



# Sources of Language and Law

[www.legal-linguistics.net](http://www.legal-linguistics.net)

This text is a preprint of:

**Ralph Christensen/Michael Sokolowski, Die Krise der Kommunikation und die Möglichkeit juristischen Argumentierens, in:  
Kent D. Lerch (Hrsg.), Die Sprache des Rechts, Band 2: Recht verhandeln, Argumentieren, Begründen und Entscheiden im Diskurs des Rechts,  
Walter de Gruyter, Berlin/New York 2005, S. 105 – S. 153.**

All rights reserved.

This pdf document provided by SOULL can be cited as:

**Christensen, Ralph/Sokolowski, Michael (2005): "Die Paradoxie richterlicher Gesetzesbindung" In: SOULL – Sources of Language and Law, <https://legal-linguistics.net> (originally published in: Kent D. Lerch (Hrsg.), Die Sprache des Rechts, Band 2: Recht verhandeln, Argumentieren, Begründen und Entscheiden im Diskurs des Rechts, Walter de Gruyter, Berlin/New York (2005): S. 105 – S. 153.)**

# Die Sprache des Rechts

Studien der interdisziplinären Arbeitsgruppe  
Sprache des Rechts  
der Berlin-Brandenburgischen  
Akademie der Wissenschaften

Im Auftrag der  
Berlin-Brandenburgischen  
Akademie der Wissenschaften  
herausgegeben von  
Kent D. Lerch

Band 2



# Recht verhandeln

Argumentieren, Begründen und Entscheiden  
im Diskurs des Rechts

Herausgegeben von  
Kent D. Lerch

Walter de Gruyter · Berlin · New York

# Inhalt

Vorwort .....	V
Inhalt .....	VII
Abkürzungen .....	IX
KENT D. LERCH, Recht verhandeln. Eine Vorbemerkung .....	XV
RALPH CHRISTENSEN, Die Paradoxie richterlicher Gesetzesbindung .....	1
RALPH CHRISTENSEN und MICHAEL SOKOLOWSKI, Die Krise der Kommunikation und die Möglichkeit juristischen Argumentierens .....	105
NORBERT GROEBEN und URSULA CHRISTMANN, Argumentationsintegrität als Zielidee im Rechtssystem? .....	155
ROLF GRÖSCHNER, Justizsyllogismus? Jurisprudenz! .....	203
KATI HANNKEN-ILLJES, „Keine Logik!“ Das Aufeinander- treffen verschiedener Argumentationsfelder in strafrecht- lichen Verfahren .....	219
MAXIMILIAN HERBERGER, Wie man beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte von der Logik spricht. Eine erste Sondierung .....	235
EKKEHARD HOFMANN, Formale Sprachen im Recht. Zur Durchschaubarkeit komplexer staatlicher Entscheidungen .....	289
GREGOR KALIVODA, Juristische Rhetorik. Systematische, historische und interdisziplinäre Aspekte der forensischen Beredsamkeit .....	321
MATTHIAS KLATT, Die Wortlautgrenze .....	343
ULFRID NEUMANN, Wahrheit statt Autorität. Möglichkeit und Grenzen einer Legitimation durch Begründung im Recht .....	369

ZSUZSA PARÁDI, Zum Verwechseln unähnlich. Ein sprachwissenschaftlicher Beitrag zur Argumentation in Markenrechtsurteilen.....	385
KATHARINA GRÄFIN VON SCHLIEFFEN, Zur topisch-pathetischen Ordnung juristischen Denkens. Resultate empirischer Rhetorikforschung .....	405
JEANNETTE SCHMID, Wie man den Eindruck von Glaubhaftigkeit erweckt – Psychologische Anmerkungen zur Sachverhaltsdarstellung.....	449
THOMAS-MICHAEL SEIBERT, Aktuelle Stile der Gerichtsrede .....	461
HANS-JOACHIM STRAUCH, Rechtsprechungstheorie. Richterliche Rechtsanwendung und Kohärenz .....	479
GERHARD STRUCK, Eristik für Juristen. Konzeptuelle Überlegungen und praktische Beispiele .....	521
HARALD WOHLRAPP, Argumente stehen in einem Text nicht wie Gänseblumen in der Wiese herum. Eine Kritik an Katharina Sobotas empirischer Rechtstextanalyse.....	549
Autoren .....	593

KENT D. LERCH

## **Recht verhandeln**

### **Eine Vorbemerkung**

Argumentieren, Begründen und Entscheiden sind das tägliche Brot des Juristen. Anwälte, die einen Rechtsstreit gewinnen wollen, brauchen Argumente; Richter, die einen Rechtsstreit zu entscheiden haben, sind gehalten, ihre Entscheidung zu begründen. Sie müssen in der Begründung zeigen, dass und inwieweit ihre Entscheidungen auf Recht und Gesetz beruhen. Allerdings muss der Richter entscheiden, komme was wolle: er hat Recht zu sprechen, auch wenn das Gesetz schweigt. Dies treibt den Richter aus der stillen Erkenntnis des Gesetzes in die Öffentlichkeit der Argumentation. Der Konflikt um das, was das Recht sagt, bedarf der Entscheidung, die auf der freien, aus dem Inbegriff der mündlichen Verhandlung geschöpften richterlichen Überzeugung beruht. Ihre Begründung ist bezogen auf die im Verfahren vorgebrachten Überlegungen und erlaubt es zu überprüfen, ob tatsächlich den besseren Argumenten der Vorzug gegeben wurde. Durch die Ausnutzung der Konfliktperspektiven kommt dem Verfahren eine zentrale Rolle für die Bildung des Rechts zu: erst durch das fortwährende Argumentieren, Begründen und Entscheiden entfaltet sich das Recht.

Das alles ist Juristen nur zu vertraut und fast schon selbstverständlich – so sehr, dass das Verfahren in der juristischen Methodenlehre nicht vorkommt. Wie der Widerstreit der Argumente ausgetragen, wie Recht verhandelt und im streitigen Verfahren gewonnen wird, scheint für sie nicht von besonderem Interesse zu sein. Das juristische Alltagsverständnis ist nach wie vor geprägt von der dem Rechtspositivismus verhafteten Vorstellung, es gelte nur, das Recht, das in den Rechtstexten enthalten sei, aus diesen herauszupräparieren, da dort die Entscheidung jedes einzelnen Rechtsfalls im Prinzip bereits vorweggenommen sei. Durch „richtige“ Auslegung „finde“ man das richtige Recht und könne es dann „anwenden“. Der Richter ist danach nur der Mund, der die Worte des Gesetzes ausspricht. Reduziert man aber die richterliche Rede auf die Verlautbarung eines im Gesetz schon vorhandenen Inhalts, dann dient das Verfahren nur noch der Klärung des Sachverhalts und spielt für die eigentliche Rechtserkenntnis keine Rolle. Diese

vollzieht sich vielmehr allein im Kopf des Richters. Das Arcanum der juristischen Erkenntnis, die lediglich durch die spätere Begründung nachvollziehbar gemacht werden kann, wird dabei durch den Rückzug des Gerichts aus der Öffentlichkeit der Verhandlung in die Stille des Beratungszimmers zum Ausdruck gebracht.

Die klassische Methodenlehre erweist sich damit als einem juristischen Determinismus verhaftet: Dem Richter ist die einzig richtige Entscheidung vom Gesetz vorgegeben und bestimmt. Als Erkenntnis von etwas Vorgegebenem bedarf diese Entscheidung keiner Rechtfertigung; Diskussion und Streit über Erkenntnisse sind nicht geboten. Das Verfahren dient nur dazu, den Uneinsichtigen zur Erkenntnis hinzuführen. Die Begründung des Urteils hat damit auch nicht die Aufgabe, die Entscheidung zu rechtfertigen, sondern dient nur der Demonstration ihrer Richtigkeit: Wird die Entscheidung als dem Richter vom Gesetz vorgegeben gedacht, dann kann ihre Begründung nur in dem Nachweis bestehen, dass das richterliche Urteil die Entscheidung des Gesetzgebers reproduziert. Die Begründung hat dann die Aufgabe, den Beweis zu erbringen, dass etwas der Fall ist. Dass etwas der Fall ist, lässt sich aber nur dadurch beweisen, dass man Wege zur Erkenntnis des fraglichen Sachverhalts aufzeigt, dass man die Methode angibt, mit deren Hilfe die Wirklichkeit zu erkennen ist.

Als diese Methode soll die Auslegung der Gesetze dienen. Das Bild der Auslegung bringt wiederum das deterministische Verständnis der juristischen Methodenlehre zum Ausdruck: Der „Rechtsanwender“ legt nur aus, was vorher im Text schon enthalten war. Gegenstand der Auslegung ist der Gesetzestext als „Träger“ des in ihm niedergelegten Sinnes, um dessen Verständnis es in der Auslegung gehe. Auslegung sei „Auseinanderlegung“, Ausbreitung und Darlegung des in dem Text beschlossenen, aber noch gleichsam verhüllten Sinnes. Durch die Auslegung werde dieser Sinn „zur Sprache gebracht“. Statt induktiv an der Argumentationspraxis im Gerichtsverfahren als sozialem Prozess anzusetzen, wird also aus einer Theorie des Textverstehens abgeleitet, was die Gerichte zu tun haben; statt von den praktischen Verläufen juristischer Argumentation her nach der Bedeutung juristischer Texte zu fragen, wird über eine Theorie der Bedeutung juristischer Texte entschieden, um auf dieser Grundlage die möglichen Bindungen der Gerichte zu bestimmen. Der Richter soll durch das Gesetz im Sinne seiner vorgegebenen Bedeutung gebunden sein. Die juristische Methode weist ihm den Weg vom Wort des Gesetzes zu dessen einzig richtiger Bedeutung.

Wenn die juristische Methode aber die Leistung erbringen soll, welche die tradierte Methodenlehre von ihr erwartet, müsste sie klare Re-

geln liefern können, welche die Voraussetzungen, die Anwendung und die Rangfolge der Auslegungsschritte bestimmen. Nur dann wäre die Methodenlehre in der Lage, den Weg zur einzig richtigen Erkenntnis zu bestimmen. Gerade dies vermag sie aber nicht. Unklarheit besteht schon hinsichtlich der methodischen Instrumente. Auf den ersten Blick mag dies nicht so scheinen, hält sich die gerichtliche Praxis doch ganz offenkundig an die klassischen Kanones der Auslegung. Die Gerichte sind ausgesprochen konservativ und verwenden nur extrem selten neue methodische Vorschläge aus der Literatur. Dies liegt zum einen daran, dass die in der Literatur zur Ergänzung oder Ersetzung der Kanones angebotenen Regeln oft noch schwieriger zu handhaben sind und noch mehr Unbestimmtheit aufweisen als die Regeln, die sie ersetzen sollen, zum anderen aber auch daran, dass das Recht die gesellschaftliche Aufgabe hat, Erwartungsstabilität zu garantieren. Es wird daher geradezu als Gebot richterlicher Klugheit angesehen, eine Diskussion in der Lehre erst dann aufzugreifen, wenn sich ein überzeugendes und gesichertes Ergebnis herausgeschält hat. Deswegen beschränken sich die Gerichte auf die „hergebrachten Methoden der Gesetzesauslegung“, die das Bundesverfassungsgericht in seinen Entscheidungen wiederholt herausgestellt hat:

„Während die ‚subjektive‘ Theorie auf den historischen Willen des ‚Gesetzgebers‘ = Gesetzesverfassers, auf dessen Motive in ihrem geschichtlichen Zusammenhang abstellt, ist nach der ‚objektiven‘ Theorie, die in Rechtsprechung und Lehre immer stärkere Anerkennung gefunden hat, Gegenstand der Auslegung das Gesetz selbst, der im Gesetz objektivierte Wille des Gesetzgebers. ‚Der Staat spricht nicht in den persönlichen Äußerungen der an der Entstehung des Gesetzes Beteiligten, sondern nur im Gesetz selbst. Der Wille des Gesetzgebers fällt zusammen mit dem Willen des Gesetzes‘ (Radbruch, Rechtsphilosophie, 4. Aufl. 1950, S. 210 f.). Diesem Auslegungsziel dienen die Auslegung aus dem Wortlaut der Norm (grammatische Auslegung), aus dem Zusammenhang (systematische Auslegung), aus ihrem Zweck (teleologische Auslegung) und aus den Gesetzesmaterialien und der Entstehungsgeschichte (historische Auslegung). Um den objektivierten Willen des Gesetzgebers zu erfassen, sind alle diese Auslegungsmethoden erlaubt. Sie schließen einander nicht aus, sondern ergänzen sich gegenseitig.“ (BVerfGE 11, 126, 129 f.)

Trotz dieser auf den ersten Blick klaren Stellungnahme bleibt noch vieles offen. Nach Arthur Kaufmann sind die expliziten methodischen Reflexionen des Bundesverfassungsgerichts „mehr ein Selbstbedienungsladen als eine Anleitung zu sinnvollem Gebrauch“. Streiten kann man über die Anzahl der Kanones: ob also historische und genetische Auslegung voneinander zu unterscheiden sind, ob die teleologische Auslegung wirklich zum Kanon gehört etc. Gleichermassen ungeklärt ist ihre Reihenfolge, wie auch die Frage, ob man bei einem Auslegungs-

problem stets alle Instrumente anwenden muss. Auch hinsichtlich des Ergänzungsverhältnisses der Kanones halten sich die Gerichte bedeckt; jedenfalls ist nicht zu erkennen, dass sie bei jedem Problem immer alle Kanones verwenden würden. Stattdessen werden die Kanones exemplarisch zur Klärung der im Verfahren aufgetauchten Streitfragen eingesetzt. Darüber hinaus ergeben sich natürlich auch in der Anwendung vielfältige Schwierigkeiten. Kommt es bei der grammatischen Auslegung auf den Sprachgebrauch des Gesetzgebers, des Gesetzes oder vielleicht sogar des Lesers an? Muss man bei der historischen Auslegung neben den früheren Gesetzestexten auch noch geschichtliches Wissen verarbeiten? Wie kann bei der systematischen Auslegung die Unendlichkeit von Weiterverweisungen sinnvoll begrenzt werden? Und wie ist schließlich bei der teleologischen Auslegung ein Zweck festzustellen, wem ist dieser zuzurechnen und wie macht man daraus ein Argument?

Schließlich steht man, wenn man bei einem Auslegungsproblem mehrere oder vielleicht sogar alle Kanones angewendet hat, vor dem Problem ihrer Gewichtung. Aus der zitierten Äußerung des Bundesverfassungsgerichts zu den Methoden der Gesetzesauslegung scheint sich eine klare Lösung zu ergeben, doch auch das Verfassungsgericht selbst ist insoweit nicht konsequent, als es in vielen Fällen die genetische Auslegung zur allein entscheidenden gemacht oder ihr jedenfalls eine führende Rolle gegeben hat. Die Literatur hat daraus gefolgert, wer in den Entscheidungsbänden des Bundesverfassungsgerichts Antwort auf die Frage suche, welche der herkömmlichen Auslegungslehren er wann anwenden solle, sei am Ende verwirrter als zu Beginn. Die Rechtsprechung praktiziere einen „Methodenpluralismus“, da

„trotz aller von der Praxis kaum zur Kenntnis genommenen methodologischen Darlegungen über Rang und Reichweite des einzelnen Interpretationsschemas je nach der Dienlichkeit eines offiziell anzuerkennenden Interpretationselementes höchst willkürlich oder scheinbar willkürlich, nämlich vom Ergebnis bestimmt, historische oder grammatische, systematische oder zweckreflektierende Interpretationsmerkmale selektiv benutzt werden.“

(Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 124)

Allerdings hat die methodische Literatur auch keine Alternative zu den Gerichten zu bieten. So fordert Larenz, der Klassiker der Methodenlehre, die Auslegungsgesichtspunkte gegeneinander abzuwägen, lehnt aber eine Rangfolge der Kanones ausdrücklich ab. Angesichts der Unklarheiten der klassischen Lehre bezüglich Anwendungsweise, Reihenfolge und Ranghöhe der Kanones kann man daher nur festhalten, dass es keine allgemein anerkannte, die Lösung gerade auch des Problemfalles determinierende Methode gibt. Wenn es aber keine eindeutige Me-

thode gibt, kann dem Richter auch nicht der Weg zur einzig richtigen Erkenntnis des Falles gewiesen werden.

