Frankfurt/M 2003, S 607.

Bumke, Christian: Relative Rechtswidrigkeit. Systembildung und Binnendifferenzierung im Öffentlichen Recht, Tübingen 2004

Bung, Jochen: Der juristische Streit zwischen Agon und Konsens, in: Günther Kreuzbauer/Silvia Augeneder (Hrsg.), Der juristische Streit, ARSP Beiheft Nr. 99, Stuttgart 2004, S. 144 ff.

Busse, Dietrich: Überlegungen zum Bedeutungswandel, in: Sprache und Literatur 1986

ders.: Textinterpretation. Sprachtheoretische Grundlagen einer explikativen Semantik, Opladen 1991

ders.: Recht als Text. Linguistische Untersuchungen zur Arbeit mit Sprache in einer gesellschaftlichen Institution. Tübingen 1992

ders.: Juristische Semantik, Berlin 1993

ders.: Verstehen und Auslegen von Rechtstexten – institutionelle Bedingungen, in: Kent D. Lerch (Hrsg.), Die Sprache des Rechts, Band 1, Recht verstehen, Berlin 2004, S. 7 ff.

Bydlinski, Franz: Hauptpositionen zum Richterrecht, in: JZ 1985, S. 149 ff.

ders. u.a.: Das bewegliche System im geltenden und künftigen Recht, Wien/New York 1986

ders.: Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl., Wien/New York 1991

Canaris, Claus-Wilhelm: Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz: entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts, 2. Aufl., Berlin 1983

Carnap, Rudolf: Der logische Aufbau der Welt, Frankfurt/M. 1974

Castoriadis, Cornelius: Gesellschaft als imaginäre Institution, Frankfurt/M. 1984

Cattepoel, Jan: Der unbestimmte Rechtsbegriff als Problem der Rechtssprache, in: Rechtstheorie 1979, S. 231 ff.

Chisholm, Roderick M.: Theory of Knowledge, Englewood Cliffs, NJ 1966

Christensen, Ralph: Was heißt Gesetzesbindung? Eine rechtslinguistische Untersuchung, Berlin 1989

ders.: Der Richter als Mund des sprechenden Textes. Zur Kritik des gesetzesspositivistischen Textmodells, in: F. Müller (Hrsg.), Untersuchungen zur Rechtslinguistik. Interdisziplinäre Studien zu praktischer Semantik und Strukturierender Rechtslehre in Grundfragen der juristischen Methodik, Berlin 1989, S. 27 ff.

ders.: Die leere Schatztruhe, oder: wenn die Sprache die Erwartungen der Juristen enttäuscht, in: *Juridicum* 3, 1997, S. 33 ff.

ders.: Die Paradoxie richterlicher Gesetzesbindung, in: Kent Lerch (Hrsg.), Recht verhandeln. Argumentieren, Begründen und Entscheiden im Diskurs des Rechts. Die Sprache des Rechts II, Berlin/New York 2005, S. 1 ff.

ders. / *Kromer*, Michael: Zurück zum Positivismus?, in: *KJ* 1983, S. 41 ff.

ders. / *Kudlich*, Hans: Theorie richterlichen Begründens, Berlin 2001

ders. / *Kudlich*, Hans: Wortlautgrenze – spekulativ und pragmatisch?, *ARSP* 2007, 128 ff.

ders. / *Kudlich*, Hans: Gesetzesbindung oder die Entskandalisierung des Paradoxes, in: Friedrich Müller (Hrsg.), Politik, (Neue) Medien und die Sprache des Rechts, Berlin 2007, S. 1135 ff.

ders. / *Lerch*, Kent D.: Die Kunst Recht geschehen zu lassen, in: Kent Lerch (Hrsg.), Die Sprache des Rechts, Band 3, Berlin, New York 2005, S. 55 ff.

ders. / *Lerch*, Kent D.: Transkriptionen. Das Umschreiben des Rechts im Verfahren, in: *Paragrana. Internationale Zeitschrift für Historische Anthropologie* 15 (2006), 41 ff.

ders. / *Sokolowski*, Michael: Theorie und Praxis aus der Sicht der Strukturierenden Rechtslehre, in: Werner Krawietz / Martin Morlock (Hrsg.), Vom Scheitern und der Wiederbelebung juristischer Methodik im Rechtsalltag – ein Bruch zwischen Theorie und Praxis?, *Rechtstheorie*, Bd. 32, H.1 / 2, 2001, S. 327 ff.

ders. / *Sokolowski*, Michael: Theorie und Praxis aus der Sicht der Strukturierenden Rechtslehre, in: *Rechtstheorie* 32, 2001, S. 327 ff.

ders. / *Sokolowski*, Michael: Wie normativ ist Sprache? Der Richter zwischen Sprechautomat und Sprachgesetzgeber, in: Ulrike Haß-Zumkehr (Hrsg.), Sprache und Recht. Jahrbuch 2001 des Institut für Deutsche Sprache, Berlin / New York 2002, S. 64 ff.

ders. / *Sokolowski*, Michael: Die Krise der Kommunikation und die Möglichkeit juristischen Argumentierens, in: Kent D. Lerch (Hrsg.), Recht verhandeln. Argumentieren, Begründen und Entscheiden im Diskurs des Rechts. Die Sprache des Rechts, Band 2, Berlin / New York 2005, S. 105 ff.

ders. / *Sokolowski*, Michael: Recht als Einsatz im semantischen Kampf, in: Ekkehard Felder, Semantische Kämpfe. Macht und Sprache in den Wissenschaften, Berlin 2006, S. 353 ff.

Clausewitz, Carl von: Vom Kriege. Frankfurt/M. 1991

- Coing*, Helmut: Geschichte und Bedeutung des Systemgedankens in der Rechtswissenschaft, Frankfurt/M. 1956
- Collini*, Stefan: Die begrenzbare und die unbegrenzbare Interpretation, in: Umberto Eco, Zwischen Autor und Text. München 1994, 7 ff.
- Craig*, Edward: Was wir wissen können. Pragmatische Untersuchungen zum Wissensbegriff, Frankfurt/M. 1993
- Culler*, Jonathan: Ein Plädoyer für die Überinterpretation, in: Umberto Eco, Zwischen Text und Autor. München 1994
- Culler*, Jonathan: Dekonstruktion. Derrida und die poststrukturalistische Literaturtheorie. Reinbek 1999
- Davidson*, Donald: Eine Kohärenztheorie der Wahrheit und der Erkenntnis, in: Peter Bieri (Hrsg.), Analytische Philosophie der Erkenntnis, Frankfurt am Main 1987, S. 271 ff.
- ders.*: Wahrheit und Bedeutung, in: Donald Davidson, Wahrheit und Interpretation, Frankfurt/M. 1990, S. 40 ff.
- ders.*: Radikale Interpretation, in: Donald Davidson, Wahrheit und Interpretation, Frankfurt/M. 1990, S. 183 ff.
- ders.*: Der Begriff des Glaubens und die Grundlage der Bedeutung, in: Donald Davidson, Wahrheit und Interpretation, Frankfurt/M. 1990, S. 204 ff.
- ders.*: Was ist eigentlich ein Begriffsschema?, in: Donald Davidson, Wahrheit und Interpretation, Frankfurt/M. 1990, S. 261 ff.
- ders.*: Die logische Form von Handlungssätzen, in: Donald Davidson, Handlung und Ereignis, Frankfurt/M. 1990, S. 155 ff.
- de Sousa Santos*, Boaventura: Toward a New Legal Common Sense: Law, Globalization and Emancipation, 2. Aufl., London 2002
- Dederichs*, Mariele: Die Methodik des EuGH, Baden-Baden 2004
- dies.*, Mariele / *Christensen*, Ralph: Inhaltsanalyse als methodisches Instrument zur Untersuchung von Gerichtsentscheidungen, vorgeführt am Beispiel der Rechtsprechung des EuGH, in: Friedrich Müller / Isolde Burr (Hrsg.), Rechtssprache Europas, Berlin 2004, S. 287 ff.
- Degenhart*, Christoph: Gerichtsverfahren, in: Josef Isensee / Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts III, 3. Aufl., 2005
- Deleuze*, Gilles: Bergson zur Einführung, Hamburg 1989
- Demmerling*, Christoph: Sinn, Bedeutung, Verstehen, Paderborn 2002
- Depenheuer*, Otto: Der Wortlaut als Grenze. Thesen zu einem Topos der Verfassungsinterpretation, Heidelberg 1988
- Derrida*, Jacques: Grammatologie, Frankfurt/M. 1974, S. 536 ff.

