



This text is a preprint of:

**Ralph Christensen/Hans Kudlich, Das Problem der Rechtsquelle medientheoretisch präzisiert, in: Ralph Christensen/Bodo Pieroth, Rechtstheorie und rechtspraktische Absicht, Freundesgabe zum 70. Geburtstag von Friedrich Müller, Duncker & Humblot, Berlin 2008, S. 57 – S. 73.**

All rights reserved.

This pdf document provided by SOULL can be cited as:

**Christensen, Ralph/Kudlich, Hans (2008): "Das Problem der Rechtsquelle medientheoretisch präzisiert" In: SOULL – Sources of Language and Law, <https://legal-linguistics.net> (originally published in: Ralph Christensen/Bodo Pieroth, Rechtstheorie und rechtspraktische Absicht, Freundesgabe zum 70. Geburtstag von Friedrich Müller, Duncker & Humblot, Berlin (2008): S. 57 – S. 73.)**

## Das Problem der Rechtsquelle medientheoretisch präzisiert

Ein Bild, so belehrt uns der Volksmund, sagt mehr als tausend Worte: „Wenn wir nun fragen, inwieweit Recht aus vorgefundener Sprache entstehe, treffen wir auf den schönen Begriff der ‚Rechtsquelle‘. Die Quelle ist der Ort, aus dem das im Berg schon vorhandene Wasser sprudelt, an dem das bisher nicht Greifbare mit Händen aufgenommen und getrunken werden kann. Diese Quelle, die das Lebensmittel Wasser spendet, sucht der Mensch zu fassen, in eine Form zu bringen, die kein Wasser verloren gehen lässt, seine Klarheit und Sauberkeit sichert, dem Menschen beim Schöpfen des Wassers den Zugang erleichtert, vor allem aber das Versiegen der Quelle verhindert. Denn Wasser – das Recht – wird also an der Quelle nicht geschaffen, sondern sichtbar gemacht.“<sup>1</sup>

Metaphern spielen in der Wissenschaft oft eine zentrale Rolle, die man nicht bemerkt. Ihre Analyse ist nützlich, weil solche grundlegenden Bilder Perspektiven eröffnen oder versperren. Die Rechtsquelle ist eine dieser Metaphern. Die

---

<sup>1</sup>Paul Kirchhoff, Dankesrede für den Jacob-Grimm-Preis, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 23.11.2005, S. 43.

Logik des Bildes setzt das Recht mit dem Wasser gleich. Wenn man nur die Quelle und den dahinter liegenden Berg betrachtet, ist das Entscheiden freilich ein beschaulicher Vorgang. Man muss nur sauber aufnehmen, was ohnehin vorgegeben ist. So wie das schon im Berg fließende Wasser geschöpft werden kann, ist die Rechtsprechung nur die Abbildung eines in der Sprache des Gesetzes vorgegebenen Bedeutungsgegenstands. Wenn man dagegen den reißenden Strom der Argumentation betrachtet, auf dem der Richter versucht, das trunkene Schiff des Verfahrens zu steuern, hat Entscheiden als verzweifelte Improvisation mit der Quelle so gut wie nichts zu tun.

Beide Lesarten verkürzen die Logik des Bildes. Natürlich entsteht, wie Kirchhoff hervorhebt, das Wasser nicht in der Quelle. Aber es entsteht auch nicht im Berg. Es bildet vielmehr einen Kreislauf und ist damit nicht Substanz, sondern Prozess. Diese Logik muss man für die im Rechtssystem erzeugte Normativität nutzen. Normativität ist keine Substanz, die in der Sprache vorgegeben ist und abgebaut werden kann wie Bodenschätze in der Erde. Sie ist vielmehr ein praktischer Prozess als ein sich selbst stabilisierendes System. In der Logik dieses Bildes wäre der Normtext der Ausgangspunkt, welcher über den Strom der Argumente im Verfahren seine Bedeutung erhält und dann als mitgebrachte Verwendungsweisen auf weitere künftige Verfahren einwirkt.