Die Einsicht in die Unzulänglichkeit der juristischen Methodik ist allerdings nicht neu. Schon vor dreißig Jahren hat Esser festgestellt, dass die Methodenlehre die Handlungsbedingungen der juristischen Praxis verfehlt, eine Feststellung, die bis heute nicht widerlegt worden ist. Nicht ohne Grund hat man in den letzten Jahren vom Scheitern der juristischen Methodik im Rechtsalltag gesprochen und konstatiert, die juristische Methodenlehre sei an ihren Idealisierungen gestorben; ihr mangelnder Sinn für die rechtliche und soziale Wirklichkeit habe ihr ein Überleben in eben dieser Wirklichkeit auf die Dauer unmöglich gemacht.

Da der real existierende Methodensynkretismus nur eine unstrukturierte Sammlung von Instrumenten liefert und fast alle wichtigen Bestandteile der Entscheidungssituation ausklammert, bleibt er gegenüber der Aufgabe einer Entscheidung sozialer Probleme unterkomplex. Stellt man allein auf den Richter und den Gesetzestext ab, so gibt es keine Instanz, welche dem Richter die zu treffende Entscheidung als Erkenntnis vorgeben könnte. Der Richter trifft seine Entscheidung aber nicht allein mit dem Text. Es geht vielmehr ein Streitiges Verfahren voraus, in welchem die Parteien sich bemühen, Argumente für die ihnen günstige Lesart des Gesetzestextes beizubringen. Diese Argumente hat der Richter zur Kenntnis zu nehmen, zu würdigen und der auf dem jeweiligen Stand der Kunst besseren Argumentation Vorrang einzuräumen. Die Entscheidung wird nicht im Bewusstsein des Richters gefunden, sie vollzieht sich im sozialen Raum eines diskursiven Verfahrens.

„Was ein Leser im finsternen Inneren seiner Gedanken denkt, sofern er sich überhaupt die Zeit nimmt, vom Text abzuschweifen, braucht uns nicht zu interessieren. Wenn er anfängt zu interpretieren, bereitet er Argumentation vor. Er kann dies tun, in dem er zunächst Kommunikation in der Form eines Selbstgesprächs (nicht: in der Form eines Gesprächs mit dem Text!) oder in der Form artikulierten, verbalisierten Denkens simuliert, gleichsam probeweise kommunizierend. Aber dann beherrschen ihn bereits die Kriterien dessen, was man überzeugend sagen kann. Es geht dann nicht mehr nur um ‚dunkle Stellen‘, sondern um die Frage, in welchen Zusammenhängen man sich in der Kommunikation auf welche Texte beziehen kann.“

(Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, 362 f.)

Dessen ungeachtet werden das Verfahren und der Argumentationsprozess von der klassischen Methodenlehre vollkommen ausgeblendet und nur der Richter in den Blick genommen. Mit der Fixierung auf die richterliche Erkenntnis als einer kognitiven Leistung verschwindet aber die soziale Komponente und damit fast alles, was für die Entscheidung

und Bestimmung des Interpretationsprozesses eine Rolle spielen könnte. Die Konsequenz liegt darin, dass die methodischen Instrumentarien im Verhältnis zu der ihnen auferlegten Aufgabe vollkommen unterbestimmt bleiben.

Eingestanden hat die juristische Methodenlehre ihr Scheitern allerdings nicht. Nach wie vor wird in den Standardwerken der Methodensliteratur daran festgehalten, dass auch die Entscheidung umstrittener Rechtsfragen ein Akt der Erkenntnis sei. Das soll selbst für innovative Entscheidungen gelten, wie etwa die „erstmalige Auffüllung einer Gesetzeslücke im Wege einer Analogie oder einer teleologischen Reduktion“. Die gängigen Anleitungen der Praxis dagegen reagieren auf das Versagen der juristischen Methodik mit einer Verdeckungsstrategie. So werden in den Lehrbüchern zur Vorbereitung auf das Zweite Staatsexamen semantische Fragen als logische Operationen ausgegeben:

„Hier spricht nicht ein Jurist zu Juristen, sondern das Gericht zu den Parteien kraft staatlicher Autorität. Konjunktive und Optative („möchte“, „dürfte“, „sollte“) gehören nicht in ein Urteil. ... Zweifel an der eigenen Ansicht dürfen nicht ersichtlich werden.“

(Berg/Zimmer, Gutachten und Urteil, 128).

Letztlich ist es daher nur konsequent, dass im Rahmen des Urteils nicht für Recht befunden, sondern für Recht erkannt wird.

An Versuchen, die juristische Methodik operabel zu machen, hat es in der Methodenlehre gleichfalls nicht gefehlt. Der positivistische Ansatz fordert das Offenlegen der wahren Entscheidungsgründe, um ein „Spiel mit offenen Karten“ zu ermöglichen. Da die vorhandenen Regeln offensichtlich nicht ausreichen, sind weitere Entscheidungsregeln einzuführen, die das Gesetz verdrängen oder moralisch unterfüttern sollen. Aber weder das Heranziehen unverbindlicher moralischer Regeln, subjektiver Gerechtigkeitsüberzeugungen oder sonstiger privater Umstände können eine Rechtsentscheidung begründen, denn die Begründung hat nicht allein darzulegen, warum der Entscheidende so und nicht anders entschieden hat; ihr Gegenstand ist vielmehr auch, ob und wie sich der Rechtsanwender am Maßstab des Rechts orientiert hat. Subjektive Überzeugungen oder moralische Regeln können faktische Gründe für eine Entscheidung sein, aber sie sind eben keine Rechtsgründe, welche die Anforderungen einlösen könnten, die die Verfassung an eine richterliche Begründung stellt.

Darüber hinaus krankt der positivistische Ansatz aber auch an der Annahme, dass der Text bei der Interpretation identisch bleibt und lediglich eine Verdeutlichung desselben in anderen Zeichen erfolgt. Die Identität des Textes ist allerdings selbst eine Interpretationsfrage, weshalb man heute Interpretation als Produktion neuer Texte aufgrund

von alten versteht, das heißt als Vermehrung und Erweiterung der Textgrundlage. Deswegen kann Schrift aber keine Determinationsgrundlage für die Herstellung von Recht sein:

„Schrift ist nur eine Form, die eine Differenz von Textkörper und Interpretation, von Buchstaben und Geist des Gesetzes erzeugt. Es gibt keine schriftliche Fixierung des geltenden Rechts, ohne dass dadurch ein Interpretationsbedarf entsteht. Beides wird in einem Zuge, als eine Zwei-Seiten-Form erzeugt. Sobald Texte geschrieben sind, entsteht daher ein Problem der Interpretation.“

(Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, 362).

Auch wenn das positivistische Modell der Rechtserkenntnis praktisch nicht funktioniert, bleibt die von ihm aufgeworfene Problemstellung dennoch erhalten; allein die sprachlichen Bedingungen müssen differenzierter betrachtet werden. Recht existiert nur in Sprache und nur durch Sprache. Eine Flucht vor den Problemen sprachlicher Bedeutung ist für die Jurisprudenz daher nicht möglich. Es gilt vielmehr, dieses Feld genauer zu beschreiben.

Bisher wurde das Problem darin gesehen, dass sich zu wenig objektive Bedeutung im Text finde, so dass der Richter noch durch Werte, Moral und Gerechtigkeit unterstützt werden müsse. Die Ausgangssituation juristischer Entscheidungen stellt sich indes gerade umgekehrt dar: Das Gericht findet nicht zu wenig, sondern zu viel an Bedeutung. Jede der beiden streitenden Parteien hat eine sehr spezifische Vorstellung davon, was der fragliche Normtext für ihr Regelungsproblem „sagt“ oder „bedeutet“; dazu kommen die dogmatischen Bedeutungserklärungen der Rechtsliteratur, die gerichtlichen Vorentscheidungen und die mitgebrachten Gebrauchsweisen aus der Rechtstradition, der Entstehungsgeschichte, der Alltagssprache und der juristischen Fachsprache, wobei sich die Verwendungsweisen nicht nur der Parteien, sondern auch der Gerichte und der Literatur meist gegenseitig ausschließen. Es wird also nicht die Bedeutung, sondern der Konflikt um die Bedeutung vom Normtext in die Entscheidungssituation mitgebracht. Genau diesen Konflikt um die sprachliche Bedeutung muss der Richter am praktischen Fall entscheiden. Die Rechtstheorie ist daher gehalten, das Problem der richterlichen Entscheidung im diskursiven Rahmen praktischer Argumentationsprozesse neu zu stellen. Die juristische Methodik wird damit von der unlösbaren Aufgabe entlastet, den Weg zur einzig richtigen Erkenntnis zu weisen.

Die Hermeneutik hat auf diese Herausforderung zu reagieren versucht, indem sie den Begriff der Erkenntnis durch das Attribut „schöpferisch“ spezifizierte. Aber das ist keine befriedigende Lösung. Während der paradox anmutende Begriff der „kreativen Erkenntnis“ einen Stellenwert im Rahmen eines Modells des Verstehens hat, das die akti-

ve Rolle des Interpreten im Verhältnis zu dem zu interpretierenden Werk und dessen Urheber betont, so dass man von der musikalischen oder literarischen Interpretation als schöpferischer Erkenntnis sprechen mag, kommt es bei der Tätigkeit des Juristen gerade darauf an klarzustellen, wem eine bestimmte Entscheidung zuzurechnen ist. Der Unterschied zwischen der kognitiven und der kreativen Komponente der richterlichen Entscheidung darf daher nicht durch harmonisierende Formeln verdeckt werden. Hält man an der scharfen kategorialen Unterscheidung zwischen Kognition und Deziision fest, so liegt auf der Hand, dass sich die Entscheidung strittiger Rechtsfragen nicht im Wege der reinen Erkenntnis vollzieht. Erkenntnis ist ohne gleichwertige Alternative; die Alternative zur Erkenntnis ist der Irrtum. Wenn es aber bei umstrittenen Rechtsfragen nicht um Erkenntnis geht, fragt sich, ob es die Rechtswissenschaft lediglich mit (Willens-)Entscheidungen zu tun hat. Gelöst werden kann dieses Problem durch die Einsicht, dass Entscheidung nicht notwendig Willkür bedeutet.

Die Theorie der juristischen Argumentation markiert einen dritten Weg zwischen juristischem Determinismus einerseits und juristischem Deziisionismus andererseits. Der juristische Determinismus bedarf keiner Theorie der Argumentation, während es für den juristischen Deziisionismus eine solche Theorie nicht geben kann. Juristische Argumentation ist dagegen von wesentlicher Bedeutung für eine dritte Position, die die richterliche Entscheidung weder als reine „Anwendung“ des Gesetzes noch als Akt richterlicher Willkür, sondern als vom Gesetz nicht festgelegte, aber gleichwohl rational begründbare Entscheidung betrachtet. Die Theorie der juristischen Argumentation zielt daher nicht auf eine methodengerechte und in diesem Sinne „richtige“ Entscheidungsfindung, sondern auf die überzeugende Begründung der gefundenen Entscheidung.

Die Kritik an der Vorstellung vom bloßen Auffinden und Anwenden des Rechts führte daher bereits in den fünfziger Jahren zu einem Wiederaufgreifen der klassischen Rhetorik als einer Argumentationstheorie, mit der sich leichter als mit traditioneller Semantik oder Logik begreifen lässt, was vor sich geht, wenn Juristen Entscheidungen fällen: weniger die mechanisch gedachte Ausführung eines Justizsyllogismus als vielmehr ein konstruierendes topisches Problemdenken. Auch lässt sich mit klassischer Rhetorik und moderner Argumentationstheorie analysieren und verstehen, was weitgehend unabhängig von der Urteilsfindung als dessen Begründung auftritt und in der Regel viel stärker auf Plausibilität und größtmöglichen Konsens denn auf deduktive Stringenz abzielt. Diesen Vorzügen verdankt es die Theorie der juristischen Argumentation, dass sie auch heute noch neben Hermeneutik

und logisch-sprachphilosophisch orientierten Ansätzen als dritte wichtige Theorieströmung die juristische Methodendiskussion beherrscht.

Die Fragen nach der Bedeutung des Rechtstextes und nach den Methoden juristischen Arbeitens bleiben dabei erhalten; es ändert sich nur ihr Kontext. Sie stehen nun nicht mehr im Zusammenhang eines spekulativen Modells zur Erzeugung der einzig richtigen Entscheidung im Kopf des Richters, sondern im praktischen Kontext einer Beurteilung von Argumenten. Der Gesetzestext ist damit kein im Akt des Lesens abzubildender Gegenstand mehr, für den es eine einzige richtige Lesart gibt; er ist vielmehr Bezugspunkt eines Argumentationsprozesses zwischen den Angehörigen einer Sprachgemeinschaft. Die Frage, wann eine Lesart der anderen vorzuziehen ist, kann nicht einsam von einem mit dem Maß der objektiven Bedeutung ausgestatteten Richter entschieden werden. Entscheiden kann man darüber nur noch, indem man die Argumente für die eine oder andere Lesart vergleicht. Mit der pragmatischen Wende verlagert sich die epistemische Autorität des Ich, das sein Inneres inspiziert, auf das Wir der Kommunikationsgemeinschaft, vor der ein jeder seine Auffassungen rechtfertigt.

Allerdings fragt sich, ob es für diese Rechtfertigung ideale Maßstäbe gibt, denen zu genügen ist, oder ob sie empirisch zu lesen ist als Durchsetzung einer Lesart in einem bestimmten Verfahren, ob es also um eine an philosophischen Maßstäben zu messende rationale Rechtfertigung oder um eine an der argumentativen Geltung orientierte Überprüfung von Lesarten geht. Beide Varianten einer pragmatischen Wende führen Risiken mit sich. Ein rein empirischer Ansatz steht in der Gefahr, dass sich im Raum semantischer Unbestimmtheiten der jeweils stärkere Machtfaktor unkontrolliert durchsetzt, ohne dass noch kritische Maßstäbe zur Verfügung stünden. Das Problem der Gerechtigkeit wäre damit vollständig einem jeweils aktuellen Kräfteverhältnis ausgeliefert und verlöre seine über den Einzelfall hinausweisende Rolle. Dagegen steht ein Ansatz, der nach den Bedingungen idealer Rechtfertigung fragt, in der Gefahr, dass in den herangezogenen Maßstäben verborgene Entscheidungen eingehen und damit das Problem der Gerechtigkeit einen endgültigen, aber partikulären Gehalt gewinnt. Beide Gefahren müssen in einer Theorie der juristischen Argumentation und Begründung vermieden werden, wenn sie rechtsstaatlichen Maßstäben genügen will.

Da der Gesetzestext selbst aber nichts hergibt als nur Worte, muss im Konflikt um jede Bedeutung des Textes gerungen werden. Der Kampf ums Recht stellt sich damit dar als Auseinandersetzung um die Bedeutung des Gesetzes. Die Parteien versuchen, ein bestimmtes Verständnis der Textbedeutung mit spezifischen Argumenten gegen andere Ver-

ständnisweisen durchzusetzen. Der Streit dreht sich also um sprachliche Gebrauchsweisen. Das Gesetz eröffnet dem Konflikt als widerstreitender Anspruch auf das eigene Recht seinen Raum. Mit dem Gesetz kann der Konflikt zur Sprache gebracht werden. Ausgetragen werden kann er nur in der Sprache, denn in diesem Streit stehen sich zwei unversöhnliche Ansprüche auf die Bedeutung des Gesetzes für die eigene Sache gegenüber, die nach einer Entscheidung verlangen. Das Gesetz bietet den Rahmen für den Kampf um das Recht in der Sprache, der durch das Durchsetzen einer bestimmten Bedeutung des Gesetzestextes für den verhandelten Konflikt entschieden wird. Es ist dieser Kampf mit der Sprache, dem das Recht seine Entstehung verdankt.