- ders.*: Signatur, Ereignis, Kontext, in: Jaques Derrida, Randgänge der Philosophie, Frankfurt/M. 1976, S. 124 ff.
- ders.*: Signatur, Ereignis, Kontext, in: Jaques Derrida, Randgänge der Philosophie, Wien 1988, S. 124 ff
- ders.*: Der „mystische Grund der Autorität“, Frankfurt am Main 1991
- ders.*: Gesetzeskraft. Der „mystische Grund der Autorität“, Frankfurt/M. 1991
- ders.*: Als ob ich tot wäre, Wien 2000
- ders.*: Politik der Freundschaft, Frankfurt/M. 2000
- Descombes*, Vincent: Das Selbe und das Andere, Frankfurt/M. 1981
- Dornseiff*, Franz: Der deutsche Wortschatz nach Sachgruppen. 8., Aufl., Berlin 2004
- Dreier*, Horst: Kommentar zum Grundgesetz, Tübingen 2000
- Drosdowski*, Günther: Das Große Fremdwörterbuch. Herkunft und Bedeutung der Fremdwörter, Günther Drosdowski (Hrsg.), Mannheim 1994
- Droysen*, Johann Gustav: Historik. Rekonstruktion der ersten vollständigen Fassung der Vorlesungen 1857. Herausgegeben von Peter Leyh. Stuttgart 1977
- Duden*: Duden, Das große Wörterbuch der deutschen Sprache in zehn Bänden, Werner Scholze-Stubenrecht (Bearb.), Band 6: Lein-Peko, 3. Aufl. Mannheim 1999, S. 2851.
- Dummett*, Michael: Frege. Philosophy of Language, London 1973
- ders.*: Eine hübsche Unordnung von Epitaphen. Bemerkungen zu Davidson und Hacking, in: Eva Picardi/Jochen Schulte (Hrsg.) Die Wahrheit der Interpretation, Frankfurt/M. 1990, S. 248 ff.
- Dworkin*, Ronald: Bürgerrechte ernstgenommen, Frankfurt/M 1984
- Eagleton*, Terry: Einführung in die Literaturtheorie. Stuttgart 1988
- Ebsen*, Ingwer: Gesetzesbindung und „Richtigkeit“ der Entscheidung, Berlin 1974
- Eco*, Umberto: Die Grenzen der Interpretation. München 1992
- ders.*: Das Irrationale gestern und heute, in: Umberto Eco, Über Spiegel und andere Phänomene. München 1990, 9 ff.
- ders.*: Überzogene Textinterpretation, in: Umberto Eco, Zwischen Autor und Text. München 1994, 52 ff.
- Ehlich*, Konrad / *Rehbein*, Jochen: Halbinterpretative Arbeitstranskription (HIAT), in: Linguistische Berichte 45 (1976), 21 ff.

Ehmke, Horst: Prinzipien der Verfassungsinterpretation, in: Hans-Joachim Koch (Hrsg.), Juristische Methode im Staatsrecht, Frankfurt/M. 1977, S. 485 ff.

Ehricke, Ulrich: Die Bindungswirkung von Urteilen des EuGH im Vorabentscheidungsverfahren nach deutschem Zivilprozessrecht und nach Gemeinschaftsrecht, in: Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut der Universität des Saarlandes, Nr. 364, 1997.

Eisler, Rudolf: Wörterbuch der philosophischen Begriffe. Zweiter band L – Sch, 4. Aufl., Berlin 1929, S. 375.

Engisch, Karl: Die Einheit der Rechtsordnung, Heidelberg 1935.

Engländer, Armin: Diskurs als Rechtsquelle? Zur Kritik der Diskurstheorie des Rechts, Tübingen 2002

Esfeld, Michael: Holismus in der Philosophie des Geistes und der Philosophie der Physik, Frankfurt am Main 2002

ders.: Was besagt semantischer Holismus? Zwei Möglichkeiten der Konzeptualisierung, in: Georg W. Bertram/Jasper Liptow (Hrsg.), Holismus in der Philosophie. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie, Weilerswist 2002, S. 41 ff.

ders.: Holismus und Atomismus in den Geistes- und Naturwissenschaften. Eine Skizze, in: Alexander Berge / Soelve I. Curdts (Hrsg.), Holismus und Individualismus in den Wissenschaften, Frankfurt am Main 2003, S. 7 ff.

ders.: Von einer pragmatischen Theorie der Bedeutung zur Philosophie des Geistes, in: André Fuhrmann/Erik J. Olsson (Hrsg.), Pragmatisch denken, Frankfurt/Lancaster 2004, S. 147 ff.

Esser, Josef: Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 4. Aufl., Tübingen 1990; 3. Aufl., Tübingen 1974

Farshim, Alexander: Ganz oder gar nicht. Holismus und die Unbegrenztheit des Begrifflichen, in: Georg W. Bertram/Jasper Liptow (Hrsg.), Holismus in der Philosophie. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie, Weilerswist 2002, S. 189 ff.

Felder, Ekkehard: Juristische Textarbeit im Spiegel der Öffentlichkeit, Berlin 2003

Feldner, Birgit: Verstärkte Senate beim obersten Gerichtshof, Wien/New York 2001

Fikentscher, Wolfgang: Methoden des Rechts, Band 4, Tübingen 1977

Fischer-Lescano, Andreas: Folter in Abu Ghraib. Die Strafanzeige gegen US-Verantwortliche in der Bundesrepublik, in: Gerhard Beestermöller/Hauke Brunkhorst (Hrsg.), Folter – Sicherheit zum Preis der Freiheit?, München 2006, S. 142 ff.

ders. / *Christensen*, Ralph: Auctoritas interpositio. Die Dekonstruktion des Dezinonismus durch die Systemtheorie, in: *Der Staat* 2005, 213 ff.

ders. / *Teubner*, Gunther: Prozedurale Rechtstheorie: Rudolf Wiethölter, in: Sonja Buckel/Ralph Christensen/Andreas Fischer-Lescano (Hrsg.), *Neue Theorien des Rechts*, Stuttgart 2006, S. 79 ff.

Foerster, Heinz von: *Observing Systems*, Seaside 1981

ders.: *Sicht und Einsicht. Versuche zu einer operativen Erkenntnistheorie*, Braunschweig/Wiesbaden 1985.

ders.: *Das Konstruieren einer Wirklichkeit*, in: Paul Watzlawick (Hrsg.): *Die erfundene Wirklichkeit. Wie wissen wir, was wir zu wissen glauben?*, München/Zürich 1985, S. 37 ff.

ders.: *Über das Konstruieren von Wirklichkeiten*, in: Heinz von Foerster, *Wissen und Gewissen. Versuch einer Brücke*, Frankfurt/M. 1993

ders. / *Pörksen*, Bernhard: *Wahrheit ist die Erfindung eines Lügners. Gespräche für Skeptiker*, 5. Aufl., Heidelberg 2003

Földes, Csaba: *Was gilt als Großwörterbuch? Zur Problematik der Größenklassen von Sprachlexika*, in: Jarmo Korhonen (Hrsg.), *Von der mono- zur bilingualen Lexikografie für das Deutsche*, Frankfurt/M 2001, S. 31 ff.

Frege, Gottlieb: *Grundlagen der Arithmetik*, Breslau 1884

Frese, Jürgen: *Politisches Sprechen, Thesen über einige Rahmenbedingungen*, in: Annamaria Rucktäschel (Hrsg.), *Sprache und Gesellschaft*. München 1972, S 105.

Frommel, Monika: *Die Rezeption der Hermeneutik bei Karl Larenz und Josef Esser*, Ebelsbach 1981

Gadamer, Hans-Georg: *Wahrheit und Methode*, Tübingen 2. Aufl. 1965

Gettier, Edmund L.: *Ist gerechtfertigte, wahre Meinung Wissen?*, in: Peter Bieri (Hrsg.), *Analytische Philosophie der Erkenntnis*, Frankfurt am Main 1987, S. 91 ff.

Gilbert, Margaret: *On Social Facts*, Princeton 1992

Gizbert-Studnicki, Tomasz: *Das hermeneutische Bewußtsein der Juristen*, in: *Rechtstheorie* 1987, S. 344 ff, 352 ff.

Glaserfeld, Ernst von: *Radikaler Konstruktivismus. Ideen, Ergebnisse, Probleme*, Frankfurt/M. 1996

Glock, Hans-Johann: *Wie kam die Bedeutung zur Regel?*, in: *Deutsche Zeitschrift für Philosophie* 48 (2000), S. 429 ff. (431).

