



This text is a preprint of:

Ralph Christensen/Friedrich Müller/Dennis Patterson/Michael Sokolowski, Einige Probleme der gegenwärtigen Rechtstheorie – Ein deutsch-amerikanisches Gespräch, in: Rechtstheorie, 2007, S. 123 – S. 157.

All rights reserved.

This pdf document provided by SOULL can be cited as:

Christensen, Ralph/Müller, Friedrich/Patterson, Dennis/Sokolowski, Michael (2007): "Einige Probleme der gegenwärtigen Rechtstheorie – Ein deutsch-amerikanisches Gespräch" In: SOULL – Sources of Language and Law, <https://legal-linguistics.net> (originally published in: Rechtstheorie, (2007): S. 123 – S. 157.)

Ralph Christensen/Kent D. Lerch, Ilvesheim/Frankfurt am Main

Von der Bedeutung zur Normativität oder von der Normativität zur Bedeutung?

Das Gesetz macht noch keine Entscheidung. Dazu braucht es den Richter. Aber der Richter ist dabei nicht frei, sondern gebunden. Doch worin bestehen seine Bindungen, wenn er das Recht, an das er gebunden ist, selbst erzeugt?

Meist wird 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 vortragenen Argumenten, Schriftsätzen und Vorentscheidungen in knapper Zeit auseinandersetzen. Als Alternative zu Kafka bietet sich Carl Schmitt an: die Situation des Richters wird dann aufgeladen mit der existenziellen Intensität der großen Entscheidung. Der Richter sei hineingehalten ins normative Nichts und stehe als einsames Subjekt vor der Notwendigkeit, zwischen Freund und Feind zu wählen. Der von Kommunikation überschwemmte Richter kennt das einsame Subjekt aber nur noch aus der Literatur; seine vielfältigen Äußerungspflichten lösen die große Entscheidung in eine Vielzahl von kleinen Entscheidungen auf. Daher sind weder Verzweiflung noch Dezisionismus angebracht, sondern eine nüchterne Analyse der Anschlusszwänge, der die Richter bei der Erzeugung von Recht ausgeliefert sind. Bei der Verarbeitung dieser Zwänge bilden sich normative Standards aus, die es erlauben, eine Entscheidung als richtig oder falsch zu bezeichnen. In der Praxis funktionieren diese Bindungen. In der Theorie ist ihre Komplexität noch kaum erfasst.

I. Rechtstheorie: Von der Bedeutung zur Normativität

Die traditionelle Auffassung von der richterlichen Bindung ging vom klassischen Positivismus aus: danach liefert der Gesetzgeber dem Richter mittels der Sprache den Inhalt seiner Entscheidung. Mit diesem schlichten Modell von Gewaltenteilung wollte man sicherstellen, dass Gesetze und nicht Menschen herrschen. Das, was im Rechtssystem tagtäglich vorgeht, die gerichtlichen Verfahren, die dort vorgetragenen Argumente und die Begründungsarbeit der Richter kommen darin aber nicht vor. Das Verfahren dient allenfalls der didaktischen Vermittlung des vorher schon feststehenden Ergebnisses. Die Rechtslage kann man allein aus dem Gesetz ablesen.

1. Die Regel im Gesetz

Der herkömmliche Ansatz konstruiert Rechtserkenntnis nach dem Modell einer Gegenstandserkenntnis: „Gegenstand der Auslegung ist der Gesetzestext als ‚Träger‘ des in ihm niedergelegten Sinnes, um dessen Verständnis es in der Auslegung geht. ‚Auslegung‘ ist, wenn wir an die Wortbedeutung anknüpfen, ‚Auseinanderlegung‘, Ausbreitung und Darlegung des in dem Text beschlossenen, aber gleichsam verhüllten Sinnes.“¹

Wenn man die Rechtslage aus dem Text des Gesetzes ablesen will, stößt man aber auf eine Schwierigkeit: die vorgeblich objektive Bedeutung ist nicht festzustellen. Das Gesetz existiert nur in einer Vielzahl von Lesarten; ohne Verfahren und die dort vorgetragenen Argumente weiß man nicht, welche Lesart die beste ist. Man will im Gesetz eine Regel finden und sie in der Entscheidung abbilden. Aber niemand hat eine versionslose Beschreibung. Es fehlt die Regel für die Anwendung der Regel.

Die klassische Lehre reagiert auf diese Schwierigkeit mit einer Vermehrung der Rechtsquellen. Eine weitere Größe hinter der Rechtsquelle soll sicherstellen, dass die Regel nicht streitig wird und ihre Anwendung funktioniert: Es wird uns damit empfohlen, vom bloßen Text auf den Geist des Gesetzes zurückzugehen. Denn, so heißt es etwa in einer 2006 veröffentlichten Methodik des europäischen Privatrechts: Auslegung ist „Rekonstruktion des dem Gesetze innewohnenden Gedankens.“² Es genüge daher, bei schwierigen Fällen von der Ebene des Textes zur Ebene der Gedanken oder Prinzipien übergehen. Wenn man sich von diesen Prinzipien leiten lasse, werde vorgezeichnet, was sozusagen „eigentlich“ hätte im Text stehen können.

2. Prinzipien als Hilfsregeln

Als Gegenstand der Erkenntnis springen die Rechtsprinzipien dort in die Bresche, wo sich die Bedeutung des Normtextes einer umstandslosen Lektüre versagt. An

¹Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 4. Aufl., Berlin 1979, 299. Zum Problem im Engeren auch Karl Larenz, Richterliche Rechtsfortbildung als methodisches Problem, *NJW* 1965, 1 ff. Wie fest dieser Begriff immer noch etabliert ist zeigt etwa Carsten Buck, *Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft*, Frankfurt am Main 1998, 29.