Der Richter muss entscheiden, auch wenn sich eine Entscheidung niemals in Gründe auflösen lässt. Das heißt aber noch nicht, dass die Entscheidung aus dem normativen Nichts käme, denn der Richter steht nicht nur unter einem Entscheidungs-, sondern auch unter einem Begründungszwang. Er weiß bereits im Verfahren, dass er ohne gute Gründe mit seinem Urteil nicht durchkommen wird. Die Pflicht, seine Entscheidung später begründen zu müssen, zwingt ihn von vornherein, sich jeden für die Entscheidungsfindung notwendigen Schritt sorgfältig zu überlegen. Auch wenn sich das Moment der Entscheidung weder durch Sprache noch durch Argumentation vollständig auflösen lässt, muss das Urteil deswegen noch nicht zur Ausübung von blinder Herrschaft und Willkür werden. Mit der Anforderung der Begründung als Sicherheit gegen subjektives Belieben ist vielmehr eine Schranke gegen Willkür gesetzt, welche die vom Richter ausgeübte Gewalt mindestens irritiert, indem sie sein Tun kontrollierbar macht. Die Gerechtigkeit ist daher der Gewalt des Richters nicht vollkommen ausgeliefert. Nach wie vor gilt, was Brinkmann in seiner Schrift *Ueber die richterlichen Urtheilsgründe* schon 1826 feststellte:

„Wo aber die Gerechtigkeit ihr Haupt frei erheben darf, da scheint es von selbst geboten zu seyn, daß sie sich über die Art und Weise, wie sie ihr Amt verwaltet, offen ausspreche und so auch den leisesten Argwohn entferne, als werde sie durch geheimnisvolle Maximen geleitet.“

Wie die Gerechtigkeit ihr Amt verwaltet und wie sich das Argumentieren, Begründen und Entscheiden im Diskurs des Rechts vollzieht, darauf versuchen die Autoren des Sammelbandes in den nachstehenden Beiträgen Auskunft zu geben.

RALPH CHRISTENSEN UND MICHAEL SOKOLOWSKI

## Die Krise der Kommunikation und die Möglichkeit juristischen Argumentierens

Ausgangspunkt des Rechts ist der Konflikt.<sup>1</sup> Dieser beginnt als Widerstreit, d. h. als praktischer Konflikt ohne Erklärung außerhalb von Rechts- und Tauschverhältnissen: „Was diesen Zustand anzeigt, nennt man normalerweise Gefühl. ‚Man findet keine Worte‘ usw.“<sup>2</sup> Streng genommen kann man ihn nur in der ersten Person formulieren, in der dritten wäre er schon objektiviert: „Der Widerstreit ist der instabile Zustand und der Moment der Sprache, in dem etwas, das in Sätze gebracht werden können muss, noch darauf wartet.“<sup>3</sup>

### I. Die Aufgabe des Rechts

Aus dieser Situation erwächst das Problem des Rechts: „Jedes Unrecht muss in Sätze gebracht werden. Eine neue Kompetenz (oder Klugheit) muss gefunden werden.“<sup>4</sup> In die erste Person wird damit eine objektivierende Instanz eingeführt, welche zwischen den beiden Konfliktparteien vermitteln soll. Um diese Aufgabe zu lösen, müsste das Recht ein Verfahren zur Entscheidungsfindung spezifizieren und ein streng geregeltes Vokabular sowie objektive Maßstäbe für die Streitentscheidung zur Verfügung stellen. Damit wäre die gemeinsame Sprache gefunden, welche das Unrecht formuliert und durch Entscheid beseitigt. Offen bleibt, ob der Rechtsstreit das Unrecht aus der Perspektive der ersten Person in die Perspektive der dritten Person transponieren kann.

---

<sup>1</sup> NIKLAS LUHMANN, Konflikt und Recht, in: DERS., *Ausdifferenzierung des Rechts*. Frankfurt am Main 1999, 92 ff., 92, m. w. N. in Fn. 1.

<sup>2</sup> JEAN-FRANCOIS LYOTARD, *Der Widerstreit*. Frankfurt am Main 1987, 33.

<sup>3</sup> LYOTARD, *Der Widerstreit* (Fn. 2), 33.

<sup>4</sup> Ebd.

## II. Das Problem der Artikulation des Unrechts

Die Anträge der Parteien sind sprachlich formuliert, ebenso wie die Gesetzestexte, Vorentscheidungen und Lehrmeinungen. Kann sich das Recht also für seine Aufgabe, das Unrecht zu artikulieren, auf eine gemeinsame Sprache stützen?

### 1. Der Rechtsstreit als Kommunikationskrise

Vor Gericht geht es nicht um Verständigungsprobleme, die man unter Berufung auf die gemeinsame Sprache beilegen könnte. Beide Parteien haben das Gesetz verstanden. Nur in gegensätzlicher Weise. Es lässt sich auch nicht behaupten, dass eine der beiden Lesarten des streitigen Sachverhaltes und der Gesetzestexte außerhalb von Sprache und Bedeutung liege und nur unverständliches Gestammel darstelle. Die Vorstellung der Sprache als ein gemeinsamer Regelapparat versagt. Wie aber sollen die Parteien sich einig werden können, wenn sie durch Antagonismus ihrer Überzeugungen in ein und derselben Sache bei Licht besehen nicht einmal „dieselbe Sprache sprechen“?

Der Rechtsstreit ist die Krise von Kommunikation par excellence. Jedenfalls dann, wenn man sich unter Kommunikation mehr vorstellt, als gezwungenermaßen überhaupt noch miteinander reden zu müssen. Mehr aber ist mit dem Eintritt in das Verfahren einer Entscheidung von Recht nicht zu erwarten. Zwar wird die ursprüngliche Brachialität der Auseinandersetzung darin gemildert, dass der „Kampf ums Recht“ nur sprachlich ausgetragen werden kann. Sofern aber zugleich „das Element des Streites und des Kampfes“ ein dem Rechtsbegriff „ureigenes“ ist,<sup>5</sup> kehrt dieses im Verfahren als der offene „Bürgerkrieg der Sprache mit sich selbst“ wieder.<sup>6</sup>

Auf eine Formel gebracht sind die Parteien in den „Kampf um das Recht im Raum der Sprache“ verstrickt.<sup>7</sup> Die Sprache gibt keine den Parteien gemeinsame Verständigungsbasis ab. Vielmehr steht sie als Einsatz selbst auf dem Spiel. Die Parteien wollen sie durch ihr jeweiliges Verständnis vereinnahmen und dieses so als Recht im anstehenden Fall durchsetzen. Die Bedeutung der betroffenen Normtexte und Begriffe löst sich in eine Vielzahl konträrer Bedeutsamkeiten auf.

---

<sup>5</sup> RUDOLF VON JHERING, *Der Kampf ums Recht*. Frankfurt am Main 1992, 100.

<sup>6</sup> Diese Formulierung bei JEAN-FRANCOIS LYOTARD, *Das postmoderne Wissen*. Wien 1982.

<sup>7</sup> Vgl. FRIEDRICH MÜLLER/RALPH CHRISTENSEN/MICHAEL SOKOLOWSKI, *Rechtstext und Rechtsarbeit*. Berlin 1997, 68 ff.

Der Streit geht über Sprache. Im Antagonismus der Ansprüche auf das „Idiom“<sup>8</sup> des Rechts steht jene Sprache zur Disposition, die zwischen den Parteien vermitteln sollte. Jede Einlassung und Äußerung der Parteien zum Fall setzt Sprache im Dienste des jeweils eigenen Interesses ein. Dies lässt Sprache in die Kluft des diametralen Gegensatzes fallen.<sup>9</sup>

Dass Sprache umstritten ist, heißt aber nicht, dass die Akteure im Rechtsstreit hoffnungslos aneinander vorbeireden müssten. Im Gegenteil. Kompetitives Handeln wie der semantische Kampf ist Inter-Aktion auf dem höchsten Niveau der wechselseitigen Angewiesenheit der einzelnen Züge der Sprecher aufeinander. Jedes Missdeuten wird stehenden Fußes mit dem Misserfolg abgestraft. Um also im Rechtsstreit bestehen zu können, sind die Parteien darauf angewiesen, genau auf den anderen zu hören. Ein Konflikt ist soziologisch gesehen ein hoch integriertes System von Kommunikation.<sup>10</sup>

Erst ein Perspektivenwechsel erklärt, wieso Verständigung trotz des elementaren Mangels an gemeinsamer Sprache möglich ist. Man wechselt dabei vom Sprecher zum interpretierenden Hörer. Verstehen ist kein Sprachverstehen. Es ist „Personenverstehen“.<sup>11</sup> Das heißt, „dass das Verstehen einer sprachlichen Äußerung nicht als das Verstehen eines sprachlichen *Ausdrucks*, vielmehr als Verstehen einer handelnden *Person*, die sich in der Äußerung ausdrückt, aufzufassen ist.“<sup>12</sup> Die Akteure sind dazu nicht in der Lage, weil sie die gleiche Sprache sprechen. Vielmehr sind sie dazu in der Lage, weil sie von sich aus in der ihnen eigenen Sprache<sup>13</sup> Vermutungen über die Absichten und Ziele des Anderen anstellen können. Sie vermögen diese in Einklang mit dem Kontext zu bringen, in dem diese Äußerungen stehen. Und sie können anhand der Reaktionen ihr Verständnis überprüfen und sich darauf einstellen.

Zu den für das Interpretieren nötigen Vorstellungen gehört, im Anderen ein sprachbegabtes Wesen zu sehen. Von daher versuchen wir

<sup>8</sup> Im Sinne von LYOTARD, *Der Widerstreit* (Fn. 2), 23, 232 f. und öfter.

<sup>9</sup> Allgemein dazu KLAUS GLOY, „Der Abgrund zwischen den Sätzen“ – Eine Kluft zur Sprachtheorie, in: GEBHARD WARNER/KLAUS GLOY, *Lyotard. Darstellung und Kritik seines Sprachbegriffs*. Aachen 1995, 81 ff.

<sup>10</sup> NIKLAS LUHMANN, *Konflikt und Recht* (Fn. 1), 92 ff., 101.

<sup>11</sup> Vgl. SYBILLE KRÄMER, *Sprache, Sprechakt, Kommunikation. Sprachtheoretische Positionen des 20. Jahrhunderts*. Frankfurt am Main 2001, 177.

<sup>12</sup> SYBILLE KRÄMER, *Sprache und Sprechen oder: Wie sinnvoll ist die Unterscheidung zwischen einem Schema und seinem Gebrauch? Ein Überblick*, in: SYBILLE KRÄMER/EKKEHARD KÖNIG (Hrsg.), *Gibt es eine Sprache hinter dem Sprechen?* Frankfurt am Main 2002, 97 ff., 119.

<sup>13</sup> Dazu, dass es im Grunde so viele Sprachen wie Sprecher gibt: DONALD DAVIDSON, *Die zweite Person*, in: *Deutsche Zeitschrift für Philosophie* 48 (2000), 395 ff.

dem, was er uns darbietet, in einer uns vertrauten Weise Bedeutung zu verleihen. Dazu ist nötig, dem Anderen zu unterstellen, dass er sehr wohl weiß, wovon er redet und was er tut. Und dafür wiederum ist nötig, dass wir bis zum „Beweis des Gegenteils“ unterstellen, dass sich der Andere im Großen und Ganzen nicht anders durch die Welt bewegt, als wir es auch tun. Dieses „Prinzip der Nachsicht“ besagt nun gerade nicht, dass Verstehen zu völliger Konformität zwingen würde. Es bietet ganz im Gegenteil überhaupt erst die Grundlage, einen Anhaltspunkt dafür, Varianzen und Divergenzen festzustellen und ihnen in Hinblick auf die Bedeutung, in der der Andere Sprache verwendet, Rechnung zu tragen.

Gerade mit Davidson wird klar, wie es überhaupt zu einer Situation des förmlichen Antagonismus von Sprachen im Rechtsstreit kommen kann. Die Akteure sind nicht irgendwelchen Einflüsterungen einer ihrer Rede unterliegenden Sprache ausgeliefert, denen sie gleichermaßen auf Gedeih und Verderb folgen müssten, um einander zu verstehen. Sie werden in dem, was sie zu sagen haben, und in dem, was sie verstehen, nicht von der Sprache determiniert. Vielmehr verhalten sie sich in der Sprache zu ihr. Es bleibt ganz in der Hand der Akteure, dem Auftreten des Anderen Sinn zu geben und diesen entsprechend zu handhaben. In dieser Distanz ist die Interpretation der Äußerungen offen. Als Distanzierung setzt Sprache die Stellungnahme frei. Die Äußerung öffnet sich kritisch der Affirmation und Negation gleichermaßen.

Sprache wird so zum Medium von Differenz und Dissens.<sup>14</sup> Kommunikation ist kein „Mitteilungshandeln“, in dem die Akteure Botschaften austauschen würden, die sie aufgrund ihnen gemeinsamer Schematismen zu entziffern hätten. Kommunikation ist eine „Verstehensoperation“. Es kommt zwar darauf an, einen Sinn in die Äußerungen des Anderen zu bringen; wie dies geschieht, ist aber völlig offen. Denn „das Verstehen (ist) ein Vorgang, für den es unerheblich ist, ob richtig oder falsch verstanden wurde, ob sich Konsens oder Dissens ergibt, ob die Mitteilung angenommen oder abgelehnt wird.“<sup>15</sup> Möglich ist dies, weil Sprache in jedem ihrer Momente eben selbst eine kontrastiv kritische Scheide darstellt. In der Sprache liegt damit konstitutiv ein „Potential zur Widerrede“<sup>16</sup>. „Jede Aussage ist mit einer Gegenaussage korreliert; jede Bejahung verweist auf ihre Negation. Sprache stif-

---

<sup>14</sup> Siehe NIKLAS LUHMANN, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*. Frankfurt am Main 1997, vor allem 193 ff.

<sup>15</sup> KRÄMER, *Sprache, Sprechakt, Kommunikation* (Fn. 11), 159 f.

<sup>16</sup> Ebd., 161.

tet also nicht einfach Konsens, sondern bietet immer auch die Möglichkeit zum Dissens.“<sup>17</sup>

Im Rechtsstreit als Krise sind die Verhältnisse allerdings weit über einen bloßen Dissens hinaus auf die Spitze getrieben. Im Antagonismus des Anspruchs auf das eine Recht sind die Positionen nicht nur konträr. Sie stehen in der Konkurrenz einer völligen Unvereinbarkeit miteinander. Mit einem Wort, sie sind inkommensurabel.<sup>18</sup> Und die Frage ist, wie damit selbst jenes Minimum an geteilten Überzeugungen möglich sein kann, das es für eine Interpretation der jeweiligen Äußerungen im gegenseitigen Sinne braucht.

## 2. Macht Inkommensurabilität einen Rechtsentscheid unmöglich?

Der Frage, ob es inkommensurable Sprachspiele gibt, könnte man polemisch die entgegen halten, ob es denn welche geben kann, die es nicht sind. Wittgenstein spricht zwar an keiner Stelle ausdrücklich von einer Unvereinbarkeit der Sprachspiele im Sinne jenes Begriffs von Inkommensurabilität, den Paul Feyerabend und Thomas Kuhn für das Verhältnis von Theorien und Paradigmen in die Wissenschaftstheorie eingeführt haben.<sup>19</sup> Dennoch lassen sich die Vorstellungen Wittgensteins von Sprachspielen durchaus in diese Richtung treiben, wie es dann auch Lyotard „nach“ Wittgenstein tut.<sup>20</sup> Die Frage ist allerdings, ob man mit dieser Radikalisierung Wittgensteins nicht den einen kleinen, aber entscheidenden Schritt zu weit geht, wie es der Sache nach Davidson gegen Kuhn und Feyerabend geltend macht.<sup>21</sup>

Die Vielgestaltigkeit der Sprachspiele, die Wittgenstein konstatiert, bekommt dadurch eine Tendenz von Unvereinbarkeit, dass sie irreduzibel ist. Kein Sprachspiel lässt sich durch ein anderes ersetzen. Keines lässt sich auf ein anderes zurückführen. Und keines lässt sich aus ei-

<sup>17</sup> KRÄMER, Sprache, Sprechakt, Kommunikation (Fn. 11), 161.

<sup>18</sup> Entsprechend zur Definition von Inkommensurabilität GEERT-LUEKE LUEKEN, *Inkommensurabilität als Problem rationalen Argumentierens*. Stuttgart 1992, 29 ff.