Glüer, Kathrin: *Sprache und Regeln. Zur Normativität von Bedeutung*, Berlin 1999

dies.: Bedeutung zwischen Norm und Naturgesetz, in: Deutsche Zeitschrift für Philosophie 48 (2000), S. 449 ff.

dies.: Alter Hut kleidet gut. Zur Verteidigung des semantischen Holismus, in: Georg W. Bertram/Jasper Liptow (Hrsg.), Holismus in der Philosophie. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie, Weilerswist 2002, S. 114 ff.

Gnaeus Flavius (Hermann Kantorowicz): Kampf um die Rechtswissenschaft, Heidelberg 1906

Göldner, Detlef Christoph: Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm in der verfassungskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung, 1969

Goebel, Joachim: Rechtsgespräch und kreativer Dissens, Berlin 2001

Grice, Herbert Paul: Logik und Konversation, in: Georg Meggle (Hrsg.), Handlung, Kommunikation, Bedeutung, Frankfurt/Main 1979, S. 243 ff.

Groeben, Norbert / *Christmann*, Ursula: Argumentationsintegrität als Zielidee im Rechtssystem?, in: Kent D. Lerch (Hrsg.), Recht verhandeln. Argumentieren, Begründen und Entscheiden im Diskurs des Rechts. Die Sprache des Rechts, Band 2, Berlin / New York 2005, S. 155 ff.

Günther, Klaus: Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht, Frankfurt/M. 1988

ders.: Ein normativer Begriff der Kohärenz für eine Theorie der juristischen Argumentation, in: Rechtstheorie 20, 1989, S. 163 ff.

ders.: Kopf oder Füße? Das Rechtsprojekt der Moderne und seine vermeintlichen Paradoxien, in: Rainer Maria Kiesow / Regina Ogorek / Spiros Simitis (Hrsg.), Summa. Dieter Simon zum 70. Geburtstag, Frankfurt/M. 2005, S. 255 ff.

Haba, Enrique P.: Standortbestimmung zeitgenössischer Rechtstheorie – Rawls, Dworkin, Habermas und andere Mitglieder der „heiligen (Rede-)Familie“, in: Werner Krawietz / Gerhard Preyer (Hrsg.), System der Rechte, demokratischer Rechtsstaat und Diskurstheorie des Rechts nach Jürgen Habermas, Rechtstheorie, Bd. 27, H. 3, 2., 2. Aufl., 2004, S. 277 ff.

Habermas, Jürgen: Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie? Eine Auseinandersetzung mit Niklas Luhmann, in: Jürgen Habermas. / Niklas Luhmann, Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie, Frankfurt/M. 1971, S. 142 ff.

ders.: Theorie kommunikativen Handelns. 2 Bde., Frankfurt/M. 1987

ders.: Erläuterungen zur Diskursethik, in: Jürgen Habermas, Erläuterungen zur Diskursethik, Frankfurt/M. 1991, S. 119 ff.

ders.: Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, 4. Aufl., Frankfurt/M. 1994

- ders.*: Von Kant zu Hegel. Zu Robert Brandoms Sprachpragmatik, in: Jürgen Habermas., Wahrheit und Rechtfertigung. Philosophische Aufsätze, Frankfurt/M 1999, S. 138 ff.
- Hanschmann*, Felix: Kalkulation des Unverfügbaren, in: Gerhard Beestermöller/Hauke Brunkhorst (Hrsg.), Folter - Sicherheit zum Preis der Freiheit?, München 2006, i.E.
- Harenburg*, Jan: Die Rechtsdogmatik zwischen Wissenschaft und Praxis, Stuttgart 1986
- Hart*, Herbert Lionel Adolphus: Self-referring Laws, in: Festschrift für Karl Olivecrona, 1964, S. 307 f
- Hassold*, Gerhard: Wille des Gesetzgebers oder objektiver Sinn des Gesetzes – subjektive oder objektive Theorie der Gesetzesauslegung, in: ZZP 1981, S. 192 ff.
- Hausmann*, Franz Josef: Wörterbuchtypologie, in: Franz Josef Hausmann. et al (Hrsg.), Wörterbücher. Ein internationales Handbuch zur Lexikographie. 1. Teilband, Berlin/New York 1989, S. 968 ff.
- Hedemann*, Justus Wilhelm: Die Flucht in die Generalklauseln: Eine Gefahr für Recht und Staat, Tübingen 1933
- Hegenbarth*, Rainer: Juristische Hermeneutik und linguistische Pragmatik, Königstein/Ts. 1982, S. 146 ff.
- Hemke*, Katja: Methodik der Analogiebildung im öffentlichen Recht, Berlin 2006
- Henkel*, Heinrich: Strafrichter und Gesetz im neuen Staat, Hamburg 1934
- ders.*: Die Unabhängigkeit des Richters in ihrem neuen Sinngehalt, Hamburg 1934
- Herberger*, Maximilian / *Simon*, Dieter: Wissenschaftstheorie für Juristen, Frankfurt/M. 1980
- Heringer*, Hans Jürgen: Praktische Semantik, Stuttgart 1974
- ders.*: Sprachkritik — Die Fortsetzung der Politik mit besseren Mitteln, in: Hans Jürgen Heringer, (Hrsg.), Holzfeuer im hölzernen Ofen, Tübingen 1982, S. 3 ff., 27 ff.
- ders.*: Not by Nature nor by Intention: The Normative Power of Language and Science, in: Thomas Ballmer (Hrsg.), Linguistic Dynamics — Discourses, Procedures and Evolution, Berlin 1985, S. 251 ff.
- Hermanns*, Fritz: Schlüssel-, Schlag- und Fahnenwörter. Zur Begrifflichkeit und Theorie der lexikalischen „politischen Semantik“. Heidelberg 1994
- ders.*: Linguistische Hermeneutik, in: Hanspeter Ortner / Angelika Linke (Hrsg.), Sprache und mehr, Tübingen 2003, S. 125 ff.

- Herzog*, Roman: Gesetzgeber und Richter – Zwei Legalitätsquellen, in: Roman Herzog, Gesetz und Richterspruch in der Verfassungsordnung der Bundesrepublik Deutschland, Mainz 1990, S. 5 ff.
- Hesse*, Konrad: Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg 1995; 15. Aufl., Heidelberg 1985
- Hoerster*, Norbert: On Alf Ross's Alleged Puzzle in Constitutional Law, in: *Mind* 1972, S. 422 ff.
- Hofmann*, Birgit: Das Verhältnis von Gesetz und Recht, Berlin 2003
- Hofstadter*, Albert: The Myth of the Whole. An Examination of Quine's View of Knowledge, in: *Journal of Philosophy* 15 (1954), S. 397 ff.
- Holtkotten*, Hans: Art. 97 GG, in: Rudolf Dolzer u.a., (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 8, Art. 89-104, Stand März 2002
- Holz*, Hans: Logos spermatikos, Ernst Blochs Philosophie der unfertigen Welt, 1975
- Honsell*, Thomas: Historische Argumente im Zivilrecht, Ebelsbach 1982
- Hörisch*, Jochen: Die Wut des Verstehens, in: *Der blaue Reiter* 1998/2, S. 60 ff.
- Hruschka*, Joachim: Verstehen von Rechtstexten, München 1972
- Ipsen*, Jörn: Richterrecht und Verfassung, Berlin 1975
- Jäger*, Ludwig: Transkriptivität. Zur medialen Logik der kulturellen Semantik, in: Ludwig Jäger/Georg Stanitzek (Hrsg.), *Transkribieren. Medien/Lektüre*. München 2002, S. 19 ff.
- ders.*: Transkriptionen: inframedial, in: Claudia Liebrand/Irmela Schneider (Hrsg.), *Medien in Medien*. Köln 2002, S. 123 ff.
- Jahraus*, Oliver: Systemtheorie, Dekonstruktion und Medientheorie, Wien 2001
- Jansen*, Nils: Die Struktur der Gerechtigkeit, Baden-Baden 1998
- Jarass*, Hans D. / *Pieroth*, Bodo: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 8. Aufl. München, 2006
- Kaufmann*, Arthur: Über Gerechtigkeit: 30 Kapitel praxisorientierter Rechtsphilosophie, Köln u. a. 1993
- Keller*, Adolf: Die Kritik, Korrektur und Interpretation des Gesetzeswortlautes, Winterthur 1960
- Keller*, Rudi: Kollokutionäre Akte, in: *Germanistische Linguistik*. 1/2 (1977), S. 28.
- ders.*: Zur Theorie sprachlichen Wandels, in: *ZGL* 10 (1982), S. 1 ff.
- ders.*: Sprachwandel, 2. Aufl., Tübingen/Basel 1994

Kempcke, Günter: Günter Kempcke (Hrsg.) Handwörterbuch der deutschen Gegenwartssprache. In zwei Bänden. L – Z, Berlin 1984, S. 852.