²Matthias Pechstein/Cornelia Drechsler, Auslegung und Fortbildung des Primärrechts, in: Karl Riesenhuber (Hrsg.), *Europäische Methodenlehre*, Berlin 2006, 91 ff., 91.

der Vorstellung eines objektiv vorgegebenen Rechts ändert sich dadurch nichts; es wird lediglich der Gegenstandsbezug geändert. 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, wie es schon Savigny entworfen hat: „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 gibt.“³ Dabei gingen weder historische Rechtsschule noch Wertungsjurisprudenz bzw. Diskurstheorie von einem unbeweglichen oder geschlossenen System aus,⁴ werde es doch beeinflusst vom Fortgang der Gesetzgebung und dem gesellschaftlichen Wertewandel.⁵

Die geschilderte Offenheit führt aber nicht in eine kontextuell und praktisch gewendete Semantik des Rechts, vielmehr wird die fehlende Schließung zu einer epistemischen Aufgabe. Die Offenheit der Prinzipien muss dann als Mangel definiert werden: „Bei der Umschreibung des Bedeutungsgehalts der allgemeinen Rechtsgrundsätze gibt es allerdings manche Unsicherheit.“⁶ Man kann die Prinzipien⁷ folglich nicht einfach anwenden, sondern benötigt eine darüber hinausgehende Wertung.⁸ Dabei zeigen sich Konflikte zwischen verschiedenen Prinzipien:⁹ „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.“¹⁰ Die weiteren Wertungen entnimmt man dem Innersten des inneren Systems, der Rechtsidee, sei diese nun naturrechtlich, neuhegelianisch, wertungsbezogen¹¹ oder diskurstheoretisch¹²

³Friedrich Carl von Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 3. Aufl., Heidelberg 1840, 66.

⁴Vgl. dazu Claus-Wilhelm Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz: entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts*, 2. Aufl., Berlin 1983; vgl. dazu auch Karl Larenz/Claus-Wilhelm Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl., Berlin 1995, 314 ff.

⁵Vgl. Walter Wilburg, *Entwicklung eines beweglichen Systems im Bürgerlichen Recht*, Graz 1951; Franz Bydlinski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2. Aufl., Wien/New York 1991; Franz Bydlinski u. a., *Das bewegliche System im geltenden und künftigen Recht*, Wien/New York 1986.

⁶Vgl. dazu Ernst A. Kramer, *Juristische Methodenlehre*, Bern 1998, 188.

⁷Vgl. grundlegend zu diesem Begriff: Josef Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 4. Aufl., Tübingen 1990, mit Klassifikation der Prinzipien 87 ff.; sowie Ronald Dworkin, *Bürgerrechte ernstgenommen*, Frankfurt am Main 1984, 56 ff.; Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, 4. Aufl., Frankfurt am Main 1994, 254 ff.; Hans-Joachim Koch/Helmut Rüssmann, *Juristische Begründungslehre*, München 1982, 97.

⁸Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt am Main 1996, 390; Ernst A. Kramer, *Juristische Methodenlehre*, Bern 1998, 188.

⁹Vgl. dazu Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden 1985, 143 ff.

¹⁰Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, 3. Aufl., Frankfurt am Main 1996, 390.

¹¹Vgl. dazu Franz Bydlinski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2. Aufl., Wien/New York 1991, 131 f., 297 ff.

¹²Vgl. dazu Robert Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, 2. Aufl., Freiburg 1994, 201 f.

bestimmt. Mit dem Abschluss dieser Bewegung nach innen landet man wieder beim Hegelschen Begriff der Totalität und damit einem vertikalen Holismus: „Geht man 'von unten', d. h. 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.“¹³ Mit der Ausdehnung des Begriffs der Auslegung auf einen Fundus an Rechtsprinzipien, zusammengehalten von der Rechtsidee, hat sich die argumentative Bewegung der klassischen Lehre zur Totalität gerundet. Dabei ist diese Totalität strukturiert wie die stratifizierte Gesellschaft: über dem vom Adel der Prinzipien beherrschten Volk der Begriffe thront die Rechtsidee wie ein König – woran sich zeigt, dass die Bewusstseinsformen der vorangegangenen gesellschaftlichen Formation auch in der nachfolgenden zunächst noch dominant bleiben.

3. Das Verschwinden der Sinnmitte im Regulismus

Wie soll der Richter entscheiden? Die herkömmliche Lehre findet die Antwort nicht in der Argumentation im Verfahren, 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. Wenn das Gesetz keine eindeutige Auskunft liefert, muss der Richter über die Prinzipien zur Sinneinheit des Rechts vorstoßen. Das ist ein holistischer Ansatz, der vertikal von der Sinneinheit des Systems her jede Einzelheit beherrschen will. Deswegen heißt die entsprechende Methode auch „vertikale Auslegung“¹⁴. Sie soll den Richter vom bloßen Text ins Innere des Rechts führen. Aber die Abfahrt nach innen funktioniert in der Praxis nicht. Das Recht versammelt sich nicht zu einem inneren Wesen. Man findet stattdessen nur eine Vielzahl 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 seiner Suche nach dem Innersten des Rechts geht es dem Juristen wie dem Neurowissenschaftler, der statt des gesuchten Zentral-Ichs nur eine Vielzahl von Homunculi findet.¹⁵ Auch die Einheit des Rechts löst sich in eine Vielzahl von Beobachtungsperspektiven auf, so dass man ohne letzten Halt wieder im Äußeren landet.

Der Weg in die Tiefe des Rechts mündet also ins Nirgendwo. Deswegen bleibt

¹³Vgl. dazu Franz Bydlinski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2. Aufl., Wien/New York 1991, 133.

¹⁴Albert Bleckmann, Die systematische Auslegung im europäischen Gemeinschaftsrecht, in: Ders., *Studien zum Europäischen Gemeinschaftsrecht*, 1986, 41 ff., 44.

¹⁵Vgl. zu dieser Bewegung der Ersetzung einer Zentralinstanz durch viele Einzelinstanzen Daniel C. Dennett, Wo bin ich? in: Douglas R. Hofstadter/Daniel C. Dennett (Hrsg.), *Einsicht ins Ich*, 5. Aufl., Stuttgart 2002, 209 ff. Siehe auch David H. Sanford, Wo war ich?, *ebd.*, 224 ff.