<sup>19</sup> Siehe PAUL K. FEYERABEND, *Wider den Methodenzwang. Skizze einer anarchistischen Wissenschaftstheorie*, Frankfurt am Main 1976. Zu Feyerabend und Wittgenstein WOLFGANG WELSCH, *Vernunft. Die zeitgenössische Vernunftkritik und das Konzept der transversalen Vernunft*. Frankfurt am Main 1996, 419 ff. Weiter THOMAS S. KUHN, *Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen*. 2. Aufl., Frankfurt am Main 1979. Zum Konzept der Inkommensurabilität in der Wissenschaftstheorie LUEKEN, *Inkommensurabilität als Problem rationalen Argumentierens* (Fn. 18), 23 ff.

<sup>20</sup> Siehe JEAN-FRANCOIS LYOTARD, „Nach“ Wittgenstein, in: DERS., *Grabmal des Intellektuellen*. Graz 1985, 68 ff. Zu Lyotard und Wittgenstein WELSCH, *Vernunft* (Fn. 19), 418 f.

<sup>21</sup> Siehe DONALD DAVIDSON, *Was ist ein Begriffsschema?*, in: DERS., *Wahrheit und Interpretation*. Frankfurt am Main 1990, 261 ff. Dazu LUEKEN, *Inkommensurabilität als Problem rationalen Argumentierens* (Fn. 18), 124 ff.

nem anderen ableiten. Indem die Sprachspiele von daher auch gleichrangig sind, gibt es keine übergeordnete Instanz, kein Metaspiel, deren bloße Erscheinungsformen sie jeweils wären. Mit anderen Worten: „Die Sprachspiele sind nicht nur mannigfaltig, sie sind heterogen.“<sup>22</sup> Ordnungen in die Sprachspiele zu bringen oder gar Hierarchien in sie einzuziehen, sind wieder Spiele ganz eigener Art. Von daher kann es auch keinen von ihnen unabhängigen Maßstab geben, über dessen Kamm sie sich allesamt scheren ließen. Sprachspiele sind in ihrer Eigensinnigkeit letztlich unvergleichbar. Ihre Verschiedenheit ist „radikal“. Denn es ist unmöglich, sie „in eine Beziehung zu setzen, die einen kontinuierlichen Übergang oder eine neutrale, unparteiische Entscheidung zwischen ihnen erlaubt.“<sup>23</sup>

Genau hier setzt die Zuspitzung durch Lyotard an. Die Sprachspiele sind für ihn nicht nur heterogen. Sie verschließen sich in ihrem Eigensinn geradezu hermetisch. Die Mannigfaltigkeit und Verschiedenheit der Sprachspiele ist nicht nur radikal, sondern total. Wo Wittgenstein meint, noch eine „Struktur von Unterschiedlichkeit bei Überschneidung“ ausmachen zu können, vermag Lyotard nurmehr eine „Struktur von Heterogenität mit Abgründen“ zu sehen.<sup>24</sup>

Die Situation ließe sich noch so lange hinnehmen, wie die in den Sprachspielen prozessierten Orientierungen schlicht koexistent wären. Brisant wird es jedoch, wenn sie in Konkurrenz oder gar in Konflikt treten. Genau das ist im juristischen Verfahren durch die Konfrontation der Parteien der Fall. Inkommensurabilität liegt vor, sofern sich Unvereinbares darin einig ist, denselben Platz einzunehmen.<sup>25</sup>

Die so miteinander über Kreuz liegenden Sprachspiele verbindet nichts, woran eine Vermittlung ansetzen könnte. Sie stehen einander in schroffer Andersartigkeit gegenüber. Eine Schlichtung oder ein Ausgleich ist nicht mehr denkbar. Nicht einmal eine Beilegung, die irgendetwas von einem Einvernehmen an sich hätte. Eine Entscheidung über ihre Angemessenheit und Berechtigung kann nicht mehr zwischen ihnen getroffen werden, da sich auf nichts bauen lässt, auf das hin sich die fraglichen Spiele eins wie das andere beziehen ließen. Eine Entscheidung kann nur noch grundlos über sie gefällt werden. Kurzum: Es kehrt zwangsläufig der „Widerstreit“ zurück als „Konfliktfall zwischen (wenigstens) zwei Parteien, der nicht angemessen entschieden werden kann, da eine auf beide Argumentationen anwendbare Urteilsregel fehlt. Die Legitimität der einen Argumentation schlosse dann nicht

---

<sup>22</sup> WELSCH, Vernunft (Fn. 19), 403.

<sup>23</sup> LUEKEN, Inkommensurabilität als Problem rationalen Argumentierens (Fn. 18), 30.

<sup>24</sup> WELSCH, Vernunft (Fn. 19), 419.

<sup>25</sup> LUEKEN, Inkommensurabilität als Problem rationalen Argumentierens (Fn. 18), 32.

auch ein, dass die andere legitim ist. Wendet man dennoch dieselbe Urteilsregel auf beide an, um ihren Widerstreit gleichsam als Rechtsstreit zu schlichten, so fügt man einer von ihnen Unrecht zu (einer von ihnen zumindest, und allen beiden, wenn keine diese Regel gelten lässt).“<sup>26</sup>

Für das juristische Verfahren als der institutionalisierten Regulierung von Streit wäre dies fatal. Jede Entscheidung im Konflikt der Rechtsmeinungen und Lesarten der Normtexte ließe sich nur noch durch einen Akt der Gewalt, durch das Machtwort fällen. Und das juristische Verfahren selbst verspielte zwangsläufig alle ihm als die Einhegung von Gewalt gesellschaftlich zugebilligte Legitimität. „Die für den Rechtsstaat zentrale Unterscheidung von legitimer und illegitimer Gewalt, von guten und schlechten Entscheidungen scheint damit zunächst keinen Boden mehr zu finden.“<sup>27</sup>

Die Frage ist allerdings, ob Inkommensurabilität wirklich so weit gehen kann. Denn schon die bescheidene Nachfrage, wie denn Sprachspiele, „wenn sie einerseits völlig heterogen sein sollen, andererseits überhaupt in Konflikt geraten können“<sup>28</sup>, lässt sich dann nicht beantworten.

### 3. Wie viel Gemeinsamkeit braucht ein Konflikt?

Bertrand Russell ist bei seinen Erläuterungen der Einstein'schen Relativitätstheorie einmal dem populären Missverständnis entgegen getreten, sie besage, dass alles relativ ist. Denn wenn dem so wäre, so gäbe es nichts, zu dem eines relativ sein kann. Ein jedes wäre absolut.<sup>29</sup> Dies ist sinngemäß auch die Pointe der Kritik, die Davidson am strikten Inkommensurabilitätskonzept von Thomas Kuhn und Paul Feyerabend übt.

Entweder Orientierungssysteme, Theorien, Paradigmen oder eben Begriffsschemata sind tatsächlich in jederlei Hinsicht miteinander unvereinbar und unverträglich. Dann gibt es nichts, durch das man sie überhaupt noch in eine Beziehung setzen könnte. Also auch nicht in die, inkommensurabel zu sein. Kann man das, so hat man dadurch wenigstens schon einmal einen Aspekt des Vergleichs.

Das „Konkurrenzverhältnis zwischen“ Theorien, Paradigmen oder Orientierungssystemen „steht“ also „in einer eigentümlichen Beziehung zu ihrer radikalen Verschiedenheit.“ Jedenfalls zu der, die die strikte

<sup>26</sup> LYOTARD, *Der Widerstreit* (Fn. 2), 9.

<sup>27</sup> RALPH CHRISTENSEN/HANS KUDLICH, *Theorie richterlichen Begründens*. Berlin 2001, 97.

<sup>28</sup> WELSCH, *Vernunft* (Fn. 19), 319. Zu dieser Frage im Hinblick auf Feyerabend und Kuhn auch LUEKEN, *Inkommensurabilität als Problem rationalen Argumentierens* (Fn. 18), 31 f.

<sup>29</sup> Siehe BERTRAND RUSSELL, *Das ABC der Relativitätstheorie*. Frankfurt am Main 1989.

Inkommensurabilitätsthese behauptet. Die führt sich genau an dem Punkt ad absurdum, an dem sie diese Verschiedenheit auf die Spitze der „Annahme vollständiger wechselseitiger Abgeschlossenheit verschiedener Orientierungssysteme“ treibt<sup>30</sup> – die Heterogenität also umstandslos als Hermetik behauptet. Dies liegt etwa dem Bild Lyotards vom „Archipel“ eines modular insularen Nebeneinander der Ordnungen in ihrem sprachlichen Ausdruck zugrunde.<sup>31</sup> Und auch Feyerabend und Kuhn „beziehen die Inkommensurabilitätsthese auf umfassende, in sich strukturierte, weitgehend abgeschlossene Rede- und Handlungskomplexe.“<sup>32</sup>

Die konkurrierenden Systeme sind nach der strikten Inkommensurabilitätstheorie schlichtweg ineinander unübersetzbar und damit vollkommen beziehungslos. Sie erscheinen geradezu als „Käfige“, aus denen man allenfalls ausbrechen kann. Dies aber nur, um sich so stehenden Fußes in einem anderen wieder zu finden.<sup>33</sup> Wäre dieser Käfig allerdings wirklich so vollkommen verschlossen, so ließe er sich nicht als ein solcher wahrnehmen. „Wenn die Käfige, in denen wir uns immer schon befinden, überhaupt keine Öffnungen und Verbindungen nach außen haben, dann können wir weder von anderen, besseren oder schlechteren Käfigen wissen, noch von sonst etwas außerhalb unseres Käfigs.“<sup>34</sup> Gefangen im Käfig wäre man vollkommen frei. Zum Käfig macht ihn erst der Blick durch die Gitterstäbe, der ihn als Grenze wahrnehmbar macht. Auf der Fluchtlinie des Blicks eröffnet sich ein Raum, der dann mit dieser Grenze ein anderes aufscheinen lässt. Zugleich lässt das Auftreffen des Blicks durch die Gitter auf ein Gegenüber nunmehr „da draußen“ den Käfig als Raum des Eigenen auftauchen.

Etwas prosaischer ausgedrückt ist „Konkurrenz (...) ohne einen irgendwie gemeinsamen Bezugspunkt, ein gemeinsames Ziel, einen Anspruch oder einen Gegenstand nicht denkbar. Die Verschiedenheit der Theorien kann also, insofern sie konkurrieren, nicht so radikal sein, dass sich überhaupt keine Gesichtspunkte finden ließen, hinsichtlich derer sie in Beziehung zueinander gesetzt werden können.“<sup>35</sup> Der Punkt also, an dem wir eine Verschiedenheit wahrzunehmen und zu

<sup>30</sup> LUEKEN, Inkommensurabilität als Problem rationalen Argumentierens (Fn. 18), 126.

<sup>31</sup> Dazu WELSCH, Vernunft (Fn. 19), 330 ff. Zur Frage, ob diese Beschränkung nur für das Bild oder für die ganze Theorie Lyotards gilt, vgl. TILMAN BORSCHKE, Mit dem Widerstreit leben, in: *Dialektik 1* (2001), 19 ff., 27 m. w. N. in Fn. 9.

<sup>32</sup> LUEKEN, Inkommensurabilität als Problem rationalen Argumentierens (Fn. 18), 30.

<sup>33</sup> Dazu LUEKEN, Inkommensurabilität als Problem rationalen Argumentierens (Fn. 18), 122 ff.

<sup>34</sup> Ebd., 126.

<sup>35</sup> Ebd., 31.

artikulieren vermögen, ist genau die Pforte in das andere Spiel. Es ist der Berührungs- und Reibepunkt, an dem unser Spiel auf das andere trifft. Im juristischen Verfahren ist dies etwa die Absicht auf eine Entscheidung zu eigenen Gunsten. Auf diese hin werden die Äußerungen der gegnerischen Partei aufgenommen.

Die Möglichkeit des Vergleichs anhand der aus der eigenen in der anderen Welt gesetzten Gemeinsamkeiten ändert nichts daran, dass es beim Widerstreit bleibt. Ebenso wie es unsinnig wäre, eine Abgeschlossenheit konkurrierender Systeme anzunehmen, ebenso widersinnig wäre es, die den Vergleich ermöglichende Gemeinsamkeit in einem ihnen gleich unterliegenden Grundzug zu sehen. Die Masterwelt und gar eine alles einbegreifende Universalerzählung würde ihre Verschiedenheit vollkommen verwischen, ihre Unterschiede verschwinden lassen und den Begriff der Inkommensurabilität sozusagen von der anderen Seite her ad absurdum führen. Wenn alles sich letztlich gleicht, gibt es keine Unterschiede oder Kontraste mehr, gegenüber denen man „Gemeinsamkeit“ als eine solche geltend machen und konstatieren könnte. Sinn setzt immer Scheidung voraus, ist genuin kritisch.

Von beiden Seiten her, von der Unmöglichkeit einer vollkommenen Verschiedenheit einerseits und von der Unmöglichkeit einer vollkommenen Gleichheit andererseits, bleibt also immer der Stachel des Widerstreits. Mit der Sprache bleibt er immer in der Welt. Überall, wo „wir umfassendere Systeme oder Versionen haben“, die in ihrem Anspruch auf die eine Wahrheit in Konflikt oder auch im Anspruch, eine Welt zu sein, in Konkurrenz treten, „lassen sich ihre Bereiche daher nur schwer als solche innerhalb einer Welt betrachten, sondern besser als zwei verschiedene Welten, und da die beiden sich einer friedlichen Einigung widersetzen, sogar als Welten im Widerstreit.“<sup>36</sup> Prallen die in der Sprache aufeinander, so ist es daher immer erst einmal aus mit dem friedlichen Dasein der einen wie der anderen.

#### 4. Artikulation oder Unterdrückung des Widerstreits

Wie kann man mit dem Widerstreit umgehen? Der Rechtsstreit bietet eine Chance für die Arbeit daran. Genau die Möglichkeit eines Vergleichs aus der Setzung von gemeinsamen Bezugspunkten, die den Widerstreit erst in Erscheinung treten lässt, bietet den Angriffspunkt, ihn in Arbeit zu nehmen. Eine Ebene, auf der das Trennende festgestellt werden und mit der Formulierung eines dafür zu schaffenden Idioms

---

<sup>36</sup> NELSON GOODMAN, *Weisen der Welterzeugung*. Frankfurt am Main 1990, 141.

begonnen werden kann.<sup>37</sup> „Was zuvor unterliegen musste, weil es bestenfalls eine Stimme, aber noch keine Sprache hatte, kann sich jetzt artikulieren und Gehör finden. Der Widerstreit, der zuvor unentdeckt geblieben oder übergangen worden war, kann nun expliziert und ausgetragen werden.“<sup>38</sup> Vergleich beruht auf Setzungen und verweist damit auf ein den involvierten Personen verfügbares Handeln. Im juristischen Verfahren ist dies eben die Auseinandersetzung mit der gegnerischen Position, die diese in ihrem Sinn als Formierung von Recht aufnimmt und sich in der eigenen Äußerung dazu vor sich stellt.

Das Thema des Unrechts ist mit der Möglichkeit einer Arbeit am Widerstreit nicht erledigt. Ganz im Gegenteil. Es bekommt damit erst seine Spitze.

Die Auseinandersetzung mit widerstreitenden Orientierungen ist immer nur aus der Perspektive der eigenen möglich. Was „gemeinsam“ sein muss, um sich die andere, die fremde Welt zum eigenen Bilde zu machen, ist die praktische Unterstellung von Überzeugungen, um auf dieser Basis zu Einschätzung und Konstatierung von Differenz und Divergenz zu kommen. Das Maß des Sinns im anderen kann so aber immer nur der eigene Verstand sein. Dies aber vermag den Anderen nicht genuin zu Wort kommen zu lassen. Es übertönt ihn in der eigenen Rede. Das Nachsichtsprinzip als Transfer und Transponierung, das die Verständigung über die Kluft der Sprachen hinweg ermöglicht, nötigt zugleich zu Unterwerfung. Denn mit der unumgänglichen Perspektivierung der Gemeinsamkeiten wird nolens volens das eigene System immer als Standard dafür gesetzt, sich das andere in der eigenen Sprache zurechtzulegen. Damit wird die Bedingung der Möglichkeit des Verstehens zugleich zur Bedingung seiner Unmöglichkeit.