Khurana, Thomas: Niklas Luhmann – Die Form des Mediums, in: Alice La-gaay/David Lauer (Hrsg.), Medientheorie. Frankfurt/M. 2004, 97 ff.

Kindhäuser, Urs: Zur Definition qualitativer und komparativer Begriffe – Eine Entgegnung auf Herschels Typologie im Arbeitsrecht, in: Rechtstheorie 1984, S. 226 ff.

Kirchhof, Paul: Der Auftrag des Grundgesetzes an die rechtsprechende Gewalt, in: Gert Reinhart (Hrsg.), Richterliche Rechtsfortbildung, Festschrift der Juristischen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität Heidelberg, Heidelberg 1986, S. 11 ff.

Klappenbach, Ruth / Steinitz, Wolfgang : Ruth Klappenbach / Wolfgang Steinitz (Hrsg.), Wörterbuch der deutschen Gegenwartssprache. 4. Band M – Schinken, 10. Aufl., Berlin 1985

Klatt, Matthias: Theorie der Wortlautgrenze. Semantische Normativität in der juristischen Argumentation, Baden-Baden 2004

ders.: Die Wortlautgrenze, in: Kent Lerch (Hrsg.), Recht verhandeln. Argumentieren, Begründen und Entscheiden im Diskurs des Rechts. Die Sprache des Rechts II, Berlin/New York 2005, S. 343 ff.

Klein, Josef: „Wortschatz, Wortkampf, Wortfelder in der Politik“, in: Josef Klein (Hrsg.), Politische Semantik. Bedeutungsanalytische und sprachkritische Beiträge zur politischen Sprachverwendung. Opladen 1989, S. 3 ff.

Knell, Sebastian: Die normativistische Wende in der analytischen Philosophie. Zu Robert Brandoms Theorie begrifflichen Gehaltes und diskursiver Praxis, in: Allgemeine Zeitschrift für Philosophie 2000, S. 225 ff.

Knemeyer, Franz-Ludwig: Rechtliches Gehör im Gerichtsverfahren, in: Josef Isensee / Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts VI, § 155.

Koch, Hans-Joachim: Einleitung: Über juristisch-dogmatisches Argumentieren im Staatsrecht, in: Hans-Joachim Koch (Hrsg.), Die juristische Methode im Staatsrecht, Frankfurt/M 1977, S. 15 ff.

ders.: Die Begründung von Grundrechtsinterpretationen, in: Robert Alexy/Hans-Joachim Koch./Lothar Kuhlen/Helmut Rießmann (Hrsg.), Elemente einer juristischen Begründungslehre, Baden-Baden 2003, S. 179 ff.

ders. / Rießmann, Helmut: Juristische Begründungslehre, München 1982

Koller, Peter: Theorie des Rechts: eine Einführung, 2. Aufl., Wien 1997

Koselleck, Reinhart: Standortbindung und Zeitlichkeit. Ein Beitrag zur historiographischen Erschließung der geschichtlichen Welt, in: Reinhart Koselleck, Vergangene Zukunft. Zur Semantik geschichtlicher Zeiten. Frankfurt/M 1979, S. 176 ff.

- Kramer*, Ernst A.: Juristische Methodenlehre, Bern 1998
- Krämer*, Sybille: Was haben ‚Performativität‘ und ‚Medialität‘ miteinander zu tun?, in: Sybille Krämer (Hrsg.), Medien, Computer, Realität. Wirklichkeitsvorstellungen und Neue Medien, Frankfurt am Main 1998, S. 9 ff.
- dies.*: Sprache, Sprechakt, Kommunikation. Sprachtheoretische Positionen des 20. Jahrhunderts, Frankfurt/M. 2001
- Kremer-Marietti*, Angèle: Michel Foucault – Der Archäologe des Wissens. Frankfurt am Main 1976
- Kriele*, Martin: Theorie der Rechtsgewinnung, Berlin 1967
- ders.*: Das demokratische Prinzip im Grundgesetz, in: VVDStRL 1970, S. 46 ff.
- Kroeber*, Siegrid / *Spalier*, Martha: Synonymwörterbuch. Siegrid Kroeber und Martha Spalier (Verf.), Der treffende Ausdruck - das passende Wort. Völlig neu bearbeitet und erweitert, München 1995, S. 375.
- Kröger*, Klaus: Einführung in die Verfassungsgeschichte der Bundesrepublik Deutschland, 1993
- Kudlich*, Hans: Unvorsätzliches Entfernen vom Unfallort, in: JA 2007, 549 ff.
- ders.* / *Christensen*, Ralph: Zum Relevanzhorizont richterlicher Entscheidungen am Beispiel des Strafverfahrens, GA 2002, 337 ff.
- ders.* / *Christensen*, Ralph: Die Methodik des Bundesgerichtshofs in Strafsachen, im Erscheinen 2007/2008
- ders.* / *Christensen*, Ralph / *Sokolowski*, Michael: Zauberpilze und Cybernauten, in: Friedrich Müller (Hrsg.), Politik, (Neue) Medien und die Sprache des Rechts, Berlin 2007, S. 119 ff.
- Kuhlen*, Lothar: Typuskonzeption in der Rechtstheorie, Frankfurt/M. 1977
- Kunig*, Philip: Art. 103 GG in: Ingo von Münch / Philip Kunig, Kommentar zum Grundgesetz, München 1996
- Laclau*, Ernesto: Jenseits von Emanzipation, in: Ernesto Laclau, Emanzipation und Differenz, Wien 2002, S. 23 ff.
- ders.*: Was haben leere Signifikanten mit Politik zu tun?, in: Ernesto Laclau, Emanzipation und Differenz, Wien 2002, S. 65 ff.
- ders.*: Subjekt der Politik, Politik des Subjekts, in: Ernesto Laclau, Emanzipation und Differenz, Wien 2002, S. 79 ff.
- Ladeur*, Karl-Heinz: „Abwägung“ – Ein neues Rechtsparadigma?, in: ARSP 1983, S. 463 ff.
- ders.*: Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik: Plädoyer für eine Erneuerung der liberalen Grundrechtstheorie, Tübingen 2004

Lagaay, Alice / Lauer, David: Einleitung - Medientheorien aus philosophischer Sicht, in: Alice Lagaay/David Lauer (Hrsg.), Medientheorie. Frankfurt/M. 2004, 7 ff.

Lakatos, Imre: Falsifikation und die Methodologie wissenschaftlicher Forschungsprogramme, in: Imre Lakatos/Alan Musgrave (Hrsg.), Kritik und Erkenntnisfortschritt, 1974, S. 89 ff.

Larenz, Karl / Canaris, Claus-Wilhelm: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin 1995

Larenz, Karl: Richterliche Rechtsfortbildung als methodisches Problem, in: NJW 1965, S. 1 ff.

ders.: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Aufl. Berlin Heidelberg 1983

Lau, Heinrich: Naturrecht und Restauration. Zur Kritik eines Legitimationsmodells in Justiz und Rechtstheorie der Nachkriegszeit, Egelsbach 1994

Lehnen, Dieter: Typus und Rechtsfindung, Berlin 1971

Lerch, Kent D.: Gesetze als Gemeingut aller. Der Traum vom verständlichen Gesetz, in: Kent D. Lerch (Hrsg.), Die Sprache des Rechts, Band 1, Recht verstehen, Berlin 2004, S. 225 ff.

Liebrand, Claudia / Schneider, Irmela: Einleitung, in: Claudia Liebrand/Irmela Schneider (Hrsg.), Medien in Medien. Köln 2002, 9 ff.

Liptow, Jasper: Interpretation, Interaktion und die soziale Struktur sprachlicher Praxis, in: Georg W. Bertram/Jasper Liptow. (Hrsg.), Holismus in der Philosophie. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie, Weilerswist 2002, S. 129 ff.

ders.: Regel und Interpretation. Eine Untersuchung zur sozialen Struktur sprachlicher Praxis, Weilerswist 2004

Lorenzen, Paul / Schwemmer, Oswald: Konstruktive Logik, Ethik und Wissenschaftstheorie, Mannheim u.a. 1973

Löschper, Gabriele: Bausteine für eine psychologische Theorie richterlichen Urteilens, Baden-Baden 1999

Lücke, Jörg: Begründungszwang und Verfassung, Tübingen 1987

Lüderssen, Klaus: Paradoxien im Strafrecht und Strafprozessrecht, in: Rainer Maria Kiesow / Regina Ogorek / Spiros Simitis (Hrsg.), Summa. Dieter Simon zum 70. Geburtstag, Frankfurt/M. 2005, S. 367 ff.