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. Gerichte greifen häufig auf eigene Entscheidungen zurück, wenn sie einen Fall lösen. Dieser empirisch gut bestätigte Vorgang nimmt sogar zu. Es ist mittlerweile über Inhaltsanalysen von Gerichtsurteilen empirisch nachgewiesen, dass der Bezug auf die eigene Rechtsprechung in der Arbeit der Gerichte eine wichtige Rolle spielt: Der Verweis auf frühere Rechtsprechung wird etwa in den Entscheidungen des EuGH im Jahrgang 1999 insgesamt 1199-mal verwendet und damit zehnmal so häufig wie die Systematik des Gesetzes.¹⁶ In der weit überwiegenden Anzahl der Entscheidungen besteht das systematische Argument im Verweis des Gerichts auf seine eigene Rechtsprechung. Die Systematik wird vollzogen als Beobachtung zweiter Ordnung.

Auf die Vertreter der klassischen Methodenlehre muss dies verstörend wirken. Recht kommt ihnen zufolge 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 Mittel. Hinter dieser Delegitimierung der Verwendung der eigenen Rechtsprechung steckt natürlich jene überholte Lehre von der „Auslegung“, die meint, diesen Begriff wörtlich nehmen zu sollen¹⁷. Die Entscheidung muss aus dem Gesetz herausgezogen, eben ausgelegt werden. Die Gesetzesbindung ist eine Steuerung durch den Normtext statt eine Zurechnung an den Normtext.¹⁸ 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 die neueren Arbeiten setzen sich mit dieser Thematik kaum auseinander.¹⁹ Schwerpunkt dieser Arbeiten ist vielmehr die Bedeutung der klassischen Auslegungscanones und die Reserveontologie von Prinzipien und Rechtsbegriff.

¹⁶Vgl. Mariele Dederichs, *Die Methodik des EuGH*, Baden-Baden 2004, 106.

¹⁷Zu deren Kritik hier nur Ralph Christensen, Der Richter als Mund des sprechenden Textes. Zur Kritik des gesetzespositivistischen Textmodells, in: Friedrich Müller (Hrsg.), *Untersuchungen zur Rechtslinguistik. Interdisziplinäre Studien zu praktischer Semantik und Strukturierender Rechtslehre in Grundfragen der juristischen Methodik*, Berlin 1989, 27 ff.; sowie im Besonderen im Hinblick auf das Europarecht Friedrich Müller/Ralph Christensen, *Juristische Methodik. Band II: Europarecht*, 2. Aufl., Berlin 2006.

¹⁸Zu dieser Unterscheidung Ralph Christensen, *Was heißt Gesetzesbindung?* Berlin 1989, 19.

¹⁹Siehe Jochen Anweiler, *Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften*, Frankfurt am Main u.a. 1997; Carsten Buck, *Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft*, Frankfurt am Main u.a. 1998; Michael Potacs, *Auslegung im öffentlichen Recht*, Baden-Baden 1994.

Am Beispiel der Systematik zweiter Ordnung zeigt sich, dass wichtige Elemente der praktisch funktionierenden Gesetzesbindung in dem gebräuchlichen Rechtsanwendungsmodell nicht vorkommen. Das ganze Verfahren und die darin vorgebrachten Argumente spielen keine Rolle. Alles wird auf die zwei Elemente von Richter und Gesetz reduziert, deren Beziehung als monologische Erkenntnis einer vorgegebenen Bedeutung gefasst wird. Das Scheitern dieses Modells wirft die Frage auf, ob man nicht besser vorankommt, wenn man die Beziehung von Bedeutung und Normativität neu ordnet.

II. Semantik: Von der Normativität zur Bedeutung

Die postanalytische oder pragmatische Wende in der Semantik setzt genau an den Schwierigkeiten an, die sich auch in der Rechtstheorie zeigen: danach muss eine Erklärung von Sprache aus ihr vorgeordneten gemeinsamen Regeln im Regularismus enden. Nach dem Regularismus funktioniert die Sprache über Regeln. Regeln können allerdings ihre eigene Anwendung nicht steuern und bedürfen deswegen weiterer Regeln. Damit landet man im unendlichen Regress.²⁰ Aber auch der Regularismus, welcher die Sprachregel von der Interpretation trennt und als soziale Regelmäßigkeit begreift, erweist sich als Sackgasse. Er greift zwar nicht über die Sprache hinaus ins Leere, aber er greift unter der Komplexität der Sprache hindurch. Absichten und Zwecke der Sprecher kommen nicht mehr vor und die Erklärung besteht im Hinweis auf eine sozial existierende Regel, von der wiederum niemand eine versionslose Beschreibung hat.²¹

Ein neuer pragmatischer Lösungsansatz will diese unfruchtbare Alternative überwinden. Sprache ist keine blinde Regelmäßigkeit, sondern abhängig von Erwartungen. Aber dem Medium gegenüber erwartet man nicht kognitiv als Regelkenntnis: dem Medium gegenüber erwartet man normativ, das heißt auf Stabilität. Erst aus diesen normativen Erwartungen ergeben sich Regelmäßigkeiten. Das ist der Ansatz der postanalytischen oder pragmatischen Bedeutungstheorie. Sprache erweist sich demnach als Vernetzung gelungener Verständigung, die durch mitlaufende normative Bewertung zum sich selbst stabilisierenden System wird.

1. Die Vernetzung gelungener Verständigung

An die Stelle der Regeln treten die Präzedenzfälle, das sind im Fall der Verständigungspraxis die paradigmatisch und damit als prägend erfahrenen Fälle gelungener Verständigung.²² Entsprechend handelt „regelhaft“, „wer nach Präzedenzen erfolgreicher Handlungsvollzüge des gleichen Typs handelt.“ Das heißt, „regelhaftes Handeln“ „besteht [...] immer darin, eine konkrete Handlungssituation [...] so auf die eigene Kenntnis ähnlicher Präzedenzfälle zu beziehen, dass von einem bestimmten Verhalten [...] mit an Sicherheit grenzender Wahrschein-

²⁰Vgl. Robert Brandom, *Expressive Vernunft*, Frankfurt am Main 2000, 56 ff.