## I. Das Abbilden der Rechtsquelle in der Entscheidung

Herkömmlich fasst man den Bezug zur Rechtsquelle als Gegenstandserkenntnis. Damit wird die Praxis auf den „Spiegel der Natur“ reduziert. Beobachtung ist dann abbildender 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.<sup>2</sup>

Auslegen wird von der Literatur dabei als Erkennen des normativen Gehalts von geschriebenen Rechtsvorschriften verstanden.<sup>3</sup> „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 daily life and practice.“<sup>4</sup> Dies soll jedoch keinerlei Rechtschöpfung im Sinne einer

---

<sup>2</sup>Vgl. etwa *F. Schock*, Individualrechtsschutz im deutschen Umweltrecht unter dem Einfluss des Gemeinschaftsrechts, in: *NVwZ* 1999, S. 457 ff., 459 m.w.N.

<sup>3</sup>Vgl. *L.-J. Constantinesco*, Das Recht der Europäischen Gemeinschaften, Band I: Das institutionelle Recht, 1977, S. 808, sowie *R. Bernhardt*, Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge, insbesondere in der neueren Rechtsprechung internationaler Gerichte, in: *ZaöRV* 49 (1963), S. 1 ff., 17; *J. Blank*, Europäische Fusionskontrolle im Rahmen der Art. 85, 86 des EWG-Vertrages, 1991, S. 89.

<sup>4</sup>*M. Bos*, Theory and practice of treaty interpretation, in: *NILR* 27 (1980), S. 3 ff., 15. Weiter auch *G. G. Peruzzo*, Das Problem der implied powers der Organe der Europäischen Gemeinschaften, 1979, S. 39.

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.“<sup>5</sup> 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.“<sup>6</sup>

Demnach richtet sich also 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 dem Text im Wege 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 Zeichenverbindungen, die den Wortlaut bilden, Bezeichnete.“<sup>7</sup> Die Rede vom „Bezeichneten“ ist hier verräterisch. Sie zeigt, dass sich diese Position schon selbst hintergangen hat.

---

<sup>5</sup> *Jochen Anweiler*, Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, Frankfurt am Main 1997, S. 52.

<sup>6</sup> *Carsten Buck*, Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft, Frankfurt am Main 1998, S. 29, unter ausdrücklichem Bezug auf den Ansatz bei *K. Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft. 3. Aufl., Berlin u.a. 1995. Zum Problem im Engeren auch *K. Larenz*, Richterliche Rechtsfortbildung als methodisches Problem, in: Neue Juristische Wochenschrift 1965, S. 1 ff.

<sup>7</sup> *Jochen Anweiler*, Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, Frankfurt am Main 1997, S. 26.

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.

## II. Die Beobachtung der Beobachtung im Recht

1. Beheimatet ist die Unterscheidung zwischen dem Beobachter erster und dem zweiter Ordnung in der Systemtheorie und dem Konstruktivismus.<sup>8</sup> 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. 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 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 passiven Reflexes. Vielmehr schaffen wir durch die Beobachtung unsere Welt und in der zweiten Ordnung dann natürlich ganz

---

<sup>8</sup>Siehe zur Systemtheorie *N. Luhmann*, Soziologische Aufklärung. Opladen 1990; *N. Luhmann*, Die Kunst der Gesellschaft, Frankfurt/M. 1997; *N. Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, Frankfurt/M. 1997. Luhmann schließt mit dem Konzept des Beobachters an an *G. Spencer Brown*, Gesetze der Form, Lübeck 1997. Zum Konstruktivismus *H. Maturana*, Erkennen: Die Organisation und Verkörperung von Wirklichkeit, Braunschweig 1982; sowie die Arbeiten in: *H. R. Maturana/F. J. Varela*, Der Baum der Erkenntnis. Ausgewählte Arbeiten zur biologischen Epistemologie, Braunschweig/Wiesbaden 1987. Weiter auch *S. J. Schmidt*, Kognitive Autonomie und soziale Orientierung. Konstruktivistische Bemerkungen zum Zusammenhang von Kognition, Kommunikation, Medien und Kultur. Frankfurt/M. 1994; *E. von Glasersfeld*, Radikaler Konstruktivismus. Ideen, Ergebnisse, Probleme, Frankfurt/M. 1997. Zum Ursprung des Konzepts auch in der Kybernetik *H. von Foerster*, Observing Systems, Seaside 1981; *ders.*, Sicht und Einsicht. Versuche zu einer operativen Erkenntnistheorie, Braunschweig/Wiesbaden 1985.