Lueke-Lueken, Geerd: Konsens, Widerstreit und Entscheidung, in: Harald Wohlrapp (Hrsg.), Wege der Argumentationsforschung. Stuttgart 1995, S. 358 ff.

Lueke-Lueken, Geert: Paradigmen einer Philosophie des Argumentierens, in: Geert Lueke-Lueken, (Hrsg.), Formen der Argumentation, Leipzig 2000, S. 13 ff.

- Luhmann, Niklas*: Die Einheit des Rechtssystems, *Rechtstheorie* 14 (1983), S. 129 ff.
- ders.*: The World Society as a Social System, in: Niklas Luhmann, *Essays on Self-Reference*, New York 1990, S. 175 ff.
- ders.*: *Soziologische Aufklärung*. Opladen 1990
- ders.*: *Die Wissenschaft der Gesellschaft*. Frankfurt/M. 1990
- ders.*: *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt/M. 1993
- ders.*: Die Paradoxie des Entscheidens, in: *Verwaltungsarchiv* 84, 1993, S. 287 ff.
- ders.*: *Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?*, Heidelberg 1993
- ders.*: *Die Kunst der Gesellschaft*. Frankfurt/M. 1995
- ders.*: *Die Kunst der Gesellschaft*, Frankfurt/M. 1997
- ders.*: *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Frankfurt/M. 1997
- ders.*: *Konflikt und Recht*, in: Niklas Luhmann, *Ausdifferenzierung des Rechts*, Frankfurt am Main 1999, S. 92 ff.
- ders.*: *Konflikt und Recht*, in: Luhmann., *Ausdifferenzierung des Rechts*, Frankfurt/M. 1999, S. 92 ff.
- ders.*: *Die Politik der Gesellschaft*, Frankfurt/M. 2000
- Lyotard, Jean-Francois*: *Der Widerstreit*, Frankfurt/M. 1987
- Mackensen, Lutz*: *Deutsches Wörterbuch*, 12. Aufl., Birlach 1991
- Maihofer, Werner*: Die Bindung des Richters an Gesetz und Recht, in: *Annales Universitatis Saraviensis, Rechts- und Wirtschaftswissenschaften*, Bd. VIII, 1960, Fasc. 1 / 2, S. 5 ff.
- Marquard, Odo*: Frage nach der Frage, auf die die Hermeneutik die Antwort ist, in: *Odo Marquard, Abschied vom Prinzipiellen*, 1987, S. 117 ff.
- ders.*: Vorwort, in: *Odo Marquard, Abschied vom Prinzipiellen*, 1987, S. 4 ff.
- Martinez, Jenny*: Towards an International Judicial System, *Stanford Law Review* 56 (2003), S. 429 ff.
- Maturana, Humberto R.*: *Erkennen: Die Organisation und Verkörperung von Wirklichkeit*, Braunschweig 1982
- ders. / Varela, Francisco J.*: *Der Baum der Erkenntnis. Ausgewählte Arbeiten zur biologischen Epistemologie*, Braunschweig/Wiesbaden 1987
- Maunz, Theodor / Dürig, Günter / Herzog, Roman / Herdegen, Matthias / Klein, Hans / Scholz, Rupert*: *Kommentar zum Grundgesetz*, München, Loseblatt, Stand 2006 (zitiert: Bearbeiter, in: *Maunz/Dürig*)

Maus, Ingeborg: Zum Regelungsgehalt von Gesetzgebungsmaterialien, in: Jürgen Rüdig (Hrsg.), Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung, Berlin/Heidelberg/New York 1976, S. 369 ff.

dies.: Zur Problematik des Rationalitäts- und Rechtsstaatspostulats in der gegenwärtigen juristischen Methodik am Beispiel Friedrich Müllers, in: Wolfgang Abendroth/Bernhard Blanke/Ulrich K. Preuß u.a., Ordnungsmacht, Frankfurt am Main 1981, S. 153 ff.

dies.: Entwicklung und Funktionswandel der Theorie des bürgerlichen Rechtsstaats, in: Ingeborg Maus, Rechtstheorie und politische Theorie im Industriekapitalismus, 1986, S. 11 ff.

Mayer, Franz C.: Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung. Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts und die Letztentscheidung über Ultra-vires-Akte in Mehrebenensystemen, München 2000

Mayer, Verena: Semantischer Holismus. Eine Einführung, Berlin 1997

dies.: Regeln, Normen, Gebräuche. Reflexionen über Ludwig Wittgensteins "Über Gewissheit", in: Deutsche Zeitschrift für Philosophie 48 (2000), S. 409 ff.

Mayer-Ladewig, Jens/ *Petzold*, Herbert: Die Bindung deutscher Gerichte an Urteile des EGMR. Neues aus Straßburg und Karlsruhe, NJW 2005, 15 ff.

McDowell, John: Wittgenstein on Following a Rule, in: Synthese 58, 1984, S. 325 ff.

ders.: Mind and World, Cambridge, Mass. 1994

Merten, Detlef: Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung, in: DVBL 1975, S. 678 ff.

Moore, George Edward: Eine Verteidigung des Common Sense, in: George Edward Moore, Eine Verteidigung des Common Sense. Fünf Aufsätze, Frankfurt/M. 1969, S. 113 ff.

ders.: Principia Ethica. Erweiterte Ausgabe, Stuttgart 1996

Moore, Michael S.: The Semantics of Judging, in: Southern California Law Review 54 (1981), S. 151 ff.

Müller, Friedrich: Normstruktur und Normativität, Berlin 1966

ders.: Recht – Sprache – Gewalt, Berlin 1975

ders.: Juristische Methodik, 2. Aufl. Berlin 1976

ders.: Juristische Methodik und Politisches System, Berlin 1976

ders.: Rechtsstaatliche Methodik und Politische Rechtstheorie, in: Friedrich Müller, Rechtsstaatliche Form – Demokratische Politik, 1977, S. 271 ff.

ders.: Die Einheit der Verfassung, Elemente einer Verfassungstheorie III, Berlin 1979

- ders.*: Strukturierende Rechtslehre, Berlin 1984
- ders.*: ‚Richterrecht‘. Elemente einer Verfassungstheorie III, Berlin 1986
- ders.*: Richterrecht - rechtstheoretisch formuliert, in: Gert Reinhart (Hrsg.), Richterliche Rechtsfortbildung, Festschrift der Juristischen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität Heidelberg, Heidelberg 1986, S. 65 ff.
- ders.*: Demokratie, Rechtsarbeit, Volksgemurmel, in: Friedrich Müller., Methodik, Theorie, Linguistik des Rechts, Berlin 1997, S. 36 ff.
- ders.*: Essais zur Theorie von Recht und Verfassung. Berlin 1990
- ders.*: Zur Rolle der Präjudizien im modernen kontinentaleuropäischen Recht – ein Beispiel für die Bedingungen demokratischer Steuerung der Gesellschaft durch Normtexte, in: Friedrich Müller, Demokratie in der Defensive, Berlin 2001, S. 19 ff.
- ders.*: Konstitutionalität-Legalität-Legitimität in der rechtsstaatlichen Demokratie, in: Friedrich Müller., Demokratie in der Defensive, Berlin 2001, S. 54 ff.
- ders.*: Demokratie – rechtliche Normtexte in der Virtualität des Rechts, in: Friedrich Müller., Demokratie zwischen Staatsrecht und Weltrecht, Berlin 2003, S. 35 ff.
- ders.* / *Christensen*, Ralph: Juristische Methodik. Band I: Grundlagen. Öffentliches Recht, 9. Aufl., Berlin 2004; 8. Aufl., Berlin 2002
- Müller*, Friedrich / *Christensen*, Ralph: Juristische Methodik. Band II: Europarecht, 2. Aufl., Berlin 2007; 1. Aufl., Berlin 2003
- ders.* / *Christensen*, Ralph / *Sokolowski*, Michael Rechtstext und Textarbeit, Berlin 1997
- Neumann*, Franz: Rechtsstaat, Gewaltenteilung und Sozialismus, in: Mehdi Tohidipur (Hrsg.), Der bürgerliche Rechtsstaat, Bd. 1, 1979, S. 118 f.
- Neumann*, Ulfried: Juristische Argumentationslehre, Darmstadt 1986
- ders.*: Zur Interpretation des forensischen Diskurses in der Rechtsphilosophie von Jürgen Habermas, in: Werner Krawietz / Gerhard Preyer (Hrsg.), System der Rechte, demokratischer Rechtsstaat und Diskurstheorie des Rechts nach Jürgen Habermas, Rechtstheorie, Bd. 27, H. 3, 2. , 2. Aufl., 2004, S. 415 ff.
- Neurath*, Otto: Protokollsätze, in: Erkenntnis 3 (1932/1933), S. 204 ff.
- Ogorek*, Regina: De l’Esprit des légendes oder wie gewissermaßen aus dem Nichts eine Interpretationslehre wurde, in: Rechtshistorisches Journal 2 (1983), S. 277 ff.
- dies.*: Richter, König oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert. Frankfurt am Main 1986

dies.: Die erstaunliche Karriere des Subsumtionsmodells oder wozu braucht der Jurist Geschichte?, in: Cornelius Prittwitz u.a. (Hrsg.), Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002, Baden-Baden 2002, S. 127 ff.