Mit der Artikulierung des Widerstreits, durch die im Übrigen auch die eigene Position um ihre Selbstverständlichkeit gebracht und sich fremd wird, kann zwar der „Übergang vom ‚Schlachtfeld‘ zum ‚Gerichtssaal‘, von Unterdrückung zu Diskursivität“ vollzogen werden.<sup>39</sup> Gerade weil aber dadurch der Widerstreit erst in aller Schärfe in Erscheinung tritt, vermag er durch diesen Übergang erst recht nicht mehr gelöst zu werden. „Zwar kommt es zu einer Transformation, die nicht nur die eine, die bislang unterdrückte Seite, sondern durchaus beide Kontrahenten betrifft. Sie vermögen jetzt in einen argumentativen Prozess des Austauschs ihrer Positionen einzutreten – aber dessen Ergebnis kann, sofern es sich wirklich um einen Widerstreit handelt, nicht

<sup>37</sup> Vgl. LYOTARD, *Der Widerstreit* (Fn. 2), 33 f.

<sup>38</sup> WELSCH, *Vernunft* (Fn. 19), 322.

<sup>39</sup> WELSCH, *Vernunft* (Fn. 19), 324 mit Verweis auf JEAN-FRANCOIS LYOTARD, *Der Enthusiasmus. Kants Kritik der Geschichte*. Wien 1988, 114.

in einem Konsens und einer Entscheidung, sondern nur in der Klarheit darüber bestehen, dass hier keine Entscheidung mehr möglich ist. Legitimerweise kann sich nur ein Konsens über den Dissens – über den Widerstreitscharakter dessen, was ein bloßer Streit zu sein schien – einstellen.“<sup>40</sup>

Allerdings bleibt die Notwendigkeit der Argumentation als Gemeinsamkeit. Der Rechtsstreit ist die Einigkeit im Antagonismus der Versionen innerhalb des Deutungssystems Recht. Die Parteien wollen jeweils ihre Version in die Rechtsposition rücken, ohne dass es eine neutrale Bezugsversion gäbe, die hier die Schiedsrichterrolle übernehmen könnte. Die Gemeinsamkeiten, die die Auseinandersetzung ermöglichen, liegen weder in der Sprache noch in den Überzeugungen davon, was jeweils Recht sei. Sie liegen allein in den Praktiken, aus der eigenen Position sich die andere zurechtzulegen und die eigene darauf abzustellen. Sie sind keine in der Sache vorliegende oder mit der Sprache zuhandene. Sie können nur einander unterstellt und damit für die eigene Sicht hergestellt werden. Was bleibt, sind die Praktiken des Bezugs der Akteure – gewissermaßen als konkrete Ausformulierungen des „Prinzips der Nachsicht“.

Welche Praktiken das im Rechtsstreit sein könnten, braucht allerdings erst gar nicht gefragt zu werden. Dies ist durch den Legitimierungs- und Begründungszwang im Rechtsstreit vorbestimmt: als Rationalitätsgebot für die Auseinandersetzung vor Gericht eben der Zwang zu argumentieren. Es stellt sich also nicht die Frage, ob argumentiert werden kann und soll. Es stellt sich vielmehr die Frage, wie angesichts der kommunikativen Verhältnisse, das heißt unter den Bedingungen der Inkommensurabilität und des Entscheidungszwangs, so argumentiert werden kann, dass das als Arbeit am Widerstreit unvermeidliche Unrecht darin nicht nur stumm ertragen werden muss, sondern vielmehr selbst noch einmal zur Sprache kommen kann.

### III. Das transversale Medium der Argumentation

Die Entscheidung über Recht soll nicht durch Zweikampf oder Würfel fallen, sondern durch einen unbeteiligten Dritten. Dieser soll nicht nach Gusto oder Machtlage entscheiden, sondern nach Verarbeitung der vorgebrachten Argumente am Gesetz. Die guten Argumente sollen dabei den Ausschlag geben.

---

<sup>40</sup> WELSCH, Vernunft (Fn. 19), 322.

Wissen über Argumentation gibt es bei den Juristen, den Sprachwissenschaftlern und den Philosophen. Mittlerweile hat sich dieses Wissen zur eigenen Disziplin organisiert: der Argumentationstheorie. Was ist danach ein gutes Argument? Die Antworten auf diese Frage lassen sich in fünf Gruppen einteilen. Als gutes Argument gilt

- das verständigungsorientierte,
- das erfolgreiche,
- das wohlgeformte,
- das verfahrensgerechte,
- das geltende.

Die Diskussion dieser Antworten wird zeigen, dass es weniger um eine Entscheidung, als um eine Ordnung dieser Aspekte geht.

### 1. Der konsensorientierte Ansatz

Der Zwang zur Argumentation verdankt sich aus der Sicht der Konsensstheorie nicht einfach der Kontingenz des Rechtsverfahrens. Er ist vielmehr schon immer vorausgesetzt, wenn wir sprechen.

#### *a. Der transzendente Zwang zur Argumentation*

Vernünftig ist das, dem niemand guten Gewissens widersprechen kann. Das macht die Zwanglosigkeit des „Zwang(s) des besseren Arguments“ aus.

Allerdings ist ein ganzer „Katalog von Argumentationsvoraussetzungen“<sup>41</sup> nötig, um zu gewährleisten, dass nichts den zwanglosen Zwang stört. Die Sprecher haben bei dem zu bleiben, was sie einmal vorgebracht haben. Sie sollen nicht plötzlich auf das Gegenteil umschwenken oder sich gar widersprechen. „Verschiedene Sprecher dürfen den gleichen Ausdruck nicht mit verschiedenen Bedeutungen benutzen.“<sup>42</sup> Sie dürfen also den Sinn ihrer Äußerungen nicht opportunistisch den Gegebenheiten anpassen. Sie müssen bereit sein, alles, was sie zu sagen haben, in die Waagschale des Disputs zu werfen. Damit sie dieses wagen können, sollen sie fern aller Nöte, die sie in den

---

<sup>41</sup> Vgl. JÜRGEN HABERMAS, Diskursethik – Notizen zu einem Begründungsprogramm, in: DERS., *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*. Frankfurt am Main 1983, 53 ff., 96.

<sup>42</sup> Hier und im Folgenden vgl. HABERMAS, Diskursethik – Notizen zu einem Begründungsprogramm (Fn. 41), 96 ff. in ausdrücklichem Anschluss an ROBERT ALEXI, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. Frankfurt am Main 1983.

Konflikt getrieben haben, „von Handlungs- und Erfahrungsdruck entlastet, problematisch gewordene Geltungsansprüche prüfen können.“ Natürlich müssen alle Beteiligten, weil sie sprechen können, einander ernst nehmen und sich nur die lautersten Absichten unterstellen. Dazu gehört auch, dass sie selbst an das glauben, was sie sagen. Sie sollen nicht vom Thema abschweifen, ausschließlich zur Sache reden und dort, wo es einmal nötig ist, dieses zu wechseln, nur die allerbesten Gründe dafür vorbringen. Dies sollen die Bedingungen einer „idealen Sprechsituation“ sein, „die jeder kompetente Sprecher, sofern er überhaupt in eine Argumentation einzutreten meint, als hinreichend erfüllt voraussetzen muss.“ Denn die „Argumentationsteilnehmer können der Voraussetzung nicht ausweichen, dass die Struktur ihrer Kommunikation, aufgrund formal zu beschreibender Merkmale, jeden von außen auf den Verständigungsprozess einwirkenden oder aus ihm selbst hervorgehenden Zwang, außer dem des besseren Argumentes, ausschließt und damit auch alle Motive außer dem der kooperativen Wahrheitssuche neutralisiert.“

*b. Die Ausblendung des Widerstreits*

Nun sieht Habermas selbst, dass damit die „argumentative Rede“ „unwahrscheinlichen Bedingungen genügen muss.“ In der Tat zeigt schon der kursorische Überblick, dass mit ihnen geradezu alles ausgeblendet ist, was den Konflikt etwa im Rechtsstreit ausmacht und was den Kontrahenten für die Arbeit daran abverlangt wird. Der Widerstreit der Idiome findet keine Artikulationsmöglichkeit. So vermag die Konsens- theorie auch die „Möglichkeit inkommensurabler Orientierungssysteme nicht ernsthaft in Rechnung zu stellen.“ Noch mag sie einsehen, „dass Begriffe wie Kommunikation, Verständigung und Argumentation selber kontrovers sein können“.<sup>43</sup> Ausgeblendet werden der Antagonismus der Überzeugungen und die Diametrie der Orientierungen, die die Kontrahenten in den Konflikt treiben. Von vornherein ausgeblendet wird schließlich das massiv vitale Interesse der Kontrahenten an einer Entscheidung in eigener Sache, die sie überhaupt die Arbeit am Konflikt auf sich nehmen lässt. Dabei ist nicht gesagt, dass dieses nicht auch in der Erzielung seiner einvernehmlichen Regelung liegen kann. Nur kann das aus der Lage des Zusammenpralls inkommensurabler Positionen nie Voraussetzung für einen Einstieg in Argumentation sein und schon gar nicht deren essentielle Bestimmung sein, sondern allenfalls einer der Wege zur Lösung des Konflikts. Der kon-

---

<sup>43</sup> LUEKEN, Inkommensurabilität als Problem rationalen Argumentierens (Fn. 18), 236.

senstheoretische Ansatz verleugnet so um seiner Grundlagen willen jene praktischen Verhältnisse, die Konflikte wie den Rechtsstreit ausmachen.<sup>44</sup>

### *c. Die normative Sprachauffassung*

Die Rede von den „immer schon vorausgesetzten idealisierten Bedingungen“ führt auf die Spur jener Kuratel, unter die die Konsenstheorie ganz entgegen der von ihr beanspruchten Zwanglosigkeit die Argumentierenden stellen will. Sie sieht diese Bedingungen nämlich in nicht weniger begründet als in jener der Möglichkeit von Verständigung überhaupt.<sup>45</sup> Wer also um des schnellen Sieges willen in der Auseinandersetzung meint, sich darüber hinwegsetzen zu können, vergibt sich nichts weniger, als überhaupt Kommunizierender zu sein. Dies ist so, weil sprachliche Verständigung nichts anderes sein kann als die „auf gültiges Einverständnis abzielende Kommunikation“<sup>46</sup>. Alles andere, was sonst noch so im wechselhaften Spiel menschlicher Rede vor sich gehen mag, verdient diesen Namen nicht. Hier ist im Besonderen die Ausgrenzung des erfolgsorientierten „strategischen“ Handelns hervorzuheben, dem die Dignität von Verständigung abgesprochen wird und das so gar nicht erst als Kandidat eines legitimen Vorgehens in der argumentativen Auseinandersetzung in Betracht kommt. Abgelesen wird diese Bestimmung von Verständigung am Wechselspiel der von einem Sprecher mit einem jeden Sprechakt erhobenen Geltungsansprüche und deren affirmativer Quittierung durch den Hörer dann, wenn er die Äußerung verstanden hat. Jedenfalls ist es das, worauf ein jeder Sprecher es abgesehen hat. Analog zum Ausschluss der Realitäten des Argumentierens als Konfliktbewältigung zugunsten von dessen Bestimmung aus dem Begriff, wird Verständigung definitiv genau um die Dimensionen verkürzt, die sich einer Begründung der Konsenspräntion widersetzen.

### *d. Pragmatischer Fundamentalismus*

Nun ließe sich dies mit einem Achselzucken als philosophisches Glasperlenspiel hinnehmen, wäre es nicht mit einer ganz massiven ord-

---

<sup>44</sup> Vgl. auch LUEKEN, Inkommensurabilität als Problem rationalen Argumentierens (Fn. 18), 234 f.

<sup>45</sup> Zur eingehenden Kritik dieses Anspruchs LUEKEN, Inkommensurabilität als Problem rationalen Argumentierens (Fn. 18), 223 ff.

<sup>46</sup> JÜRGEN HABERMAS, *Theorie des kommunikativen Handelns*. Bd. 1. Frankfurt am Main 1987, 525.

nungshüterischen Absicht verbunden. Die Bestimmung von Verständigung wird für das Spiel der Argumentation, das in ihr gründen soll, „normativ gewendet, d. h. als von und gegenüber Teilnehmern der jeweiligen Praxis einklagbare Forderung bereitgestellt, deren Nichterfüllung durch Teilnehmer wegen der damit potentiell verbundenen Destruktion dieser Praxis zu deren Ausschluss berechtigt.“<sup>47</sup> Wer sich nicht an Verständigung hält, hat jedes Recht auf Verständnis verwirkt.

Damit verwandelt der konsenstheoretische Ansatz „seine Reflexionsresultate, sein Teilnehmerwissen in einen (durch Beobachter anwendbaren) Apparat von Regeln und Normen, ohne die faktische Zustimmung anderer Teilnehmer jeweils noch mal einzuholen.“<sup>48</sup> Er weigert sich sogar, ihm entgegenstehende Positionen überhaupt ernsthaft zur Kenntnis zu nehmen.<sup>49</sup> Damit verwandelt sich die freundliche Utopie der Herrschaftsfreiheit in eine kommunikative Supermacht.

## 2. Der werbeorientierte Ansatz

Die Ursituation für Argumentation ist in unserer Kultur das Gerichtsverfahren der griechischen Polis.<sup>50</sup> Die Agora war die Bühne für Rhetoren. Der Glanz ihres öffentlichen Erfolges führte zum Neid der Philosophen. In der Stille der Akademie versucht man seither den argumentativen Erfolg unter Aufsicht zu stellen. Das Thema der Argumentation ist seither aufs Engste mit dem der Wahrheit, der Gerechtigkeit und der Vernunft verbunden.

### a. Von der transzendentalen Nötigung zur rhetorischen Kontingenz

Die Argumentation soll im Streit der Königsweg zu Einsicht und Überzeugung sein. Mit der Frage, was dafür dann das geeignete, was ein „gutes“ und was ein „schlechtes“ Argument sei, zeigt sich zugleich auch deren Kehrseite. Wohin die philosophische Aufsicht über die Argumentation führt, hat sich bei der Diskussion der Konsenstheorie gezeigt. Es ist dies die Gefahr der Ausgrenzung, Beschneidung, der Polizei<sup>51</sup> – einer schnellen transzendentalen Eingreifreserve gewisser-

<sup>47</sup> LUEKEN, Inkommensurabilität als Problem rationalen Argumentierens (Fn. 18), 226.

<sup>48</sup> Ebd., 236.

<sup>49</sup> Die Auseinandersetzung mit Lyotard etwa blieb eine Geisterdebatte, stellvertretend geführt von Manfred Frank. Siehe MANFRED FRANK, *Die Grenzen der Verständigung. Ein Geistergespräch zwischen Lyotard und Habermas*. Frankfurt am Main 1988.

<sup>50</sup> BORSCHKE, Mit dem Widerstreit leben (Fn. 31), 22 f.

<sup>51</sup> So im Hinblick auf Transzendentalpragmatik und Diskursethik WOLFGANG KUHLMANN, Ethik der Kommunikation, in: KARL OTTO APEL/DIETRICH BÖHLER/ALFRED BERLICH/

maßen. Und ebenso wie die Universalerzählung ist auch die Argumentation als ihr Sprachrohr mit der Einsicht in die „unsägliche“ Vielfalt der Sprachspiele in Verruf geraten. Heute misstraut man den großen Erzählungen und akzeptiert die Vielfalt der Lebensformen und Sprachspiele.

Damit kommt es zur Wiederkehr der Rhetorik. Argumentation erschöpft sich demnach in ihrer Wirkung. „Argumentiere und gewinne“ empfiehlt uns „Amerikas Anwalt Nr. 1“ in einem Buch, das beansprucht, die hohe Kunst des erfolgreichen Argumentierens zu lehren.<sup>52</sup> Mit dem Gewinn als einzigem Kriterium erscheint Argumentation als Mittel sozialer Selbstbehauptung: Dass argumentieren lernen siegen lernen heiße, dieses marktorientierte Credo eines Gerry Spence hätte jedenfalls die antiken Rhetoriker so wenig irritiert, wie die Sophisten, für die – anders als für Platon und seine Anhänger – Theoriearbeit in der sozialen Praxis von Nutzen sein sollte. Deshalb scheuten sich die Sophisten auch nicht, Wissen und Redenkönnen als lehrbare, also käufliche Güter zu behandeln.<sup>53</sup> Das strategische Interesse hat in der Argumentation seine Berechtigung. Entscheidend ist aber, dass sich das strategische Handeln das Medium der Argumentation nicht einfach unterwerfen und es absorbieren darf. Man würde sonst den Krieg der Bürger in den Gerichtssaal hinein verlängern, statt ihn mit Sprache und Argumenten einzuhegen. Schon Clausewitz warnte davor, dass sich der Krieg nicht die Politik unterwerfen dürfe, weil er sich sonst zum Absolutum des wechselseitigen Totschlags steigere. Der Krieg habe sich vielmehr der Politik als deren Fortsetzung zu unterwerfen und werde so durch einen äußerlichen Zweck eingehegt.<sup>54</sup> Die Rhetorik als kritische Reflexion der jeweiligen Mediengrenzen wird allerdings unter Wert verkauft, wenn sie nur noch die „how-to“-Frage nach dem Gewinnen von Streitigkeiten stellt. Damit wäre sie nur noch die Küchenfee einer verkürzten Praxis, „die nur noch den werbenden Charakter argumentierender Rede sieht“.<sup>55</sup>

---

GERHARD PLUMPE (Hrsg.), *Politische Philosophie/Ethik 1*. Frankfurt am Main 1980, 292 ff., 305.