entsprechend auch uns selbst als diejenigen, die in dieser Welt sind. Traditionell könnte man schlicht sagen, wir machen so in jeder Hinsicht Sinn.<sup>9</sup>

2. 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.<sup>10</sup> 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 somit 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 klassischen „alteuropäischen“ Paradoxien wie etwa in das des verlogenen Kreters.<sup>11</sup> 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 beim Sehen sieht, sondern schlicht wahrnimmt.<sup>12</sup> Der Beobachter „besteht“ also in nichts anderem

<sup>9</sup>Dazu *N. Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, Frankfurt/M. 1997, S. 46 ff.

<sup>10</sup>Eingehender zu Systemtheorie und Sprache M. Hafen, Systemtheorie als Sprachtheorie, unter: [www.fen.ch/texte/mh\\_sprache.pdf](http://www.fen.ch/texte/mh_sprache.pdf).

<sup>11</sup>Vgl. *M. 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>.

<sup>12</sup>Diese Figurierung des „Gesichtsfeldes“ im Übrigen schon bei *L. Wittgenstein*, Tractatus logico-philosophicus. Logisch-philosophische Abhandlung. Werkausgabe Band 1, Frankfurt/M. 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

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“.

3. 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.<sup>13</sup> Wohlgermerkt: In ihrem Vollzug bemerkt sie selbst sich nicht. Es bedarf dazu wiederum der Beobachtung und das heißt, dem Vollzug 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 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 Beobachter auf den Plan tritt. Für den Beobachter zweiter Ordnung gilt dabei dasselbe wie für den erster Ordnung. Er unterscheidet 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

---

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>.

<sup>13</sup>Natürlich handelt es sich dabei, wie Luhmann selbst sagt, um einen „extrem formalen Begriff des Beobachtens“. *N. Luhmann*, *Soziologische Aufklärung*. Opladen 1990, S. 73.

nur gegen das umgebende Dunkel abzusetzen.

4. 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 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.<sup>14</sup> Ein Gericht wie der EuGH „sieht“ das im Übrigen, wenn etwa das in der Rechtssache „Humblet“<sup>15</sup> 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.“<sup>16</sup> Ansonsten ist das Gerechtigkeits- oder Billigkeitsargument<sup>17</sup> 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. Jede Beobachtung der Verfertigung von Recht kann selbst wieder nur Recht als diese Beobachtung verfertigen.

5. 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. Diejenige Beobachtung der ersten Ordnung schafft durch die Unterscheidung, die sie setzt, die Welt, in die diese

<sup>14</sup>Dazu R. Christensen/M. Sokolowski, Die Krise der Kommunikation und die Möglichkeit juristischen Argumentierens, i.Vorb.

<sup>15</sup>EuGH Slg. 1960, S. 1163 ff. (Humblet/Belgischen Staat).

<sup>16</sup>EuGH Slg. 1960, S. 1163 ff., 1196 f. (Humblet/Belgischen Staat).

<sup>17</sup>Vgl. 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).

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.“<sup>18</sup> 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.<sup>19</sup> 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.

### III. Das Fortbilden der Rechtsquelle im Verfahren

1. Eine Abbildung der Rechtsquelle in der Entscheidung ist nicht möglich. Jeder Praktiker wird sofort bestätigen, dass die Erkenntnis des Rechts aus dem Text des Gesetzes nicht funktioniert. Dazu braucht man ein ganzes Verfahren und

<sup>18</sup> *Th. M. 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 Foersterns bezieht. Siehe *H. von Foerster*, Das Konstruieren einer Wirklichkeit, in: *P. Watzlawick* (Hrsg.): *Die erfundene Wirklichkeit. Wie wissen wir, was wir zu wissen glauben?*, München/Zürich 1985, S. 37 ff.; sowie *H. von Foerster*, Über das Konstruieren von Wirklichkeiten, in: *ders.*, *Wissen und Gewissen. Versuch einer Brücke*, Frankfurt/M. 1993, S. 25 ff.