dies.: „Rassenschande“ und juristische Methode: die argumentative Grammatik des Reichsgerichts bei der Anwendung des Blutschutzgesetzes von 1935, in: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 2003, S. 279 ff.

dies.: Metatheoretische Anmerkungen zur Verständnisdebatte, in: Kent D. Lerch (Hrsg.), Die Sprache des Rechts, Band 1, Recht verstehen, Berlin 2004, S. 297 ff.

dies.: Alte Römer und neue Sittlichkeit, in: Eugen Bucher/Claus-Wilhelm Canaris/Heinrich Honsell/Thomas Koller, Norm und Wirkung. Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65. Geburtstag, Bern 2005, S. 573 ff.

Paul, Hermann: Deutsches Wörterbuch. Bedeutungsgeschichte und Aufbau unseres Wortschatzes. 10. Aufl., Tübingen 2002

Pawlowski, Hans-Martin: Einführung in die juristische Methodenlehre, 2. Aufl., Heidelberg 2000

Peltzer, Karl / *von Normann*, Reinhard: Das treffende Wort. Wörterbuch sinverwandter Ausdrücke, o.J., S. 420.

Perels, Joachim: Vorwort, in: Joachim Perels (Hrsg.), Grundrechte als Fundament der Demokratie, 1979, S. 7 ff.

Perez, Oren: Law in the Air: A Prologue to the World of Legal Paradoxes, vervielf. 2004

Peruzzo, Giovanni Guido: Das Problem der implied powers der Organe der Europäischen Gemeinschaften, Marburg 1979

Pfeifer, Wolfgang: Etymologisches Wörterbuch des Deutschen. M-Z, Frank Heidermanns (Hrsg.), 2. Auflage, Berlin 1993, S. 970.

Picker, Eduard: Richterrecht oder Rechtsdogmatik – Alternativen der Rechtsgewinnung? – Teil 2, in: JZ 1988, S. 62 ff.

Pieroth, Bodo / *Schlink*, Bernhard: Grundrechte Staatsrecht II, 22. Aufl., Heidelberg 2006

Pietrek, André U.: Verbindlichkeit von Vorabentscheidungen nach Art. 177 EWGV, Frankfurt/M. 1989

Pitzek, Mitar: Allgemeines einsprachiges Wörterbuch und Wörterbuchtypologie, Linguistik online 3, 2/99.

Pohl, Heike: Rechtsprechungsänderung und Rückanknüpfung, Berlin, 2005

Popper, Karl: Zur Theorie des objektiven Geistes, in Karl Popper Objektive Erkenntnis, Hamburg 1974, S. 172 ff.

- Potacs*, Michael: Auslegung im öffentlichen Recht, Baden-Baden 1994
- Preyer*, Gerhard: Entscheidung – Rechtsgeltung – Argumentation, in: Werner Krawietz / Gerhard Preyer (Hrsg.), System der Rechte, demokratischer Rechtsstaat und Diskurstheorie des Rechts nach Jürgen Habermas, Rechtstheorie, Bd. 27, H. 3, 2. , 2. Aufl., 2004, S. 367 ff.
- Putnam*, Hilary: Die Bedeutung von „Bedeutung“, 2. Aufl., Frankfurt/M. 1990
- ders.*: Repräsentation und Realität. Frankfurt am Main 1991
- ders.*: Wie man zugleich interner Realist und transzendentaler Idealist sein kann, in: Hilary Putnam, Von einem realistischen Standpunkt. Schriften zu Sprache und Wirklichkeit, Reinbek 1993, S. 156 ff.
- Quine*, Willard Van Orman: The Ways of Paradox and Other Essays, Harvard 1979
- ders.*: Zwei Dogmen des Empirismus, in: Willard Van Orman Quine, Von einem logischen Standpunkt. Neun logisch-philosophische Essays, Frankfurt/M./Berlin/Wien 1979, S. 27 ff.
- ders.*: Wort und Gegenstand (Word and Object), Stuttgart 1980, S. 59 ff.
- ders.*: Der Begriff des Gebrauchs und sein bedeutungstheoretischer Stellenwert, in: Willard Van Orman Quine, Theorien und Dinge, Frankfurt/M. 1991, S. 61 ff.
- ders.*: Unterwegs zur Wahrheit. Konzise Einleitung in die theoretische Philosophie. Paderborn/München/Wien/Zürich 1995.
- Rafi*, Anusheh: Kriterien für ein gutes Urteil, Berlin 2004
- Raz*, Joseph: Professor A. Ross and some Legal Puzzles, in: Mind 1972, S. 415 ff.
- Redder*, Angelika: Professionelles Transkribieren, in: Ludwig Jäger/Georg Stanitzek (Hrsg.), Transkribieren. Medien/Lektüre. München 2002, S. 115 ff
- Redeker*, Konrad: Legitimation und Grenzen richterlicher Rechtssetzung, in: NJW 1972, S. 409 ff.
- Reinhardt*, Michael: Konsistente Jurisdiktion, Tübingen 1997
- Riedel*, Manfred: Positivismuskritik und Historismus. Über den Ursprung des Gegensatzes von Erklären und Verstehen im 19. Jahrhundert, in: Jürgen Blühdorn/Joachim Ritter (Hrsg.), Positivismus im 19. Jahrhundert. Beiträge zu seiner geschichtlichen und systematischen Bedeutung. Frankfurt/M. 1971
- Riggert*, Rainer: Die Selbstbindung der Rechtsprechung, Berlin 1993.
- Ritter*, Joachim / *Gründer*, Karlfried: Joachim Ritter / Karlfried Gründer (Hrsg.) Historisches Wörterbuch der Philosophie. Band 7: P – Q, Basel 1989, Sp. 81 ff.
- Robbers*, Gerhard: Gerechtigkeit als Rechtsprinzip. Über den Begriff der Gerechtigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 1980

- Röhl*, Klaus F.: Allgemeine Rechtslehre. Ein Lehrbuch. 2. Aufl., Köln 2001
- Römer*, Peter: Hans Kelsen und das Problem der Verfassungsinterpretation, in: Wolfgang Abendroth/Thomas Blanke/Ulrich K. Preuß (Hrsg.), Ordnungsmacht, Frankfurt am Main 1981, S. 180 ff.
- Rorty*, Richard: Der Spiegel der Natur. Frankfurt/M. 1984
- Ross*, Alf: On Self-Reference and a Puzzle in Constitutional Law, in: Mind 1969, S. 1 ff.
- Rott*, Hans: Unstimmigkeiten: Pragmatistische Gedanken über Bedeutungs- und Meinungsverschiedenheiten, in: André Fuhrmann/Eric J. Olsson (Hrsg.), Pragmatisch denken, Frankfurt/Lancaster 2004, S. 295 ff.
- Rottleuthner*, Hubert: Hermeneutik und Jurisprudenz, in: Hans-Joachim Koch (Hrsg.), Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie, Kronberg/Ts. 1976, S. 7 ff, 10 ff.
- Russell*, Bertrand: Knowledge by Acquaintance and Knowledge by Description in: Proceedings Aristotelian Society XI (1910), S. 108 ff.
- ders.*: Unser Wissen von der Außenwelt, Leipzig 1926
- ders.*: Philosophie. Die Entwicklung meines Denkens, Frankfurt/M. 1992
- Rüßmann*, Helmut: Möglichkeiten und Grenzen der Gesetzesbindung, in: Robert Alexy/Hans-Joachim Koch/Lothar Kuhlen/Helmut Rüßmann, Elemente einer juristischen Begründungslehre, Baden-Baden 2003, S. 135 ff.
- Rüthers*, Bernd: Unbegrenzte Auslegung, Tübingen 1968
- ders.*: Entartetes Recht, 2. Aufl. München 1989
- ders.*: Rechtstheorie, München 1999
- Sachs*, Michael (Hrsg.): Kommentar zum Grundgesetz, 3. Aufl. München 2003
- Savigny*, Carl-Friedrich von: System des heutigen römischen Rechts, I, Berlin 1840
- ders.*: Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Heidelberg 1840
- Savigny*, Eike von: Die Philosophie der normalen Sprache, Frankfurt/M. 1980
- ders.*: Der Mensch als Mitmensch, München 1996
- Schäfer*, Klaus: Paradox, in: Hermann Krings /Hans Michael Baumgartner / Christoph Wild (Hrsg.), Handbuch philosophischer Grundbegriffe. Band II, Gesetz – Relation, München 1973, S. 1051 ff.
- Schalk*, Helge: Umberto Eco und das Problem der Interpretation. Würzburg 2000, S. 176 ff.
- Schiffauer*, Peter: Wortbedeutung und Rechtserkenntnis, Berlin 1979