<sup>52</sup> GERRY SPENCE, *Argumentiere und gewinne*. München 1996.

<sup>53</sup> JOSEF KOPPERSCHMIDT, *Argumentationstheorie*. Hamburg 2000, 11.

<sup>54</sup> Siehe CARL VON CLAUSEWITZ, *Vom Kriege*. Frankfurt am Main 1991, 17 ff.

<sup>55</sup> GEERT-LUEKE LUEKEN, Paradigmen einer Philosophie des Argumentierens, in: DERS. (Hrsg.), *Formen der Argumentation*. Leipzig 2000, 13 ff., 15 in Bezug auf RICHARD RORTY, *Kontingenz, Ironie und Solidarität*. Frankfurt am Main 1989.

*b. Normative Praktiken in der Sprache werden übersehen*

Die Sprache wird damit im Unterschied zur Transzendentalpragmatik nicht normativ aufgeladen. Aber es zeigt sich das umgekehrte Risiko: Die Vorstellung von Sprache als widerstandsloses Durchzugsgebiet von kommunikativer Macht ist nicht haltbar. Während die normative Sprachvorstellung ihren Gegenstand verfehlt, indem sie ihn überhöht, wird er hier unterlaufen.

Mit den normativen Praktiken in der Sprache wird Entscheidendes verfehlt. Schließlich wissen wir, dass wir uns in der Wahl unserer Worte irren können. Wir bemerken, dass wir uns falsch ausgedrückt haben, wenn wir auf Unverständnis stoßen. Wir werden auf Fehler aufmerksam gemacht und zurechtgewiesen. Wir werden darüber belehrt, was man so sagt und was nicht. Wittgensteins Behauptung, „in der Sprache wird alles ausgetragen“<sup>56</sup>, gilt damit auch für Normativität. Fragen der Verbindlichkeit und Maßgeblichkeit von Bedeutung und Regeln verweisen auf eine normative Praxis,<sup>57</sup> deren Ergebnis erst all die Konventionen, Regeln, Normen und Werte sind, an denen unser Sprachgebrauch bemessen wird und an denen wir uns orientieren. Regeln, Normen und Werte treten nur als eine solche Praxis jeweils in Erscheinung. Und das heißt natürlich auch, dass sie mit ihr der ständigen Revision und Veränderung ausgesetzt sind.

*c. Das sprachkritische Geschäft der Juristen*

Linguistisch lässt sich das Geschäft des Juristen als das der Sprachkritik betrachten, so wie sie Rainer Wimmer bestimmt.<sup>58</sup> Ihren Anlass findet solche Sprachkritik genau in jenem Konflikt um sprachliche Normierungen, den vor Gericht der Antagonismus der Lesarten evoziert. Diese beanspruchen eine Kodifizierung eingefahrener kommunikativer Gepflogenheiten und wollen sich Verbindlichkeitscharakter beilegen. Genau dieser Anspruch ist Gegenstand jener Kritik, die durch das Spiel der Beibringung von Gründen zu einer Entscheidung führen soll.<sup>59</sup> Diese Begründungen dienen dazu, möglichst überzeugend für die eine oder andere Position einzunehmen. Mit der dadurch prakti-

<sup>56</sup> Vgl. LUDWIG WITTGENSTEIN, *Philosophische Grammatik*. Werkausgabe Bd. 4. Frankfurt am Main 1986, § 95.

<sup>57</sup> Grundlegend dazu ROBERT B. BRANDOM, *Making it Explicit. Reasoning, Representing and Discursive Commitment*. Cambridge (Mass.) 1994.

<sup>58</sup> Siehe RAINER WIMMER, Sprachkritik und reflektierter Sprachgebrauch, in: *Sprache und Literatur* 1983, 3 ff.

<sup>59</sup> Vgl. RAINER WIMMER, *Wie kann man Sprachkritik begründen?* (in Vorbereitung).

zierten Thematisierung und Reflexion des Sprachgebrauchs einschließlich des jeweils eigenen<sup>60</sup> kann Überredung in Überzeugung, sprachliche Gewalt in kommunikative Ordnung und damit Nötigung in Entscheidung überführt werden. Mangels einer übergeordneten Instanz allerdings können die Gründe nur aus dem jeweiligen Sprachspiel selbst geschöpft werden, das sie in seinem Fundament zugleich eben begründen, konstituieren. Normierungen schweben nicht über Praxis. Sie haben selbst ihren Grund, ihre Berechtigung allein in ihr.

Im Konflikt der Lesarten der einschlägigen Normtexte muss die Entscheidung über Grenzen des Zulässigen aus dem ganzen sprachlichen und praktischen Zusammenhang seiner Verwendung heraus entschieden werden. Dies macht das Moment der Reflexion aus. Diese Entscheidung wiederum kann nur in einer Ausgrenzung all der Verwendungsweisen liegen, die dieser ganze Zusammenhang erlaubt. Dies macht das Moment des Kritischen auch in einem ganz elementaren Sinne des Scheidens aus. Juristisches Entscheiden ist semantische Arbeit *an* der Bedeutung sprachlicher Ausdrücke. Diese Arbeit besteht in der Entscheidung von Bedeutungskonflikten zur Festlegung auf Sprachnormen. Und die wiederum deuten auf legitimatorische Standards und verlangen nach diesen. Dies macht das Moment der Begründetheit des sprachkritischen Geschäfts aus.

Für die Semantik, auf die sich der Jurist festlegt, hat er zu argumentieren. Das Rüstzeug dafür bieten ihm die Canones der Auslegung als wesentlich das Spiel des Rechts begründende Praktiken. Der Gebrauch sprachlicher Ausdrücke lässt sich daher immer nur durch seine Konsistenz, seine Plausibilität und seine Akzeptanz im jeweiligen System, mit einem Wort durch die Kohärenz der jeweils für verbindlich angesehenen Überzeugungen rechtfertigen.<sup>61</sup> Die sich aus den Canones der juristischen Methodik ergebenden Fragerichtungen verknüpfen die Texte, von denen der Streit ums Recht seinen Ausgang nimmt, mit weiteren Kontexten, um so durch Abgrenzung und Verbindung die Bedeutung des Normtextes zu bestimmen. Als juristische Argumentformen<sup>62</sup> dienen sie der Widerlegung oder der Integration von Gegenargumenten. Im ersten Fall fungieren sie als Verknappungsinstanzen, welche die Flut von Verständnisweisen reduzieren, die den Normtext zu überschwemmen drohen. Im zweiten Fall führen sie dagegen zu einer grö-

---

<sup>60</sup> Zum Moment des „reflektierten Sprachgebrauchs“ als Moment von Sprachkritik: WIMMER, Sprachkritik und reflektierter Sprachgebrauch (Fn. 58), 3 ff.

<sup>61</sup> Allgemein dazu DONALD DAVIDSON, Eine Kohärenztheorie der Wahrheit und der Erkenntnis, in: PETER BIERI, *Analytische Philosophie der Erkenntnis*. 2. Aufl., Frankfurt am Main 1992, 271 ff.

<sup>62</sup> Dazu DENNIS PATTERSON, *Recht und Wahrheit*. Baden-Baden 1999.

ßeren Bedeutungsvielfalt. Die Eröffnung von Kontexten wie Lexika, andere Gesetze, Materialien usw. bringt diese Kontexte im juristischen Diskurs in eine Ordnung. Aufgrund der gebotenen Bindungen an Recht und Gesetz hat dabei der engere, der spezifischere Kontext im Konfliktfall den weiteren und vom Normtext entfernten Kontext aus dem Felde geschlagen.

*d. Die Überredung ergibt sich kommunikativen Machtstrukturen*

Reduziert man das juristische Geschäft auf ein reines Durchsetzungsinteresse, das heißt, beschränkt man sich darauf, die eigene Bedeutungsgebung dem Text als die ihm eigene aufoktroyieren zu wollen, dann setzt man sich über den entscheidenden Punkt der argumentativen Praktiken hinweg. „Als ‚gute‘ Argumente erscheinen solche, die die Kraft haben, jemanden zu erreichen, jemanden zu überzeugen, seine Ansichten und Handlungen zu beeinflussen und gemeinschaftliche Ordnungen zu stiften. Dass wir aber von guten Argumenten nicht zuletzt auch verlangen, dass sie gültig sein sollen, und dies gehört zu unserem Begriff des guten Arguments, fällt einfach unter den Tisch.“<sup>63</sup>

Die rhetorische Dimension darf nicht verkürzt werden auf die bloße Frage nach der Wirkung von Argumenten. Im Übergang von der Mündlichkeit zur Schriftlichkeit entstanden, war sie eine Reflexion auf die Mediengrenzen. Rhetorik war frühe Medientheorie. Erst in der Wahrnehmung der Philosophen wurde sie auf eine Wirkungslehre verkürzt. Wenn man diese Verkürzung bejaht und fortsetzt, macht man nur den spiegelverkehrten Fehler zur philosophischen Überhöhung der Argumentation.

Der Rhetorik ist zuzugeben, dass die Entscheidung zum Argumentieren keine unhintergehbare ist. Erzwungen ist sie nur durch die Kontingenz des Verfahrens. Aber daraus folgt nicht, dass man den bloßen Erfolg zum Kriterium des guten Arguments machen muss. Für Gorgias war die Wahrheit nur ein schmückendes Beiwerk der Rede. Der Erfolg konnte als Kriterium für das gute Argument genügen, solange man unter Freien und Gleichen war, das heißt, dass Sklaven und Frauen nicht reden durften. Sobald man den Unfreien und Nicht-Gleichen eine Stimme zubilligt, wird diese Theorie zum Risiko. Um die leisere Stimme der Schwachen zu hören, muss man die Definition des Gorgias umkehren. Der Erfolg schmückt das gute Argument. Aber er definiert es nicht. Sonst liefert man das Recht den Stärkeren aus. Denn der Erfolg ist häufig der Knecht des Geldes oder der Macht.

---

<sup>63</sup> LUEKEN, Paradigmen einer Philosophie des Argumentierens (Fn. 55), 15.

### 3. Der formorientierte Ansatz

Was ein gutes Argument ist, ist weder von einer Vernunft der Sprache vordefiniert, noch kann man auf diese Frage verzichten. Deswegen muss man die Argumentation selbst befragen. Argumentieren ist etwas anderes, als sich einfach nur dem Spiel von Rede und Widerrede hinzugeben und sich darin möglichst bravourös zu schlagen. Zum Argumentieren, so wie es „ein Teil unseres Lebens“ ist, gehört, dass wir unsere Behauptungen beweisen oder doch zumindest einigermaßen starke Belege dafür ins Feld führen können. Es gehört dazu, dass wir Schlüsse ziehen, und dass wir diese widerlegen. Kurzum, wenn man fragt, was das Argumentieren denn nun ausmache, zumal ein „gutes“ Argument, dann „erhält man oft zur Antwort, „dass das Argument oder die Argumentation ‚logisch‘ sei.“<sup>64</sup>

#### a. Der formale Geltungsbegriff

Im formorientierten Ansatz hat sich die überlieferte Verbindung von Logik und Argumentation durchgehalten, nicht zuletzt auch für eine Theorie juristischen Argumentierens und Begründens.<sup>65</sup> Beim Argumentieren geht es immer darum, den anderen für die eigenen Behauptungen einzunehmen, sprich „die Akzeptanz der These beim Adressaten der Argumentation zu erzeugen oder zu vergrößern.“<sup>66</sup> So will es jedenfalls der enge Zusammenhang zwischen Argumentieren und Überzeugen, den man traditionell sieht. Das allein aber reicht, wie der werbeorientierte Ansatz zeigt, bei weitem noch nicht aus. Denn dafür kann dem Sprecher zunächst einmal jedes Mittel recht sein. Der Unterschied zwischen Argumentation und Rhetorik bliebe verwischt.<sup>67</sup> Worum es also beim Argumentieren im Besonderen geht, ist, die Akzeptanz nicht über einen Einfluss auf die Person zu bewirken. Vielmehr soll sie sich aus den vorgebrachten Behauptungen und Thesen selbst ergeben. Dies jedenfalls meint man herkömmlicherweise, wenn man die „Funktion von Argumentationen“ darin sieht, „die rationale Akzeptanz auf rationale Weise zu erzeugen oder zu vergrößern.“<sup>68</sup> Fragt man, wie dies denn

<sup>64</sup> GEERT-LUEKE LUEKEN, Vorwort, in: DERS. (Hrsg.), *Formen der Argumentation*. Leipzig 2000, 7 ff., 7.

<sup>65</sup> Siehe beispielsweise CHAIM PERELMAN, *Juristische Logik als Argumentationslehre*. Freiburg im Breisgau 1979; ULRICH KLUG, *Juristische Logik*. 4. Aufl., Berlin 1982; HANS-JOACHIM KOCH/HELMUT RÜBMAN, *Juristische Begründungslehre*. München 1982.

<sup>66</sup> CHRISTOPH LUMER, Argumentationstheorie und Logik, in: GEERT-LUEKE LUEKEN (Hrsg.), *Formen der Argumentation*. Leipzig 2000, 53 ff., 55.

<sup>67</sup> Vgl. LUMER, Argumentationstheorie und Logik (Fn. 66), 55.

<sup>68</sup> Ebd., 56.

vor sich gehen soll, wenn dafür die Autorität oder auch Macht des Sprechers nicht in Frage kommt, dann ist man bei der Logik.

Akzeptanz ergibt sich aus der besonderen Beziehung, in der die vorgetragene Behauptung zu anderen steht, die als akzeptabel gelten. „Rationale Akzeptanz einer These ist dasselbe wie über eine Erkenntnis der These zu verfügen; und der rationale Weg dahin ist das Erkennen der Wahrheit der These.“<sup>69</sup> Dieser Weg wiederum soll sich aus jenen Wahrheit generierenden oder erhaltenden Prozeduren ergeben, die unter dem Titel der „Logik“ strukturell kanonisiert sind. Der formorientierte Ansatz in der Argumentationstheorie zeichne sich dadurch aus, dass er „sich in der Frage der Geltung einer Argumentation am Ideal eines logischen Folgerungsbegriffs orientiert.“<sup>70</sup>

#### *b. Argumentieren als Folgern aus Prämissen*

Damit das funktionieren kann, sind allerdings eine Reihe recht gravierender Maßnahmen zu treffen. „Im logischen Paradigma wird eine Argumentation als ein abstrakter Gegenstand, als ein Komplex von Sätzen, Propositionen, Urteilen oder dergleichen verstanden. So erscheint sie sozusagen als isolierter Text, der unabhängig davon zu beurteilen ist, wer die Argumente wem gegenüber in welcher Situation vorbringt und was sonst noch im Vollzug eines argumentativen Gesprächs geschieht.“<sup>71</sup> Es zählt nur die Argumentform der Ableitung von Konklusionen aus Prämissen. „Hat man mittels (...) Ersetzungen, semantischen Stabilisierungen, Ergänzungen, Tilgungen, Festsetzungen und Umformungen eine Argumentation in eine ‚inhaltsleere‘ logisch-syntaktische Form gebracht, so ist die Frage der Geltung des Schlusses zu einer Frage der Zulässigkeit in einem Kalkül geworden.“<sup>72</sup>

Mit dieser Abstraktion, die dann das leidenschaftslose „Berechnen“ von Wahrheit allein aus der Struktur ermöglichen soll<sup>73</sup>, handelt sich der formorientierte Ansatz allerdings gleich schon sein erstes Problem ein. Denn im lebendigen praktischen Lauf der Debatte ist keineswegs von vornherein klar, welche von all den Äußerungen nun genau als Argument zählt. Und hat man sich die entsprechenden Aussagen isoliert, so ist auch noch nicht so ohne weiteres klar, was genau ihren „nackten“

<sup>69</sup> Vgl. LUMER, Argumentationstheorie und Logik (Fn. 66), 56.