<sup>19</sup> Dazu *S. J. Schmidt*, *Kognitive Autonomie und soziale Orientierung*, Frankfurt/M. 1994; sowie die Beiträge in: *ders.* (Hrsg.), *Der Diskurs des Radikalen Konstruktivismus*, Frankfurt/M. 1987.

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. Normativität verschwindet dann als Substanz, wird aber sichtbar als Prozess.

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 Fallersählungen, 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.

2. 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 Rechtsanwendung medientheoretisch fortzuentwickeln.

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.<sup>20</sup> 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, und 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.<sup>21</sup> Grundlegende Bedeutung hat der Begriff aber vor allem in der Linguistik gewonnen: Während in der Phonetik damit die Übertragung einer Schreibung oder eines Phonems in eine andere als die ursprüngliche bzw. der jeweiligen Sprache entsprechenden 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 Sprachanalyse“<sup>22</sup> das Verfahren der „halbinterpretativen Arbeitstranskription“ (HIAT) entwickelt.<sup>23</sup> 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.<sup>24</sup>

3. Die Idee der Transkriptivität wird in der Medientheorie gegenüber der linguistischen Gesprächsanalyse generalisiert: Transkriptionen sollen nicht einfache Umsetzung in der Form sein, sondern produktiv den Text reformulieren. Dabei ist

---

<sup>20</sup>Dazu *Georg Stanitzek*, Transkribieren. Medien/Lektüre: Einführung, in: *Ludwig Jäger/Georg Stanitzek* (Hrsg.), Transkribieren. Medien/Lektüre. München 2002, 7 ff.; *Ludwig Jäger*, Transkriptivität. Zur medialen Logik der kulturellen Semantik, in: *Ludwig Jäger/Georg Stanitzek* (Hrsg.), Transkribieren. Medien/Lektüre. München 2002, 19 ff.

<sup>21</sup>*Sybille Krämer*, Was haben ‚Performativität‘ und ‚Medialität‘ miteinander zu tun?, in: dies. (Hrsg.), Medien, Computer, Realität. Wirklichkeitsvorstellungen und Neue Medien, Frankfurt am Main 1998, S. 9 ff., 25. Dazu hier *Georg Stanitzek*, Transkribieren. Medien/Lektüre: Einführung, in: *Ludwig Jäger/Georg Stanitzek* (Hrsg.), Transkribieren. Medien/Lektüre. München 2002, 7 ff.; *Ludwig Jäger*, Transkriptivität. Zur medialen Logik der kulturellen Semantik, in: *Ludwig Jäger/Georg Stanitzek* (Hrsg.), Transkribieren. Medien/Lektüre. München 2002, 19 ff. Als Quelle zu Folgendem <http://de.wikipedia.org/wiki/Transkription>, samt Weiterweisen.

<sup>22</sup>*Angelika Redder*, Professionelles Transkribieren, in: *Ludwig Jäger/Georg Stanitzek* (Hrsg.), Transkribieren. Medien/Lektüre. München 2002, 115 ff., 115.

<sup>23</sup>Siehe *Konrad Ehlich/Jochen Rehbein*, Halbinterpretative Arbeitstranskription (HIAT), in: *Linguistische Berichte* 45 (1976), 21 ff. Dazu *Angelika Redder*, Professionelles Transkribieren, in: *Ludwig Jäger/Georg Stanitzek* (Hrsg.), Transkribieren. Medien/Lektüre. München 2002, 115 ff., 129 ff.

<sup>24</sup>Zu diesen Momenten des wissenschaftlichen Transkriptionsbegriffes *Angelika Redder*, Professionelles Transkribieren, in: *Ludwig Jäger/Georg Stanitzek* (Hrsg.), Transkribieren. Medien/Lektüre. München 2002, 115 ff., 115.

aber die Transkription als die Inszenierung von Sinn nicht vollkommen autonom; vielmehr wird sie an dem Anspruch gemessen, gerade diesen Ausgangspunkt zu artikulieren. Vorderhand 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“.<sup>25</sup> Dadurch verweist ein Medium aus sich heraus. Das Transkribieren vermag diesen Verweis aufzunehmen und zu vollziehen. Die Transkriptionsprozesse haben dabei den Charakter einer Transponierung<sup>26</sup> oder einer Übersetzung.<sup>27</sup> 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.<sup>28</sup> 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.