- Schima*, Bernhard: Zur Wirkung von Auslegungsentscheidungen des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften, in: Birgit Feldner/Nikolaus Forgó (Hrsg.), Norm und Entscheidung, 2000, S. 280 ff.
- Schlaich*, Klaus / *Korioth*, Stefan: Das Bundesverfassungsgericht, 6. Aufl., München 2004
- Schlick*, Moritz: Wissenschaftliche Weltanschauung - Der Wiener Kreis, Wien 1929.
- Schlink*, Bernhard: Juristische Methodik zwischen Verfassungstheorie und Wissenschaftstheorie, in: Rechtstheorie 1976, S. 94 ff.
- ders.*: Bemerkungen zum Stand der Methodendiskussion und der Verfassungsrechtswissenschaft, in: Der Staat 1980, S. 73 ff.
- Schmidt*, Siegfried J.: Beiträge in: Siegfried J. Schmidt (Hrsg.), Der Diskurs des Radikalen Konstruktivismus, Frankfurt/M. 1987.
- ders.*: Kognitive Autonomie und soziale Orientierung. Konstruktivistische Bemerkungen zum Zusammenhang von Kognition, Kommunikation, Medien und Kultur. Frankfurt/M. 1994
- Schmidt-Räntsch*, Günther: Deutsches Richtergesetz, Kommentar, 4. Aufl., München 1988
- Schnädelbach*, Herbert: Sozialpragmatischer Idealismus. Bemerkungen zu Robert B. Brandoms Expressive Vernunft, in: Allgemeine Zeitschrift für Philosophie 2 (2004), S. 177 ff.
- Schneider*, Hans-Peter: Eigenart und Funktion der Grundrechte im demokratischen Verfassungsstaat, in: Joachim Perels (Hrsg.), Grundrechte als Fundament der Demokratie, Frankfurt/M. 1979, S. 11 ff.
- Schock*, Friedrich: Individualrechtsschutz im deutschen Umweltrecht unter dem Einfluss des Gemeinschaftsrechts, in: NVwZ 1999, S. 457 ff.
- Scholz*, Oliver Robert: Wittgensteins Holismen: Sätze, Sprachspiele, Lebensformen, in: Philosophiegeschichte und logische Analyse 4 (2001), S. 173 ff.
- ders.*: Sinn durch Einbettung. Von Frege zu Wittgenstein, in: Georg W. Bertram/Jasper Liptow, Holismus in der Philosophie. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie, Weilerswist 2002, S. 168 ff.
- Schroth*, Ulrich: Zur Theorie und Praxis subjektiver Auslegung in Strafrecht, Berlin 1983
- Schünemann*, Hans-Wilhelm: Sozialwissenschaften und Jurisprudenz, München 1976
- Schwacke*, Peter: Juristische Methodik, 4. Aufl., Stuttgart 2003

- Seel*, Martin: Für einen Holismus ohne Ganzes, in: Georg W. Bertram/Jasper Liptow (Hrsg.), *Holismus in der Philosophie. Ein zentrales Motiv der Gegenwartphilosophie*, Weilerswist 2002, S. 30 ff.
- Seibert*, Thomas-Michael: *Zeichen, Prozesse. Grenzgänge zur Semiotik des Rechts*, Berlin 1996
- ders.*: *Gerichtsrede: Wirklichkeit und Möglichkeit im forensischen Diskurs*, Berlin 2004
- Sellars*, Wilfrid: *Der Empirismus und die Philosophie des Geistes*, Paderborn 1999
- Selmann*, Kurt: *Rechtsphilosophie*, 2. Aufl., München 2001
- Sendler*, Horst: Richterrecht - rechtstheoretisch und rechtspraktisch, in: NJW 1987, S. 3240 ff.
- Serres*, Michel: *Der Parasit*. Frankfurt am Main 1981.
- Shieh*, Sanford: Some senses of holism: An anti-realist's guide to Quine, in: Bob Hale/Crispin Wright (Hrsg.), *Language, Thought and Logic. Essays in Honour of Michael Dummett*, Oxford 1997, S. 71 ff.
- Simon*, Dieter: *Die Unabhängigkeit des Richters*, Darmstadt 1975
- Simon*, Josef: *Philosophie des Zeichens*, Berlin 1989
- Smend*, Rudolf: *Verfassung und Verfassungsrecht (1928)*, in: Rudolf Smend, *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, 2. Aufl. Berlin 1968, S. 119 ff.
- Sohm*, Rudolph: *Institutionen. Geschichte und System des römischen Privatrechts*, 17. Aufl., Leipzig 1926
- Somek*, Alexander: *Der Gegenstand der Rechtserkenntnis. Epitaph eines juristischen Problems*, Baden-Baden 1996
- ders.* / *Forgó* Nikolaus: *Nachpositivistisches Rechtsdenken. Inhalt und Form des positivem Rechts*, Wien 1996
- Spencer-Brown*, George: *Gesetze der Form*, Lübeck 1997
- Stanitzek*, Georg: *Transkribieren. Medien/Lektüre: Einführung*, in: Ludwig Jäger/Georg Stanitzek (Hrsg.), *Transkribieren. Medien/Lektüre*. München 2002, S. 7 ff.
- Starck*, Christian: *Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung*, in: VVD-StRL 34 (1975), S. 43 ff.
- Starck*, Christian / *von Mangoldt*, Hermann u.a. (Hrsg.) *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, 4. Aufl., München 2001
- Stekeler-Weithofer*, Pirmin: *Bedeutung und Weltbezug. Inferentielle Semantik bei Wittgenstein, Davidson und Brandom*, in: Georg W. Bertram/Jasper

Liptow (Hrsg.), Holismus in der Philosophie. Ein zentrales Motiv der Gegenwartphilosophie, Weilerswist 2002, S. 94 ff.

ders.: Sind Sprechen und Verstehen ein Regelfolgen?, in: Sybille Krämer/Ekkehard König (Hrsg.), Gibt es eine Sprache hinter dem Sprechen?, Frankfurt/M. 2002, S. 190 ff.

ders.: Brandoms pragmatistische Theorie der Bedeutung, in: André Fuhrmann/Erik J. Olsson (Hrsg.), Pragmatisch denken, Frankfurt / Lancaster 2004, S. 35 ff.

ders.: Wir halten das Banner der Wahrheit. Zu Herbert Schnädelbachs Lektüre von Brandom, Hegel und anderen ‚Idealisten‘, in: Allgemeine Zeitschrift für Philosophie 2 (2004), S. 177 ff.

Stötzel, Georg: Semantische Kämpfe im öffentlichen Sprachgebrauch, in: Gerhard Stickel (Hrsg.), Deutsche Gegenwartssprache. Tendenzen und Perspektiven. Jahrbuch 1989 des Instituts für Deutsche Sprache. Berlin 1990, S. 45 ff.

Stolleis, Michael: Im Namen des Gesetzes, Berlin 2004

Strauch, Hans-Joachim: Rechtsprechungstheorie. Richterliche Rechtsanwendung und Kohärenz, in: Kent D. Lerch (Hrsg.), Recht verhandeln. Argumentieren, Begründen und Entscheiden im Diskurs des Rechts. Die Sprache des Rechts, Band 2, Berlin / New York 2005, S. 478 ff.

Strauss, Anselm: Spiegel und Masken. Die Suche nach Identität. Frankfurt/M. 1974

Stüber, Kathrin: Donald Davidsons Theorie sprachliche Verstehens, Frankfurt/M. 1993

Svensson, Roswitha: Schöpferische Rechtsanwendung als Realisierung der sozialistischen Gesetzlichkeit, in: Karl A. Mollnau (Hrsg.), Die eigenverantwortlich-schöpferische Komponente in der Rechtsanwendung und ihr Einfluß auf die gesellschaftliche Wirksamkeit des sozialistischen Rechts, 1986, S. 348 ff.