<sup>70</sup> LUEKEN, Paradigmen einer Philosophie des Argumentierens (Fn. 55), 17. Als Beispiele siehe etwa JON ELSTER, *Rationale Argumentation. Ein Grundkurs in Argumentation- und Wissenschaftstheorie*. Berlin 1988; WESLEY SALMON, *Logik*. Stuttgart 1983.

<sup>71</sup> LUEKEN, Paradigmen einer Philosophie des Argumentierens (Fn. 55), 18.

<sup>72</sup> Ebd., 25.

<sup>73</sup> Ebd., 27 f.

Gehalt unabhängig von all jenen Umständen ihrer Äußerung ausmachen soll, die sich in ihr indexalisch semantisiert wieder finden. Vor Gericht etwa geschieht immer einiges, das dazu dient, sich mit den Einlassungen zugleich als Beteiligter in einer bestimmten Rolle zu positionieren und so das Wechselspiel eines rechtsförmigen Verfahrens immer wieder erst zu erzeugen.<sup>74</sup> Die Aussage in der Sache lässt sich davon nicht so ohne weiteres trennen. Der schlichte Satz „Da war nichts“ kann in der Auseinandersetzung darum, ob ein Polizist zu Recht nur in vermeintlicher Notwehr geschossen hat oder nicht, dazu dienen, einen Zeugen als Lügner hinzustellen. Er kann dem Selbstschutz des Opfers dienen, das damit, falls es überlebt hat, einen eigenen kriminellen Anteil am Geschehen zu vertuschen versucht. Oder er kann die Wahrheit einer Prämisse widerlegen. Wie soll man also den Satz reduziert auf die Form „x ist P“ nehmen? „Bevor wir“ also „überhaupt an eine Argumentation im Sinne eines abstrakten Satzkomplexes kommen, sind Verstehensleistungen und Urteilskräfte aufzubringen, die ohne eine Reflexion auf die fraglichen Kontexte, Umstände, Personen und Positionen nicht auskommen.“<sup>75</sup> Damit ist nicht gesagt, dass eine Skelettierung argumentativer Handlungen auf jene Sätze hin nicht gelingen kann, die in die Maschinerie der Schlussformeln und Wahrheitsfunktionen eingespeist werden können. Es fragt sich nur, welchen Vorteil dies erbringen kann, wenn wir ohnehin erst einmal „eine Vielzahl von Gesichtspunkten heranziehen und unsere eigene Position einbringen“ müssen. Denn „ohne sachliche, situative und personale Einbettungen bedeuten die Sätze gar nichts. Und so richtig es ist, dass die Sätze nicht schon deshalb gelten oder nicht gelten, weil uns die Person ge- oder missfällt, so können wir doch nicht unberücksichtigt lassen, ob sie von einer Expertin, einer notorischen Lügnerin, einer Betroffenen oder Angeklagten stammen. In der Argumentationspraxis spielen Einschätzungen der Kompetenz und Glaubwürdigkeit, des Interesses und des Wissens von Argumentierenden eine wichtige Rolle. Und diese Einschätzungen schlagen auf das Verständnis und die Beurteilungen ihrer Sätze durch.“<sup>76</sup>

Die Antwort des formorientierten Ansatzes auf die Frage nach dem Nutzen ist natürlich genau der Verweis auf die Wahrheitsmaschine.

---

<sup>74</sup> Siehe dazu die diskursanalytischen Untersuchungen von Gerichtsverfahren bei LUDGER HOFFMANN, *Kommunikation vor Gericht*. Tübingen 1983; GABRIELE LÖSCHPER, *Bausteine für eine psychologische Theorie richterlichen Urteilens*. Baden-Baden 1999. Weiter die Beiträge in LUDGER HOFFMANN (Hrsg.), *Rechtsdiskurse. Untersuchungen zur Kommunikation in Gerichtsverfahren*. Tübingen 1989; sowie hier im Besonderen CHRISTENSEN/KUDLICH, *Theorie richterlichen Begründens* (Fn. 27), 195 ff.

<sup>75</sup> LUEKEN, *Paradigmen einer Philosophie des Argumentierens* (Fn. 55), 19.

<sup>76</sup> Ebd.

Aber fügt sich rechtliche Argumentation überhaupt in das Schema einer gültigen Schlussformel? Offenbar lässt sie sich nicht so ganz auf eine dafür nötige monodirektionale Linie bringen. Meistens muss man ein wenig zwischen Prämisse und Konklusion hin und her hüpfen. Bekanntlich führen solche Umstände dann Toulmin dazu, sich gegen die dürren Schemata zugunsten einer komplexeren Anordnung von Argumenten und ihren Absicherungen zu wenden.<sup>77</sup> Denn wenn das Argument alle juristische Plausibilität der Welt für sich hat, warum sollte man es dann deswegen nicht akzeptieren, weil es sich nicht in das Format eines simplen Syllogismus pressen lässt? Und umgekehrt gefragt, wieso soll die kanonisierte Schlussform Rationalität für sich beanspruchen können, wenn sie vor offenkundig vernünftigen Argumenten versagt? Was sich hier zeigt ist, dass es keineswegs von vornherein ausgemacht ist, welche Gestalt ein gültiger Schluss anzunehmen hat. Die aber ist für das Urteil über die Folgerung lebensnotwendig, auf die es dem Argument schließlich ankommt.

### *c. Die Rückkehr des Verdrängten*

Zu seinen Gunsten mag nun der formorientierte Ansatz einwenden, dass diese missliche Lage nur entsteht, wenn man den relativ primitiven und unflexiblen Syllogismus als das allein selig machende „Paradigma gültigen Folgerns“ betrachtet.<sup>78</sup> Die Logik habe demgegenüber ein weitaus reichhaltigeres Arsenal an Folgerungsbeziehungen zu bieten. Wenn aber die Argumentation in ihrer Struktur nicht selbst eine bestimmte Art von Folgerungsregel für den Übergang von Prämisse zu Konklusion vorgeben kann, dann müssen hier die Argumentierenden einspringen. „Das aus dem logischen Paradigma hergeleitete Verfahren der Ergänzung und Transformation mag allerlei Regelexplikationen generieren, kann aber den Argumentierenden auf keine bestimmte Regel verpflichten, solange er diese nicht als von ihm implizit in Anspruch genommene anerkennt und alternative Regelexplikationen anzubieten bereit ist.“<sup>79</sup>

Damit ist aber die für den logischen Ansatz nötige Formalität gefährdet. Die Semantik der als Argument geltend gemachten Äußerungen lässt sich nicht mehr länger aus dem Spiel halten. „Wir haben es

---

<sup>77</sup> Siehe STEPHEN TOULMIN, *Der Gebrauch von Argumenten*. 2. Aufl., Weinheim 1996, 86 ff.; hier v. a. 126 ff. zu den „Gefahren der Einfachheit“.

<sup>78</sup> Eingehend zu den Problemen damit LUEKEN, *Paradigmen einer Philosophie des Argumentierens* (Fn. 55), 19 ff.

<sup>79</sup> LUEKEN, *Paradigmen einer Philosophie des Argumentierens* (Fn. 55), 24.

also mit semantischen *Prozessen* zu tun, in denen Interpretationen lokal vollzogen und beständig modifiziert werden.“<sup>80</sup>

#### *d. Semantische Verschiebungen*

Für die Verrechnung von Sätzen ist ihre semantische Stabilität nötig. Diese zentrale Voraussetzung für einen rein logischen Ansatz ist aber nicht garantiert. Was ein „Satz“ besagt, hängt vom Verständnis ab, das man in der gegebenen Lage für die Person aufbringt. Dies aber ist mit jeder weiteren Äußerung der neuerlichen Interpretation offen. „Die Betrachtung formaler Beziehungen zwischen Sätzen erfordert, dass diese Sätze und ihre Bestandteile eine gewisse semantische Stabilität aufweisen. Ihr Sinn muss bestimmt sein bzw. klar bestimmt werden können, auch um zu beurteilen, welche Sätze denselben und welche verschiedenen Sinn haben. Dies ist allerdings keine triviale Voraussetzung, nicht nur, weil bei normalsprachlichen Sätzen der Sinn häufig nur sehr grob umrissen und vieldeutig ist, sondern auch, weil sich häufig in Argumentationen der Sinn verschiebt, erst allmählich heraus- und dann weiterbildet. Für eine logische Betrachtung von formalen Folgerungsverhältnissen sind solche semantischen Instabilitäten gleichsam das Folgern störende Überlagerungen, die in der Analyse vorab beseitigt werden müssen. Wenn aber semantische Verschiebungen, Desambiguierungen etc. wesentlich zum Argumentieren dazugehören, wenn die Bearbeitung des Sinns der Sätze und die Beurteilung der Folgerungsverhältnisse miteinander einhergehen, dann ist semantische Stabilität keine Voraussetzung, sondern ein mögliches Resultat von Argumentationen.“<sup>81</sup>

Die semantischen Verschiebungen unterlaufen dabei nicht etwa der Argumentation. Und schon gar nicht stellen die mit ihnen einhergehenden Äquivokationen Fehler dar, wie es der formorientierte Ansatz zu seinem eigenen Wohle behauptet.<sup>82</sup> Vielmehr stellen sie ein entscheidendes sprachliches Moment dar, in dem sich die Argumentierenden positionieren und durch das der Argumentationsprozess seine agonale Dynamik gewinnt. Arnulf Deppermann zeigt dies eindrücklich für eine Debatte um Umweltfragen, in der der Begriff der Freiheit eine

---

<sup>80</sup> ARNULF DEPPERMAN, Verschiebungen in Argumentationsprozessen: Zur wechselseitigen Elaboration von Semantik, Quaestiones und Positionen der Argumentierenden, in: GEERT-LUEKE LUEKEN (Hrsg.), *Formen der Argumentation*. Leipzig 2000, 141 ff., 150.

<sup>81</sup> LUEKEN, Paradigmen einer Philosophie des Argumentierens (Fn. 55), 23.

<sup>82</sup> Ausführlich zur entsprechenden Annahme eines Trugschlusses DEPPERMAN, Verschiebungen in Argumentationsprozessen (Fn. 80), 141 ff.

entscheidende Rolle spielt.<sup>83</sup> Dieser erfährt hier eine „lokale semantische Elaboration“, in der „drei Größen des argumentativen Prozesses systematisch im Wechsel aufeinander zugeschnitten sind: die semantischen Verschiebungen der Bedeutung eines Ausdrucks, die Position, die eine Partei vertritt, und die Quaestiones, die die Partei im Laufe der argumentativen Auseinandersetzung aufwirft und bearbeitet. Während diese drei Größen in Bezug auf Vertreter einer Position in einem Verhältnis wechselseitiger Konstitution und Elaboration zueinander stehen, können sie sich inkommensurabel zur semantischen Praxis, zur Position und zu den Quaestiones des Opponenten verhalten. Semantische Verschiebungen können deshalb in Argumentationsprozessen dissoziative Wirkungen entfalten.“<sup>84</sup> Dies erinnert nicht nur an die Auslegung des Rechtsstreits als semantischer Kampf. Vielmehr erweist sich dieser als das treibende Moment des Prozessierens von Argumentationen.

In dem von Deppermann untersuchten Beispiel wird „Freiheit“ zum Schlüsselwort und damit zur „Arena“ der Konfrontation der vertretenen Positionen.<sup>85</sup> Auf der einen Seite wird behauptet, dass es keinerlei Rechtfertigung für die Einschränkung der Freiheit des Einzelnen gäbe. Daher könne man vom Bürger auch nicht verlangen, zugunsten des Umweltschutzes nennenswerte Einbußen etwa an Mobilität oder im Konsum hinzunehmen. Ganz anders sieht die Gegenposition aus. Ein Verzicht verringere nicht etwa die Freiheit, sondern könne ganz im Gegenteil zu ihr beitragen. In dem Wort „Freiheit“ prallen also zwei ganz gegensätzliche Überzeugungen aufeinander. Dabei handelt es sich nicht etwa um eine Mehrdeutigkeit oder Ambiguität. Dies wäre der Fall, wenn hier zwei verschiedene oder unverträgliche Bedeutungen vorlägen und man nicht wüsste, in welcher man es nehmen sollte. Demgegenüber wird das Wort von den Argumentierenden in zwei widerstreitenden Lesarten dargeboten, die gemessen an den mit diesen vorgetragenen Überzeugungen jeweils nicht eindeutiger sein könnten. „In jedem Verwendungsfall gibt es genau eine kontextuell (hinrei-

---

<sup>83</sup> Vgl. DEPPERMAN, Verschiebungen in Argumentationsprozessen (Fn. 80), 141 ff.

<sup>84</sup> DEPPERMAN, Verschiebungen in Argumentationsprozessen (Fn. 80), 141.

<sup>85</sup> Linguistisch zu Schlüsselwörtern WERNER NOTHDURFT, Schlüsselwörter. Zur rhetorischen Herstellung von Wirklichkeit, in: WERNER KALLMEYER (Hrsg.), *Gesprächsrhetorik. Rhetorische Verfahren in Gesprächsprozessen*. Tübingen 1996, 351 ff. Zu deren Rolle in Debatten FRITZ HERMANN, *Schlüssel-, Schlag- und Fahnenwörter. Zu Begrifflichkeit und Theorie der lexikalischen „politischen Semantik“*. Heidelberg 1994. Zur lehrreich anleitenden Figur des Worts „als Arena des Klassenkampfes“ bei VALENTIN N. VOLOSINOV, *Marxismus und Sprachphilosophie*. Frankfurt am Main 1975. Zur eingehenden Analyse des Argumentationsverlaufs hier und im Folgenden DEPPERMAN, Verschiebungen in Argumentationsprozessen (Fn. 80), 144 ff.

chend) eindeutige Lesart, doch diese Lesarten unterscheiden sich voneinander.“<sup>86</sup> Es handelt sich also um einen der „Fälle, bei denen sich die Bedeutung, die einem Ausdruck zukommt, beim Übergang von einem ersten zu einem nächsten Gebrauch des gleichen Ausdrucks verschiebt.“<sup>87</sup> Das Übereinkommen in dem einen Ausdruck ermöglicht so im Umschlag, dass das Auseinandertreten seiner Lesarten als die Konfigurierung eines Konflikts verstanden werden kann. „Ein wesentlicher Teil der Konfrontation zwischen den Parteien wird“ hier also „genau dadurch realisiert, dass sie unterschiedliche Semantiken von ‚Freiheit‘ entfalten. Obwohl semantische Verschiebungen Probleme bereiten können, da sie oft zur Dissoziation des Argumentationsprozesses führen können, sind sie vital für die Entfaltung der Positionen der Parteien und folglich auch für ihre Kommunikation.“<sup>88</sup>

Der Durchgang durch den formorientierten Ansatz hat so zunächst ein etwas enttäuschendes Ergebnis. Bei Licht besehen landen wir bei einer kritischen Musterung seines Anspruchs genau da, wo wir mit dem Rechtsstreit von Anfang an waren. Auch und gerade Rechtsbegriffe sind „wesentlich umstritten“.<sup>89</sup> Sie sind der Bezugspunkt, der ihre Semantisierungen durch die konträren Lesarten in das Verhältnis eines Konflikts bindet. Dabei geraten diese Semantisierungen mit jedem Austausch von Gründen und mit jeder Ausarbeitung als Verarbeitung dieser Gründe ins Gleiten und werden sogleich wieder im Anspruch darauf aufgefangen, allein gegenüber den anderen als Bedeutung des Begriffs in Frage zu kommen. Man kann auch an jene Fälle denken, in denen es um das Tragen eines Kopftuchs am Arbeitsplatz ging. Freiheit steht gegen Freiheit: die Freiheit der muslimischen Lehrerin in der Ausübung ihrer Religion gegen eine Verpflichtung staatlicher Instanzen, sich von weltanschaulichen Festlegungen frei zu halten, neutral zu sein; die in ihren Grundrechten verankerte Freiheit der muslimischen Kassiererin gegen die Freiheit ihres Arbeitgebers in der Gestaltung einer Ausübung seines Gewerbes – ein Streit in den Abwägungen, der seinen Schauplatz in der Frage findet, was „Freiheit“ meint. Warum also nicht gleich dort mit einer Klärung des Begriffs der Argumentation ansetzen, wo wir scheinbar ohnehin immer wieder landen: im Gerichtssaal.