²¹Vgl. Robert Brandom, *Expressive Vernunft*, Frankfurt am Main 2000, 66 ff.

²²Ausdrücklich von einer Orientierung an „Präzedenzen“ allerdings kollektivistisch in Bezug auf regelhaftes Handeln spricht auch David K. Lewis, *Konventionen. Eine sprachphilosophische Abhandlung*, Berlin 1975.

lichkeit erwartet werden kann“.²³

Damit wird Verständigung nicht wieder kollektivistisch als eine Orientierung an vorausliegenden gemeinschaftlichen Mustern gedeutet, sondern in seiner individualistischen Konsequenz angenommen: „Gelungene Verständigung“ heißt dann mit Davidson, vom anderen in dem Sinne interpretiert zu werden, den man sich für die eigene Äußerung vorgenommen hat. Entsprechend dem Brandomschen Modell wird Bedeutung über die Vergegenwärtigung von Festlegungen, die dabei eine ausschlaggebende Rolle gespielt haben, zum Standard von Interpretationen. Verständigung zeigt damit die grundsätzlich zeitliche Dimension, dass sich ihr Erfolg dem verdankt, Vergangenes als Ansatz für Interpretation einzuholen: „Die Tatsache, dass es keinen Standard für das Gelingen eines bestimmten Aktes sprachlicher Verständigung gibt, der außerhalb des Geschehens gegenseitiger Interpretation liegt, heißt nicht, dass es überhaupt keinen solchen Standard gibt. Der Standard für das Gelingen eines bestimmten Aktes sprachlicher Verständigung kann nämlich genauso gut anderen gelungenen Akten sprachlicher Verständigung entstammen.“²⁴ Der Witz dabei ist, dass das Gelingen von Verständigung keineswegs auf so etwas wie Bedeutung bezogen ist jedenfalls nicht auf eine, die ihr vorausgesetzt wäre. Vielmehr ergibt sich umgekehrt Bedeutung als ein solches Gelingen. Insofern ist Bedeutung nicht die Mutter von Verständigung. Vielmehr ist der kommunikative Erfolg der Vater aller Bedeutung.²⁵ „Wir können die Teilnehmer an einem bestimmten Akt sprachlicher Verständigung deswegen bereits als mit intentionalen Zuständen und einer Sprache begabte Wesen begreifen, weil wir davon ausgehen können, dass diese Eigenschaften das Produkt unzähliger weiterer gelungener Akte der Verständigung sind.“²⁶

Für das Gelingen der Verständigung sorgt somit die Festlegung darauf, selbst die Folge bereits gelungener Verständigung zu sein. Genau dieses Moment ist es auch, das dann für die Frage der Berechtigung von Interpretationen als Bedeutung expliziert werden kann. Hier zeigt sich, inwiefern es sich bei Bedeutung um gar nichts anderes handeln kann als um Inferenz. Sofern Bedeutung als Grund von Festlegungen auf einen Äußerungssinn oder eine Interpretation fungiert, beruht sie auf semantischer Anerkennung. Sofern diese aber nicht anders in Erscheinung treten kann als durch als Verständigung bzw. Interpretation praktizierte Festlegung ist sie nichts anderes als die damit ausgeübte semantische Autorität.

Die Absicht, verstanden zu werden, verlängert die dafür praktizierte Festlegung auf eine Anerkennung gelungener Verständigung als Gehalt in die Zukunft. Die Interpretation durch den anderen kann jeweils nur ein nächstes sein, da sie in

²³Dietrich Busse, *Textinterpretation. Sprachtheoretische Grundlagen einer explikativen Semantik*, Opladen 1991, 174.

²⁴Jasper Liptow, *Regel und Interpretation. Eine Untersuchung zur sozialen Struktur sprachlicher Praxis*, Weilerswist 2004, 206.

²⁵Dieser Gedanke findet sich ohne Bezug auf Brandom bereits bei Rudi Keller, *Sprachwandel*, Tübingen 1990.

²⁶Jasper Liptow, *Regel und Interpretation. Eine Untersuchung zur sozialen Struktur sprachlicher Praxis*, Weilerswist 2004, 220.

nichts anderem wurzelt, als in dessen semantischer Autorität. Genau das macht die Pointe eines interaktionistischen Interpretationismus²⁷ aus, der dem Rechnung trägt, dass Interpretation praktisch für sich selbst zu sorgen hat. Sie muss die Regel immer wieder erst hervorbringen: „Die Tatsache, dass eine gegenwärtige Entscheidung, ob die Verständigung gelungen ist, unter Bezug auf eine Tradition gelungener Verständigung gerechtfertigt wird, die ihrerseits ein Konstrukt der Gegenwart ist, begründet nur scheinbar eine einseitige Autorität der Gegenwart über die Vergangenheit. Denn eine gegenwärtige Entscheidung darüber, ob ein bestimmter Akt der Kommunikation gelungen ist oder nicht, kann nur dann eine Autorität in Bezug auf die Vergangenheit entwickeln, wenn dieser Akt (und das mit ihm zusammenhängende Konstrukt der Tradition) von zukünftigen Akten gelungener Verständigung als Teil der Tradition anerkannt wird.“²⁸

2. Mitlaufende normative Bewertung

Wie erklärt sich die Stabilität der sprachlichen Praxis? Für die Erklärung der Stabilität postuliert Brandom keine grammatischen Hinterwelten, sondern setzt beim menschlichen Handeln an. Die Kommunikationsteilnehmer bewerten gegenseitig ihr Verhalten. Das ist der pragmatische Aspekt. Aus der Stabilisierung dieser Bewertungen ergibt sich die Semantik. Alles sprachliche Bedeuten hängt von den diskursiven Festlegungen der Sprecher ab. Berechtigung und Rechtfertigung schöpfen sich aus nichts anderem, als aus dem Gang des Begründungsspiels. Dieses eröffnet den Raum der Gründe, in dem sich die normativen Einstellungen der Teilnehmer formen. Das bedeutet umgekehrt, dass sich der Gehalt über eine als Berechtigung zu seiner Behauptung zu verstehen den Korrektheit ergibt. Ein Halt ist nur in dem jeweiligen Stand des Spiels gegeben. Die potentiell endlos fortführbare „Kette der Gründe“ wird jeweils durch die Berechtigungen unterbrochen, die als solche nicht explizit gemacht und normativ thematisiert, sondern hingenommen und als begründend unterstellt bzw. gebraucht werden. Deren Status, gerechtfertigt zu sein, bringen die Teilnehmer bis zum Beweis des Gegenteils eine Art Vertrauensvorschuss entgegen. Das Spiel des Forderns und Lieferns von Gründen beruht auf einer Art Vorschuss- und Anfechtungsstruktur von Berechtigungen, nach denen als gerechtfertigt gilt, was nicht jeweils ausdrücklich problematisiert wird.