Tarski, Alfred: Die semantische Konzeption der Wahrheit und die Grundlagen der Semantik, in: Johannes Sinnreich (Hrsg.), Zur Philosophie der idealen Sprache: Texte von Quine, Tarski, Martin, Hempel und Carnap, München 1972, S. 53 ff.

Terhechte, Jörg Philipp: Zu den rechtsphilosophischen Grundlagen der ökonomischen Analyse des Rechts und den Critical Legal Studies, in: Marc Bungenberg u.a. (Hrsg.), Recht und Ökonomik – 44. Assistententagung Öffentliches Recht (Jena 2004), München 2004, S. 91 ff.

Teubner, Gunther: Der Umgang mit Rechtsparadoxien: Derrida, Luhmann, Wiethölter, in: Christian Joerges / Gunther Teubner (Hrsg.), Rechtsverfassungsrecht: Recht-Fertigungen zwischen Sozialtheorie und Privatrechtsdogmatik, Baden-Baden 2003, S. 249 ff.

- ders.*: Rights of Non-humans? Actors Between Science, Law and Society, in: Alfons Bora/Alain Pottage (Hrsg.) Normativities: Law, Science and "Society", 2006, i.E.
- ders.*: Die anonyme Matrix: Menschenrechtsverletzungen durch "private" transnationale Akteure, in: Der Staat 2006, i.E.
- Tietz*, Udo: Normen, Regeln und Interpretationen. Robert Brandoms Projekt einer pragmatischen Theorie der Rationalität – Zwei antinormativistische Einwände und ein Vorschlag zur Güte; in: Udo Tietz, Vernunft und Verstehen. Perspektiven einer integrativen Hermeneutik, Berlin 2004, S. 325 ff.
- Toth*, Akos G.: The Authority of Judgements of the European Court of Justice: Binding Force and Legal Effects, in: Yearbook of European Law 4 (1984), S. 1 ff.
- Unruh*, Georg-Christoph von: Richteramt und politisches Mandat, 1971
- Vogel*, Thilo: Zur Praxis und Theorie der richterlichen Bindung an das Gesetz im gewaltenteilenden Staat, Berlin 1969
- Vuillemin*, Jules: On Duhem's and Quine's Thesis, in: Erkenntnis 9 (1979), S. 69 ff.
- Waldner*, Wolfram: Der Anspruch auf rechtliches Gehör, 2. Aufl., Köln 2000
- Wagenländer*, Georg: Zur strafrechtlichen Beurteilung der Rettungsfolter, Berlin 2006
- Wank*, Rolf: Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 1978
- ders.*: Objektsprache und Metasprache – Geltungsprobleme bei Verfassungen und Rechtsgeschäften, in: Rechtstheorie 1982, S. 465 ff.
- ders.*: Die juristische Begriffsbildung, Berlin 1985
- Wassermann*, Rudolf (Hrsg.): Alternativkommentar zum Grundgesetz. Band II: Art. 38-146 GG, 2. Aufl., 1989
- Weber*, Samuel: Transkribieren und „Einsprachigkeit“, in: Claudia Liebrand/Irmela Schneider (Hrsg.), Medien in Medien. Köln 2002, S. 129 ff.
- Wellmer*, Albrecht: Zur Dialektik von Moderne und Postmoderne. Vernunftkritik nach Adorno, in: Albrecht Wellmer, Zur Dialektik von Moderne und Postmoderne, Frankfurt/M. 1985, S. 48 ff.
- Welsch*, Wolfgang: Hegel und die analytische Philosophie, in: Kritisches Jahrbuch der Philosophie, 8 (2003), S. 11 ff.
- Werber*, Niels: Medien in Medien der Weltgesellschaft. Programmatische Tendenzen im Medien- und Kommunikationsbegriff der Systemtheorie, in: Claudia Liebrand/Irmela Schneider (Hrsg.), Medien in Medien. Köln 2004, S. 106 ff.
- Werle*, Gerhard: Justizstrafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im Nationalsozialismus, Berlin 1989

Wetzel, Michael: Unter Sprache – Unter Kulturen. Walter Benjamins „Interlinearversion“ des Übersetzens als Inframedialität, in: Claudia Liebrand/Irmela Schneider (Hrsg.), *Medien in Medien*. Köln 2002, S. 154 ff.

Wiegand, Herbert Ernst: Was ist eigentlich ein Lemma? Ein Beitrag zur Theorie der lexikographischen Sprachbeschreibung, in: Herbert Ernst Wiegand (Hrsg.), *Studien zur neuhochdeutschen Lexikographie III*, Berlin/New York 1983, S. 401 ff.

ders.: Die lexikographische Definition im allgemeinen einsprachigen Wörterbuch, in: Franz Josef Hausmann/Oskar Reichmann/ Herbert Ernst Wiegand/Ladislav Zgusta (Hrsg.), *Wörterbücher. Ein internationales Handbuch zur Lexikographie. Handbücher zur Sprach- und Kommunikationswissenschaft, Band 5.1*, Berlin/New York 1989, S. 530 ff.

ders.: Über die gesellschaftliche Verantwortung der wissenschaftlichen Lexikographie, in: *Journal of Linguistics* 18, 1997, S. 177 ff.

Wiethölter, Rudolf: Recht-Fertigungen eines Gesellschafts-Rechts, in: Christian Joerges/Gunther Teubner (Hrsg.), *Rechtsverfassungsrecht. Recht-Fertigung zwischen Privatrechtsdogmatik und Gesellschaftstheorie*, Baden-Baden 2003, S. 13 ff.

Wilburg, Walter: *Entwicklung eines beweglichen Systems im Bürgerlichen Recht*, Graz 1951

Wildhaber, Luzius: Schelte aus Europa Seite. Gespräch mit dem Präsidenten des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, *Der Spiegel* 47/2004, 50 ff.

Wimmer, Rainer: *Gebrauchsweisen sprachlicher Ausdrücke*, in: Hans Jürgen Heringer/Günther Öhlschläger/Bruno Strecker/Rainer Wimmer, *Einführung in die praktische Semantik*. Heidelberg 1977, S. 24.

ders.: *Referenzsemantik*, Tübingen 1979

ders.: *Einstellungen zu Normen aus sprachlicher Sicht*, in: Bodo Pieroth/Ralph Christensen (Hrsg.), *Festschrift für Friedrich Müller*, Berlin 2008, im Erscheinen

Winkler, Hartmut: *Diskursökonomie*, Frankfurt/M. 2004

Wittgenstein, Ludwig: *Philosophische Untersuchungen*, Frankfurt/M. 1971.

ders.: *Tractatus logico-philosophicus. Logisch-philosophische Abhandlung*. Werkausgabe Bd. 1, Frankfurt/M. 1984

ders.: *Philosophische Untersuchungen*. Werkausgabe Bd. 1, Frankfurt/M. 1984

ders.: *Philosophische Bemerkungen*. Werkausgabe Bd. 2. Frankfurt/M. 1984.

ders.: *Wittgenstein und der Wiener Kreis*. Werkausgabe Bd. 3, Frankfurt/M. 1984

ders.: *Das Blaue Buch*. Werkausgabe Bd. 5, Frankfurt/M. 1984.

ders.: Bemerkungen über die Grundlagen der Mathematik. Werkausgabe Bd. 6, Frankfurt/M. 1984

ders.: Über Gewissheit. Werkausgabe Bd. 8, Frankfurt/M. 1984.

ders.: Wittgenstein und der Wiener Kreis. Werkausgabe Bd. 3, Frankfurt/M. 1984.

Witthohn, Hauke: Gewohnheitsrecht als Eingriffsermächtigung, Baden-Baden 1997

Wohlrapp, Harald: Argumentative Geltung, in: Harald Wohlrapp, (Hrsg.), Wege der Argumentationsforschung, Stuttgart/Bad-Cannstatt 1995, S. 280 ff.

ders.: Die diskursive Tendenz, in: Harald Wohlrapp (Hrsg.), Wege der Argumentationsforschung. Stuttgart 1995, 395 ff.

Wolski, Werner: Das Lemma und die verschiedenen Lemmatypen, in: Handbücher zur Sprach- und Kommunikationswissenschaft, Band 5.1, Berlin/New York 1989, S. 360 ff.

Zenklusen, *Stefan*: Adornos Nichtidentisches und Derridas *différance*, Berlin 2002

Zippelius, Reinhold: Der Typenvergleich als Instrument der Gesetzesauslegung, in: Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 2, 1972, S. 482 ff.

ders.: Juristische Methodenlehre, 4. Aufl., München 1985

ders.: Juristische Methodenlehre, 6. Aufl., München 1994

Zumbansen, Peer: Globalization and the Law: Deciphering the Message of Transnational Human Rights Litigation, German Law Journal 5 (2004), 1499 ff.