Bedeutungserschließung ist daher auf transkriptive Verfahren angewiesen, die es erlauben, „Projektionen aus dem Modus der Unbestimmtheit beziehungsweise Unlesbarkeit in den der Lesbarkeit zu versetzen.“<sup>29</sup> Dieser Vorgang wird durch die Reflexivität von Sprache ermöglicht. 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.“<sup>30</sup> Zu einem Ausdruck werden solche „Gegenstände“ dabei überhaupt erst durch die Annahme einer Lesbarkeit,<sup>31</sup> 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“.<sup>32</sup> So stellt die

<sup>25</sup> *Claudia Liebrand/Irmela Schneider*, Einleitung, in: *dies.* (Hrsg.), *Medien in Medien*. Köln 2002, 9 ff., 9.

<sup>26</sup> So 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.

<sup>27</sup> Dazu ausführlich *Michael Wetzel*, *Unter Sprache – Unter Kulturen*. Walter Benjamins „Interlinearversion“ des Übersetzens als Inframedialität, in: *Claudia Liebrand/Irmela Schneider* (Hrsg.), *Medien in Medien*. Köln 2002, 154 ff.

<sup>28</sup> Dazu *Ludwig Jäger*, *Transkriptionen: inframedial*, in: *Claudia Liebrand/Irmela Schneider* (Hrsg.), *Medien in Medien*. Köln 2002, 123 ff.; sowie ausführlich *Samuel Weber*, *Transkribieren und „Einsprachigkeit“*, in: *Claudia Liebrand/Irmela Schneider* (Hrsg.), *Medien in Medien*. Köln 2002, 129 ff.

<sup>29</sup> *Claudia Liebrand/Irmela Schneider*, Einleitung, in *Liebrand/Schneider* (Hrsg.), *Medien in Medien* Köln 2002, 9 ff., 10.

<sup>30</sup> *Georg Stanitzek*, *Transkribieren. Medien/Lektüre: Einführung*, in: *Ludwig Jäger/Georg Stanitzek* (Hrsg.), *Transkribieren. Medien/Lektüre*. München 2002, 7 ff.; 8.

<sup>31</sup> Sonst werden sie als Unsinn abgetan. Vgl. dazu *Oliver Jahraus*, *Systemtheorie, Dekonstruktion und Medientheorie*, Wien 2001, 113.

<sup>32</sup> *Ludwig Jäger*, *Transkriptivität. Zur medialen Logik der kulturellen Semantik*, in: *Ludwig*

narrative Darstellung eines geschichtlichen Ereignisses als Transkript der in den Quellen dokumentierten, aber erst durch die Transkription narrativ selegierten 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,<sup>33</sup> 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.<sup>34</sup> 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 actu – 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.“<sup>35</sup>

4. 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.

---

Jäger/Georg Stanitzek (Hrsg.), *Transkribieren. Medien/Lektüre*. München 2002, 19 ff., 19 ff., 30.

<sup>33</sup>So *Manfred Riedel*, *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 am Main 1971, im Anschluss an *Johann Gustav Droysen*, *Historik. Rekonstruktion der ersten vollständigen Fassung der Vorlesungen 1857*. Herausgegeben von *Peter Leyh*. Stuttgart 1977, 218, 236.

<sup>34</sup>Zur ausführlichen Kritik siehe *Ludwig Jäger*, *Transkriptivität. Zur medialen Logik der kulturellen Semantik*, in: *Ludwig Jäger/Georg Stanitzek* (Hrsg.), *Transkribieren. Medien/Lektüre*. München 2002, 19 ff.

<sup>35</sup>Ebd., 19 ff., 33 f.