Konsequent pragmatisch gedacht kann Anfechtung und Begründung aus nichts anderem schöpfen kann als aus dem Akt des Begründens und auf nichts anderem basieren als dem Verhältnis der Teilnehmer am Begründungsspiel zueinander. So beschreibt Brandom diese Verhältnisse im Anschluss an David Lewis' Begriff des *scorekeeping* als mitlaufende Bewertung. Danach führen die Teilnehmer einer Praxis über die jeweiligen Festlegungen und Berechtigungen der vorge-

²⁷Dazu Jasper Liptow, Interpretation, Interaktion und die soziale Struktur sprachlicher Praxis, in: Georg W. Bertram/Jasper Liptow (Hrg.), *Holismus in der Philosophie. Ein zentrales Motiv der Gegenwartsphilosophie*, Weilerswist 2002, 129 ff.; sowie Jasper Liptow, *Regel und Interpretation. Eine Untersuchung zur sozialen Struktur sprachlicher Praxis*, Weilerswist 2004, 148 ff. u. 220 ff.

²⁸Jasper Liptow, *Regel und Interpretation. Eine Untersuchung zur sozialen Struktur sprachlicher Praxis*, Weilerswist 2004, 223.

tragenen Behauptungen Buch, halten den Erfolg von Begründungen fest und billigen dem Vorgebrachten eine entsprechende normativer Autorität zu. Die deutsche Übersetzung dieses Vorganges als „deontische Kontoführung“ hat indes zu vielen Missverständnissen geführt. Es sei typisch für den amerikanischen Pragmatismus, dass er auch noch das Verstehen der Logik kleiner „shopkeeper“²⁹ unterwerfen wolle. Tatsächlich ist im englischen Original in Anlehnung an das Baseballspiel von *scorekeeping* die Rede. Es handelt sich um eine „analytische Metapher“³⁰, welche grundlegende Strukturen der Sprache sichtbar machen soll. Durch den Bezug auf den Sport will Brandom das kompetitive und spielerische Moment eines geordneten Konflikts hervorheben. Gerade dieses zentrale Moment geht in der deutschen Übersetzung verloren.

Kennzeichnend für den Ansatz von Brandom ist das „Prinzip der sozioempraktischen Instituierung des Normativen“.³¹ Demzufolge sind die Normen der Praxis implizit. Normative Kraft gewinnen sie erst durch Sanktionen. Dies bietet auch den Angriffspunkt für eine Explikation. Dabei ist der „Prozess des Ausdrückens (...) nicht als eine Sache des Transformierens von etwas Innerem (zu) denken, sondern als ein *Explizitmachen* des *Impliziten*. Dies lässt sich in einem pragmatischen Sinne verstehen, insofern etwas, was wir zunächst nur tun können, zu etwas wird, was wir sagen können. Anders ausgedrückt: Eine Art Wissen-*wie* wird in der Form eines Wissens-*dass* kodifiziert.“³²

Dadurch werden Praktiken der Teilnehmer für sie greifbar und der Begründung zugänglich. Wenn diese Begründungen akzeptiert werden, können sie wiederum Basis für eine Rechtfertigung werden. Normativität wird so instituiert, dass sie in das Wissen der Teilnehmer eingeht.³³ Die Überwindung des Regulismus liegt also genau in der Bewegung von der Immanenz der Normativität zu ihrer in der Praxis verbleibenden Explikation. Normativität tritt der Praxis gegenüber, ohne zugleich aufzuhören, deren Bestandteil zu sein. In dem dadurch eröffneten „Raum der Gründe“³⁴ formen sich die normativen Einstellungen der Teilnehmer. Mit der Behauptung legt sich der Sprecher auf einen bestimmten Gehalt fest. Durch das Fordern von Gründen wird implizite Moment von Normativität explizit gemacht.

3. Selbststabilisierende Praxis

²⁹So Herbert Schnädelbach, Sozialpragmatischer Idealismus. Bemerkungen zu Robert B. Brandoms Expressive Vernunft, *Allgemeine Zeitschrift für Philosophie* 2004, 163 ff., 164.

³⁰Pirmin Stekeler-Weithofer, Wir halten das Banner der Wahrheit. Zu Herbert Schnädelbachs Lektüre von Brandom, Hegel und anderen „Idealisten“, *Allgemeine Zeitschrift für Philosophie* 2004, 177 ff., 177.

³¹Dazu hier Matthias Klatt, *Theorie der Wortlautgrenze*, Baden-Baden 2004, 143 f. Ansonsten dazu Sebastian Knell, Die normativistische Wende der analytischen Philosophie, *Allgemeine Zeitschrift für Philosophie* 2000, 225 ff., 239 ff.

³²Robert Brandom, *Begründen und Begreifen*, Frankfurt am Main 2001, 18 f. Dazu in Hinblick auf die juristische Praxis auch Ralph Christensen/Michael Sokolowski, Theorie und Praxis aus der Sicht der Strukturierenden Rechtslehre, *Rechtstheorie* 32 (2001), 327 ff., 328 f.

³³Dazu Robert Brandom, *Expressive Vernunft*, Frankfurt am Main 2000, 94 ff.

³⁴Sebastian Knell, Die normativistische Wende der analytischen Philosophie, *Allgemeine Zeitschrift für Philosophie* 2000, 225 ff., 225 f.

Wie funktioniert Normativität? Der pragmatische Ansatz erklärt Normativität nicht aus Bedeutung, sondern umgekehrt Bedeutung aus Normativität. Normativität wird dadurch zum selbstreflexiven Moment der Praxis. Sie erscheint nicht mehr als Substanz, sondern als Prozess. Bezeichnenderweise verwendet Robert Brandom als Exempel für eine sich selbst stabilisierenden Praxis das Recht. Er will zeigen, wie ein Sprachspiel ohne vorgeordnete Kontrollinstanz als funktionieren kann. Er verwendet das Modell richterlicher Entscheidung unter den Bedingungen eines strikten Fallrechts.³⁵ Der Richter hat hier, ganz so wie die Beteiligten der Verständigungsprozesse, nichts anderes bei der Hand als die von ihm wahrgenommenen Fälle. Für seinen anstehenden Fall beruft der Richter sich auf Präzedenzfälle, die er zu seinem eigenen in eine Beziehung der Ähnlichkeit setzt. „Der Gehalt der Begriffe, die der Richter anwenden muss, ist vollständig konstituiert durch die Geschichte ihrer früheren tatsächlichen Anwendungen (in Verbindung mit der Geschichte der tatsächlichen Anwendungen anderer Rechtsbegriffe, die in der Rechtsgeschichte als folgernd mit diesen verknüpft angenommen wurden). Es ist diese Tradition, gegenüber welcher der Richter verantwortlich ist.“³⁶

Der Richter erkennt also die Autorität der Tradition an, um selbst Autorität zu werden. Das heißt im Sinn Brandoms, dass der Richter genau die Norm instituiert, die er anwendet. Er verleiht also Präjudizien Autonomie, um sie zurückzuerhalten. Normativität ist damit von vornherein „nicht nur ein zeitlicher, sondern auch ein geschichtlicher Prozess.“³⁷

Aber die Tradition ist nicht einheitlich. Sie weist Widersprüche auf. Es gibt eine große Anzahl sich widersprechender Judikate, zwischen denen der Richter auswählen muss. Es scheint als sei die Tradition nur ein Vorwand für eine uneingeschränkte Souveränität, die der Richter über Normativität ausübt. Es stellt sich daher die Frage nach der Richtigkeit bzw. eines Kriteriums für die Berechtigung der entsprechend eingegangenen Festlegungen. Das heißt, „Autorität“ im Sinne solcher Festlegungen „muss geregelt werden“³⁸ und kann sich nicht quasi naturwüchsig vollziehen. Und das wiederum heißt konsequent pragmatisch gedacht, dass „die Anwendungen von durch frühere Anwendungen instituierten Normen [...] gemäß den Normen, denen sie verantwortlich sind, auf ihre Richtigkeit hin bewertet werden (müssen) Damit die derzeitigen Anwendungen eines Begriffs gegenüber früheren Anwendungen dieses Begriffs (und der mit ihm verbundenen Begriffe) verantwortlich sind, müssen sie zur Verantwortung gezogen werden, als verantwortlich betrachtet oder behandelt werden.“³⁹

Für die Verwaltung der richterlichen Autorität gibt es aber keinen archimedischen Punkt, von dem aus die Welt des Richters perspektivenfrei überblickt

³⁵Siehe Robert B. Brandom, *Pragmatische Themen in Hegels Idealismus. Unterhandlung und Verwaltung der Struktur und des Gehalts in Hegels Erklärung begrifflicher Normen, Deutsche Zeitschrift für Philosophie* 3 (1999), 355 ff., 377 ff.

³⁶Brandom, ebd., 377 f.

³⁷Brandom, ebd., 367.

³⁸Brandom, ebd., 367.

³⁹Brandom, ebd., 367.

werden könnte. Eine Verselbständigung des Richtigkeitsmaßstabs zur objektiven Wir-Perspektive lässt der pragmatische Ansatz nicht zu. Die Maßstäbe dazu müssen im Handeln selbst aufgewiesen werden. Pragmatisch denken heißt, davon auszugehen, dass der Richter selbst erfolgreich handeln will. Er möchte mit seiner Entscheidung verstanden und von anderen Richtern als Autorität akzeptiert werden⁴⁰.

Die Souveränität der Gegenwart über die Vergangenheit hat also Grenzen. Die Gegenwart greift nicht nur zurück auf die Vergangenheit; sie wird vielmehr zugleich in Richtung Zukunft überschritten. Genau dieses Moment regelt die Autorität. Der Richter zieht die Berechtigung seiner Festlegung auf einen normativen Gehalt nicht nur daraus, seine Festlegung ausweisen zu können. Vielmehr setzt der Richter zugleich seine gegenwärtige Entscheidung einer Zukunft aus. Der lange Arm der Geschichte greift durch seine Entscheidung hindurch in die Zukunft hinaus. Der Richter will selbst als Autorität gelten. Das nennt Brandom die Verwaltung seiner Autorität. Damit ist gemeint, dass „der gegenwärtige Richter [...] von den künftigen gegenüber seiner ererbten Tradition zur Rechenschaft gezogen (wird). Denn seine Entscheidung ist für den Gehalt des fraglichen Begriffs nur insoweit wichtig, soweit dessen Präzedenzautorität von ihm oder wiederum von künftigen Richtern anerkannt wird. Wenn sie angesichts ihrer Auslegung der von ihm ererbten Tradition zu dem Schluss kommen, dass der gegenwärtige Richter falsch entschieden hat, dann besitzt die Entscheidung des gegenwärtigen Richters überhaupt keine Autorität. Die Autorität der Vergangenheit über die Gegenwart wird in ihrem Namen von der Zukunft wahrgenommen.“⁴¹ Die Gegenwart unterwirft sich dem, indem sie durch ihre Begründung selbst Autorität werden will.