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.<sup>36</sup> 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.‘“<sup>37</sup> 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.<sup>38</sup>

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.“<sup>39</sup> 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 vertikale Erkenntnis durch eine horizontale Vernetzung ersetzen.

5. Abstrakter formuliert: „Juristisch ist damit eine Neubewertung der Kasuistik angesagt. Es gilt der Vorrang der partikularen Fallerfahrung und des Einzelfallgesetzes vor dem vorschnell generalisierenden 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. Wenn dies nicht nur eine leere Formel zur Wiederbelebung des stillen Zivilrechts sein sollte, dann müsste sich dies auch in prozeduralen Änderungen des Rechts niederschlagen, in Änderungen, die von der Kollektivierung

---

<sup>36</sup> *Johann Gustav Droysen*, Historik. Rekonstruktion der ersten vollständigen Fassung der Vorlesungen 1857. Herausgegeben von *Peter Leyh*. Stuttgart 1977, 218, 236.

<sup>37</sup> So *Georg Stanitzek*, Transkribieren. Medien/Lektüre: Einführung, in: *Ludwig Jäger/Georg Stanitzek* (Hrsg.), Transkribieren. Medien/Lektüre. München 2002, 7 ff., 10, im Anschluss an *Reinhart Koselleck*, Standortbindung und Zeitlichkeit. Ein Beitrag zur historiographischen Erschließung der geschichtlichen Welt, in: *ders.*, Vergangene Zukunft. Zur Semantik geschichtlicher Zeiten. Frankfurt am Main 1979, 176 ff., 204 ff.

<sup>38</sup> *Georg Stanitzek*, Transkribieren. Medien/Lektüre: Einführung, in: *Ludwig Jäger/Georg Stanitzek* (Hrsg.), Transkribieren. Medien/Lektüre. München 2002, 7 ff., 10. Zum Begriff des rekursiven Bezugs siehe *Winkler*, Diskursökonomie (Fn. 35), 170. Im Unterschied zur Informatik bildet dieser Begriff hier keinen Gegensatz zur Iteration.

<sup>39</sup> *Ludwig Jäger*, Transkriptivität. Zur medialen Logik der kulturellen Semantik, in: *Ludwig Jäger/Georg Stanitzek* (Hrsg.), Transkribieren. Medien/Lektüre. München 2002, 19 ff., 35.

der Klagebefugnis über öffentliche Beteiligungs- und Anhörungsrechte, über anspruchsvollere Beweisverfahren (...) bis hin zu einem lernenden nachträglichen Umgang mit rechtskräftigen Urteilen“ reichen.<sup>40</sup> 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 nur mit einem neuen Argument abweichen.

Die traditionelle Auffassung geht von einem vertikalen und epistemischen Holismus aus. Danach ist das Ganze des Rechts einer Erkenntnis zugänglich und von dort aus muss das jeweilige Einzelproblem gelöst werden. Da diese voraussetzungsvolle Erkenntnis eine lange Initiation und ein spezielles Training voraussetzt, gibt es keinen Spielraum für die Argumentation der Laien und Einsichten der Nachbarwissenschaften. Einen Rechtssatz zu verstehen heißt danach, eine Hierarchie von Rechtsquellen aus der Sinnmitte der Gerechtigkeit heraus zu erkennen.

Eine neuere pragmatische Auffassung geht von einem horizontalen und praktischen Holismus aus. Danach ist das Ganze des Rechts gerade keiner Erkenntnis zugänglich, sondern funktioniert nur als Horizont einer praktischen Auseinandersetzung. In diesem Modell ist man auf Argumente der Verfahrensbeteiligten und Horizonterschließung durch Nachbarwissenschaften angewiesen. Einen Rechtssatz verstehen heißt danach, ihn mit vielen anderen zu vernetzen und in einem Verfahren darüber zu streiten.

---

<sup>40</sup>Hierzu: *Andreas Fischer-Lescano/Gunther Teubner*, Prozedurale Rechtstheorie: Rudolf Wiethölter, in: *Sonja Buckel / Ralph Christensen / Andreas Fischer-Lescano* (Hrsg.), *Neue Theorien des Rechts*, Stuttgart 2006, S. 79 ff., 91 f.