III. Normativitätstransfer als Verarbeitung von Störung zu Transparenz

Wie wird also die Autorität des Richters verwaltet? Für die Philosophen mag es insoweit genügen, auf den Gerichtshof der Geschichte zu verweisen. Für die Rechtstheorie aber ist mehr nötig. Sie muss das *scorekeeping* der Juristen genauer beschreiben. Dazu bedarf es einer Feineinstellung des Blicks und damit des Übergangs von der Sprachphilosophie zur Argumentations- und Medientheorie.

Wenn man Normativität nicht mehr als Substanz, sondern als Prozess begreift, kommen die Bereiche in den Blick, welche die herkömmliche Lehre ausgeklammert hat: das Verfahren, die dort vorgebrachten Argumente und die dabei verwendeten Präjudizien. Normativität kann nun verstanden werden als Transfer vom Gesetzestext auf die Entscheidung. Das Recht ist mehr als das Lesen von Gesetzestexten. Es ist eine Medienkonstellation aus geschriebener Sprache des Gesetzes, gesprochener Sprache im Verfahren und vom Richter formulierter

⁴⁰Zu den pragmatischen Bindungen des Richters siehe Ralph Christensen/Hans Kudlich, *Theorie richterlichen Begründens*, Berlin 2001, 127 ff.

⁴¹Brandom, ebd., 380.

Sprache in der Begründung.⁴²

1. Das Gesetz als Spielfeld

Welche Rolle spielt das Gesetz? Durch die Annahme der Lesbarkeit wird ein Ausschnitt der Welt 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.

Eine Präzisierung der Beschreibung muss über Linguistik und Medientheorie erfolgen; dort werden Verstehensprozesse empirisch als Transkriptionen einer medialen Struktur untersucht. Der Transkriptionsprozess beginnt mit dem Präskript, welches verstanden wird als „das zugrundeliegende symbolische System selbst, das fokussiert und in ein Skript verwandelt wird“.⁴³ Das Gesetz ist zunächst Präskript.

Erst wenn man der bloßen Zeichenkette des Textes eine Bedeutung zuweist, entsteht ein Skript. 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.“⁴⁴

Auch wenn das Präskript des Gesetzestextes der Transkription als Auslegung vorausgeht, ist es als Skript oder vorgeschlagene Lesart erst das Ergebnis dieser Aktivität. Man kann also nicht davon ausgehen, dass zwischen Präskript, Skript und Transkript ein einfaches Verhältnis der Abbildung besteht. Die eine wahre objektive Lesart, die man aus dem Präskript wie aus einem Behälter herausziehen könnte, existiert nicht.

Deswegen sind Skript und Transkript stets auf Postskripte hin geöffnet, welche diese Differenz auf transkriptive Angemessenheit hin beobachten. Damit sind die Rahmenbedingungen eines rekursiven Spiels gesetzt, innerhalb dessen das Präskript eine Art Eigenrecht erlangt.⁴⁵ Skripte sind in ihrer Behauptung als

⁴²Siehe dazu Ralph Christensen/Kent D. Lerch, Performanz. Die Kunst, Recht geschehen zu lassen, in: Kent D. Lerch (Hrsg.), *Recht vermitteln. Strukturen, Formen und Medien der Kommunikation im Recht*, Berlin 2005, 55 ff., 93 ff., und Ralph Christensen/Kent D. Lerch, Transkriptionen. Das Umschreiben des Rechts im Verfahren, *Paragrana. Internationale Zeitschrift für Historische Anthropologie* 15 (2006), 41 ff., 53 ff.

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

⁴⁴Ebd.

⁴⁵Georg Stanitzek, Transkribieren. Medien/Lektüre: Einführung, in: Ludwig Jäger/Georg Stanitzek (Hrsg.), *Transkribieren. Medien/Lektüre*. München 2002, 7 ff., 10.

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 Streit der Lesarten im Verfahren.

2. Die Argumentation als Wettkampf

Welche Rolle spielen Verfahren und Präjudizien? Die neuere Medientheorie schlägt zur Erfassung der performativen Logik von Kommunikation die Kategorien von Störung und Transparenz vor.⁴⁶ Diese stellen zwei gegensätzliche Modi der Verständigung dar, die ihrerseits auf zwei entsprechende Modi der Sichtbarkeit verweisen: in der Störung zeigt sich das Medium selbst, während es in der Transparenz das Mediatisierte ist, welches wahrnehmbar wird.⁴⁷ Entscheidend ist nun, dass sich Verständigung in einem beständigen Wechselspiel von Störung und Transparenz vollzieht. Das Umschreiben des Präskripts stellt Sinn und damit Transparenz her. Mit der Wahrnehmung des Ausdrucks kann die Transparenz durch Problematisierung aufgestört werden. Diese Störung muss dann durch eine erneute Überführung in Transparenz beseitigt werden. Wenn das Postskript dann das entsprechende Skript ausdrücklich macht, indem es die erfolgten Transkriptionen zur Disposition stellt, kann man auch sagen, dass hier in einem beständigen Übergang von Transparenz in Störung und von Störung in Transparenz „Implizites explizit gemacht wird und umgekehrt“.⁴⁸

Das Postskript thematisiert die Beziehung zwischen Präskript und Transkript. Die Störung ist ambivalent, weil sie auch zur Entwicklung des Systems beiträgt. Störung und ihre transkriptive Bearbeitung ist ein zentrales Verfahren der sprachlichen Sinnproduktion und gilt als „Produktivitäts-Prinzip sprachlicher Sinngeneses“.⁴⁹ Der Konflikt gegenläufiger Lesarten ist geradezu das *Movens* des Verfahrens der Rechtserzeugung aus dem Normtext. Die auf den Normtext bezogenen Argumente der Parteien entfalten ein kompliziertes Spiel der Differenz- und Identitätsbildung. Man kann dies als Vorgang „der Irritation und Wiedereinpendelung des parasemischen Gleichgewichts“ begreifen.⁵⁰ Unter der Notwendigkeit von Entscheidung gewinnt dies seinen besonderen Charakter, der dann auch auf den Vollzug von Legitimierung verweist. Das Besondere besteht darin, dass die divergierenden Lesarten der Parteien jeweils nur einseitig als „Störung“ gesehen werden. Entsprechend sind die Postskripte in einem zwischen ihnen oszillierenden Prozess abzuarbeiten, indem sie entweder durch ihren Bestand in Transparenz gewendet oder aber durch Abstoßung

⁴⁶Siehe Ludwig Jäger, *Störung und Transparenz. Skizze zur performativen Logik des Medialen*, in: Sybille Krämer (Hrsg.), *Performativität und Medialität*, München 2004, 35 ff., vor allem 41 ff.

⁴⁷Vgl. Sybille Krämer, *Was haben ‚Performativität‘ und ‚Medialität‘ miteinander zu tun?*, in: Dies. (Hrsg.), *Performativität und Medialität*, München 2004, 13 ff., 25.

⁴⁸Ebd.

⁴⁹Siehe Ludwig Jäger, *Störung und Transparenz, Skizze zur performativen Logik des Medialen*, in: Sybille Krämer (Hrsg.), *Performativität und Medialität*, München 2004, 35 ff., 37 ff., 41 ff.

⁵⁰Ebd., 37 ff., 48.

ungeschehen gemacht werden. Die beiden in der Argumentation vor Gericht einschlägigen Praktiken für diese „Aufzehrung“ von Postskripten als Störung entweder durch Absorbierung oder Elimination sind die Integration und die Widerlegung von Argumenten. Mit ihnen wird Geltung hergestellt als eine Einkehr der Umschreibung von Normtext zu Recht zu sich selbst zurück, die aufgrund ihres argumentativen Erfolges als legitim beansprucht werden kann. In diesem Kontext klärt sich die Rolle von Präjudizien. Der Begründung wird dadurch Autorität verschafft. Dies liefert, solange es nicht bestritten wird, einen Vertrauensvorschuss.

Die Logik des Verfahrens fordert, den Text von Recht durch den Widerstreit der Lesarten als dessen Transkription in Arbeit zu nehmen. Praktisch lässt sich der Gang dieser Arbeit am Text von Recht als semantischer Aushandlungsprozess entlang der Grundzüge der Argumentationssituation beschreiben. Die von den Parteien vorgetragenen Transkriptionen des Normtextes schließen sich gegenseitig aus. Dies macht den Streit aus. Die Stellungnahme einer Partei ist jeweils Postskript zur Stellungnahme der anderen. Keine der beiden Lesarten ist damit evident. Denn ihre Transparenz wird von der gegnerischen Lesart gestört. Beide machen aber mit ihren widerstreitenden Lesarten deutlich, dass es um denselben Gesetzestext als Präskript geht. Wenn das Gericht entscheiden will, muss es den argumentativen Streit der Parteien nutzen. Am Ende des Verfahrens kann dann eine Lesart evident sein. Aber diese Evidenz ist keine, die an das Bewusstsein der beteiligten Personen gebunden ist, sondern eine Evidenz, die im Verfahren erst erzeugt wurde. Wenn alle gegnerischen Argumente integriert oder widerlegt sind, wird die verbleibende Lesart evident. Integrieren erfolgt, wenn Störung durch gelungene Absorbierung in Transparenz umgemünzt wird. Widerlegen gelingt, wenn das gegnerische Postskript durch Verdrängung getilgt wird, indem der von ihm behauptete Bezug zum Gesetzestext zerrissen wird. Alle Störung ist dann beseitigt und es bleibt nur noch die geltende Lesart in vollkommener Transparenz. Juristisches Argumentieren erweist sich damit als das Abarbeiten von Argumenten im Rechtsstreit.

3. Die Begründung als Spielstand

Normativ ist zunächst der vom Gesetzgeber geschaffene Gesetzestext. Dieser bildet für die richterliche Entscheidung lediglich ein Präskript. Dieses Präskript wird von den streitenden Parteien unterschiedlich verstanden. Damit der Richter seine Entscheidung rechtfertigen kann, hat er die Normativität des Gesetzestextes zu übertragen. Dies erfolgt in der Begründung. Dabei kann er sich nicht auf die sprachliche Bedeutung verlassen, sondern muss alle im Verfahren vorgebrachten Argumente berücksichtigen. Die dort vorgelegten Umschriften des Gesetzestextes zu Recht muss er diskutieren und die argumentativ gültige Lesart des Gesetzes seiner Entscheidung zugrunde legen. Erst die in der Begründung verwertete Argumentation der Beteiligten transportiert die Normativität vom Gesetzgeber zum Richter.

Wenn man also die Steuerungskraft des Gesetzes und die Rolle der Gerichte realistisch einschätzt, muss sich die Rechtstheorie von der zu einfachen Vorstel-

lung bloßer Rechtsanwendung lösen, das legalistische Rechtsverständnis verabschieden⁵¹ und als medienreflexives Rechtsverständnis reformulieren.⁵² Die Sprache als solche ist überfordert, wenn man ihr aufbürdet, aus dem tatsächlichen Prozess der Erzeugung von Recht eine bloße Erkenntnis von Bedeutungsgegenständen zu machen. Sprache funktioniert allein als Vorgang der Verständigung. Daher kann man Normativität nicht aus ihr beziehen; man kann sie nur in der Sprache herstellen. Nicht die Sprache gibt dem Urteil Halt, sondern die Argumentation.

Im Recht gibt es eine Grundparadoxie, die darin besteht, dass wir an Normen gebunden sind, die wir selbst schaffen. Ein solches Paradox muss praktisch entfaltet werden. Dies geschieht, indem wir die Norm als Form gemeinsam voraussetzen, aber über ihren Inhalt streiten. Zwischen dem „Dass“ der Norm und dem „Was“ ihres Inhalts kann nicht die Erkenntnis, sondern nur die Praxis der Argumentation 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.

⁵¹Programmatisch für eine nachpositivistische Rechtstheorie formuliert bei Alexander Somek/Nikolaus Forgó, *Nachpositivistisches Rechtsdenken*, Wien 1996, 357 ff.

⁵²Vgl. dazu auch Alexander Somek, *Rechtssystem und Republik*, Wien 1992, 475 ff.