---

<sup>86</sup> DEPPERMAN, Verschiebungen in Argumentationsprozessen (Fn. 80), 144.

<sup>87</sup> Ebd.

<sup>88</sup> Ebd., 152.

<sup>89</sup> Grundsätzlich dazu WALTER B. GALLIE, *Essentially Contested Concepts*, in: *Proceedings of the Aristotelian Society* 56 (1956), 167 ff. Ausführlich auch WILLIAM E. CONNOLLY, *The Terms of Political Discourse*. Princeton 1993.

#### 4. Der regelorientierte Ansatz

Schon der Klassiker Toulmin hatte gegen das Ungenügen einer auf die reine Logik reduzierten Vorstellung von Argumentationen die Verhältnisse im juristischen Verfahren ins Feld geführt. Ihm geht es genau um das „praktische Geschäft des Argumentierens“<sup>90</sup> Um dem gerecht zu werden, reichen weder eine dürre Syllogistik, noch überhaupt die Reduktion argumentativer Übergänge auf einen irgendwie gearteten „logischen oder mathematischen Formelcharakter“<sup>91</sup> aus. Die Unzulänglichkeit des logischen Grundmodells der schlichten Ableitung der Konklusion aus Ober- und Unterprämisse liest Toulmin dabei ausdrücklich an der „Analogie mit der Jurisprudenz“ ab.<sup>92</sup> „Rechtliche Äußerungen haben viele verschiedene Funktionen: Geltendmachen von Ansprüchen, identifizierendes Beweismaterial, Zeugenaussagen über strittige Ereignisse, Interpretationen eines Gesetzes oder Diskussionen seiner Gültigkeit, Ansprüche darauf, von seiner Verwendung ausgenommen zu werden, Bitten um mildernde Umstände, Schuldsprüche und Strafaussprüche.“<sup>93</sup> Aus der Vielfalt all dieser „verschiedenen Aussageformen“ und ihrer „Rolle im Gerichtsprozess“ leitet Toulmin auch für den Übergang von dem „speziellen Fall des Rechts zur Betrachtung rationaler Argumentationen“ die Forderung nach einem „Argumentationschema“ ab, „das nicht weniger kompliziert ist als das im Recht gebrauchte.“<sup>94</sup>

##### *a. Orientierung am Recht*

Für Toulmin dient die Analogie zum Recht noch dazu, eine Vorstellung von einem angemessenen inneren Aufbau von Argumenten zu gewinnen, wobei „Argument“ weiter „als semantisch-logischer Terminus für Schlüsse“ zu lesen ist; wenngleich nur für solche, die „in natürlichsprachlicher Form inhaltlich gefüllt“ sind, allerdings „unabhängig davon, welche Sprechhandlung den – aus Prämissen und Konklusion bestehenden – Schluss trägt“.<sup>95</sup> Demgegenüber wird die Analogie des Gerichts von einem regelorientierten Ansatz, zumal dem forensischen

---

<sup>90</sup> Vgl. TOULMIN, Der Gebrauch von Argumenten (Fn. 77), 87.

<sup>91</sup> JOSEF KLEIN, Rhetorik und Argumentation. Eine Einführung, in: *Der Deutschunterricht*, H. 5 (1999), 3 ff., 4 ff.

<sup>92</sup> Siehe TOULMIN, Der Gebrauch von Argumenten (Fn. 77), 87.

<sup>93</sup> TOULMIN, Der Gebrauch von Argumenten (Fn. 77), 88. Zur Adaption des Toulminschen Schemas: DENNIS PATTERSON, *Recht und Wahrheit*. Baden-Baden 1999, 195 ff.

<sup>94</sup> TOULMIN, Der Gebrauch von Argumenten (Fn. 77), 88.

<sup>95</sup> KLEIN, Rhetorik und Argumentation (Fn. 91), 4 ff.

Amsterdamer Herkunft, geradezu beim Wort genommen. Im Grund seines Herzens pragmatisch, will sich dieser Ansatz genau der Sprechhandlungen der Beteiligten annehmen. Und er will von ihnen her aufklären, was Argumentationen ausmacht.<sup>96</sup> Damit ist die Betrachtungsweise erst einmal konsequent in die Richtung gedreht, auf die es ohnehin immer ankommt. „Wenn die logische Perspektive beim Theoretisieren über Argumentation nicht hinreicht und vielleicht sogar irreführt, liegt es nahe, sozusagen am andern Ende anzufangen, die Perspektive zu drehen und das Argumentieren zunächst als Handeln zu untersuchen.“<sup>97</sup> Während Toulmin also angeregt durch das gerichtliche Verfahren im Bereich des Sprachlichen bleibt, will der regelorientierte Ansatz mit der Wendung in den Bereich des Praktischen Argumentation buchstäblich überhaupt als ein solches modellieren. Für ihn sind Argumentationen „komplexe aufeinander bezogene (...) sprachliche (...) Handlungen“.<sup>98</sup>

Ausgangspunkt ist das Verhältnis des Konflikts. Hier treten die Handelnden als „Proponenten und Opponenten oder Protagonisten und Antagonisten einer These, ganz analog zu den Rollen von Ankläger und Verteidiger vor Gericht, auf.“<sup>99</sup> Und ganz wie vor Gericht sind beim Argumentieren nicht nur die Rollen verteilt, sondern es ist auch geregelt, was die Argumentierenden zu tun oder zu lassen haben, um ihre Überzeugungen wirksam zu vertreten. Das heißt, „Argumentation wird als ein explizit oder implizit geregeltes Verfahren verstanden, in dessen Rahmen eine Auseinandersetzung zwischen mindestens zwei Gegenspielern stattfindet.“ Dazu gehören all die Dinge, die auch Toulmin am Rechtsstreit beeindruckten. Die „Gewichtung von Evidenzen“ ebenso wie die Verteilung der „Begründungslasten“. Die Rechte, sich Gehör zu verschaffen und das Seine zugunsten der eigenen Position zu tun, ebenso wie die Pflichten, den anderen zu Wort kommen zu lassen, auf ihn einzugehen, sowie sich überhaupt an die Gepflogenheit eines geordneten Ablaufs des Austauschs der Argumente zu halten.<sup>100</sup> Kurz-

---

<sup>96</sup> Siehe etwa FRANS H. VAN EEMEREN/ROB GROOTENDORST, *Speech Acts in Argumentative Discussions, A Theoretical Model for the Analysis of Discussions towards Solving Conflicts of Opinions*. Dordrecht 1984; FRANS H. VAN EEMEREN/ROB GROOTENDORST, *Argumentation, Communication and Fallacies. A Pragma-Dialectical Perspective*, Hillsdale (N. J.) 1992; FRANS H. VAN EEMEREN/ROB GROOTENDORST/SALLY JACKSON/ SCOTT JACOBS, *Reconstructing Argumentative Discourse*. Tuscaloosa 1993.

<sup>97</sup> LUEKEN, *Paradigmen einer Philosophie des Argumentierens* (Fn. 55), 28.

<sup>98</sup> Ebd., 31.

<sup>99</sup> Ebd., 28.

<sup>100</sup> Ebd.

um: „Die Argumentierenden erscheinen als Streitparteien, deren Konflikt durch ein Verfahren entschieden werden muss.“<sup>101</sup>

*b. Die Rationalität des Verfahrens*

Das reicht natürlich noch nicht aus. Auch vor Gericht geht es bekanntlich nicht immer zivilisiert zu. Ebenso wenig, wie es für den formorientierten Ansatz genügt, das Ziel der Argumentation in der Herstellung der Akzeptanz von Argumenten zu sehen, ebenso wenig kann dem regelorientierten Ansatz der Verweis auf eine Ordnung des Verfahrens genügen. Bekanntlich sind auch Boxkämpfe streng reglementiert, ohne dass hier jemand auf die Idee käme, in diesem Schlagabtausch so etwas wie körperliches Argumentieren zu sehen. Und umgekehrt muss man nicht nur an politische Debatten denken, um zu wissen, dass auch Argumentationen nicht davor gefeit sind, in Entgleisungen zu geraten. Es bedarf also der Vernunft. Rational ist, was nach den Regeln des Verfahrens zulässig ist. „Das Verfahren schließt die Beurteilung der regelgerechten, also korrekten Durchführung und des Ausgangs der Auseinandersetzung ein.“<sup>102</sup> Gelingen kann das natürlich nur, wenn die Regelungen nicht in den Händen der Argumentierenden liegen und von diesen ganz nach dem Gusto ihres Durchsetzungsinteresses gedreht und gewendet werden können. Die Antwort des regelorientierten Ansatzes auf die Frage nach seiner Vernunft liegt also im Verweis auf die Besonderheiten seiner Ordnung. Es sind dessen Regeln, die die Beteiligten zur Rason eines zivilisierten Ablaufs des Argumentationsprozesses bringen. Von daher „ist eine ‚gelungene‘ Argumentation eine solche, die einem vorab geregelten Verfahren entsprechend zu einer Entscheidung führt. Gewisse Regeln, Verfahren, Normen und Kriterien werden als vorgegeben – und damit der Argumentation entzogen – unterstellt.“<sup>103</sup>

*c. Normativer Positivismus*

Hier taucht unversehens ein für Juristen alter Bekannter auf. Ein normativer Positivismus.<sup>104</sup> Der regelorientierte Ansatz ist ausgerechnet

---

<sup>101</sup> LUEKEN, Paradigmen einer Philosophie des Argumentierens (Fn. 55), 28 f.

<sup>102</sup> Ebd., 31.

<sup>103</sup> Ebd., 29.

<sup>104</sup> Rechtstheoretisch zu dessen Kritik hier MÜLLER/CHRISTENSEN/SOKOLOWSKI, Rechtstext und Textarbeit (Fn. 7), 19 ff. RALPH CHRISTENSEN, Die leere Schatztruhe. Wenn die Sprache die Erwartung der JuristInnen enttäuscht, in: *Juridicum* 3 (1997), 33 ff. Linguistisch gegen einen entsprechenden Sprachnormativismus: KATHRIN GLÜER, *Sprache und Regeln. Zur Normativität von Bedeutung*. Berlin 1999; DIES., Bedeutung zwischen Norm

dort, wo er für seine Modellierung von Argumentationen dem Bild des Gerichtsverfahrens am nächsten kommt, am weitesten von den Realitäten des Rechtsstreits entfernt. Das Verfahrensrecht kann ebenso wenig wie jedes Recht in einer den entsprechenden Regelungen und Vorschriften innewohnenden Normativität liegen. Das Verfahrensrecht ist von den Normtexten nicht objektiv vorgegeben. Das zeigen nicht nur die zum Leidwesen überlasteter Richter häufig und bis an den Rand der Prozessverschleppung geführten Streitigkeiten darum. Das zeigen vor allem auch die damit mitunter verbundenen Debatten um einen Rechtsmissbrauch.<sup>105</sup> Etwa in der sogenannten Konfliktverteidigung bricht in der Befolgung von Regeln genau die Frage nach diesen selbst auf. Der Vollzug der Regelung, das Regelfolgen erweist sich in dem Moment als brüchig, in dem es als ein solches in Erscheinung tritt. Die Entscheidung über einen Gebrauch oder Missbrauch der den Argumentierenden zugestandenen Rechte auf Handeln kann damit nicht von den dafür vorgesehenen Regelungen her entschieden werden. Mit dem Streit darum, ob es sich um einen Anwendungsfall handelt, oder aber, ob deren Grenzen mit der inkriminierten Handlung überschritten sind, steht die Regel auf dem Spiel.<sup>106</sup> Die mit der Inkriminierung eines Missbrauchs oder auch nur eines Abweichens von der Regel in Frage gestellte Handlung ist nicht einfach Unfall oder zufälliges Missgeschick des ansonsten sicheren Normalverlaufs der Dinge. Allein die Möglichkeit des Zweifels und die daraus erwachsende Notwendigkeit einer Entscheidung erweisen die Abweichung als internes Moment des Regelfolgens. Der Zweifel, was nach der Regel ist, ist „Lebenselement“ jeden normativen Bemühens. Und ihn im Fall der Verfahrensvorschriften für den Prozess vor Gericht auszuräumen, gehört wesentlich mit zum Geschäft des Juristen.

---

und Naturgesetz, in: *Deutsche Zeitschrift für Philosophie* 48, 393 ff; PIRMIN STEKELER-WEITHOFER, Sind Sprechen und Verstehen ein Regelfolgen?, in: SYBILLE KRÄMER/EKKEHARD KÖNIG (Hrsg.), *Gibt es eine Sprache hinter dem Sprechen*. Frankfurt am Main 2002, 190 ff. Ansonsten hier im Engeren RALPH CHRISTENSEN/MICHAEL SOKOLOWSKI, Wie normativ ist Sprache? Der Richter zwischen Sprechautomat und Sprachgesetzgeber, in: ULRIKE HAß-ZUMKEHR (Hrsg.), *Sprache und Recht. Jahrbuch 2001 des Institut für Deutsche Sprache*. Berlin 2002, 64 ff., 66 ff.

<sup>105</sup> Dazu RALPH CHRISTENSEN/HANS KUDLICH, Recht und Missbrauch des Rechtsmissbrauchs, in: BIRGIT FELDNER/NIKOLAUS FORGÓ (Hrsg.), *Norm und Entscheidung. Prolegomena zu einer Theorie des Falls*. Wien 2000, 189 ff. Ausführlich auch HANS KUDLICH, *Strafprozess und allgemeines Missbrauchsverbot*. Berlin 1998.

<sup>106</sup> Dazu die Kritik am Regelplatonismus und Konventionalismus Searlescher Prägung bei JACQUES DERRIDA, Signatur, Ereignis, Kontext, in: JACQUES DERRIDA, *Randgänge der Philosophie*. Wien 1976, 142 ff.; JACQUES DERRIDA, Limited Inc., in: *Glyph* 2 (1977), 162 ff. Diese Kritik trifft hier insofern in besonderem Maße, als sich der pragmadialektische Amsterdamer Ansatz ausdrücklich an der Sprechakttheorie Searles orientiert. Kritisch dazu LUEKEN, *Paradigmen einer Philosophie des Argumentierens* (Fn. 55), 30 f.

Natürlich glauben auch die Vertreter des regelorientierten Ansatzes nicht, dass sich die Befolgung einer Regel einfach so ergibt, dass Regelungen in stiller Hartnäckigkeit von sich aus wirksam zu werden vermögen. Ihr Stufenmodell eines Ablaufs von Argumentationen und das Regelwerk, das sie dafür aus den Verhältnissen des Gerichtsverfahrens extrahieren, soll als ein Instrumentarium zur Einschätzung und Beurteilung argumentativen Handelns dienen:<sup>107</sup> in kritischer Absicht zur Überprüfung der argumentativen Güte der Handlungen der Beteiligten, in pädagogischer Absicht zur Anleitung eines guten Argumentierens. Mit der Frage allerdings, inwiefern der Maßstab dafür in Regeln liegen kann, gerät dieser Ansatz in Turbulenzen.

*d. Was heißt „in der Regel“?*

Lueken macht zu Recht geltend, dass „jede Anrufung und Formulierung einer Regel ein Vorschlag (ist), der *im ‚Spiel‘* zur Disposition steht.“<sup>108</sup> Keine Regel, auch nicht eine bis in die feinsten Haarspitzen durchformulierte, vermag als „eine neutrale, dritte Instanz“ zu fungieren. „deren Anerkennung schon vorab geklärt ist, wenn man an dieser Praxis überhaupt teilnimmt.“<sup>109</sup> Denn keine Regel vermag ihre Anwendung zu regeln. Und schon gar nicht vermag eine Regel eindeutig und unwiderruflich vorzuzeichnen, was in jedem Einzelfall ihre Befolgung ist.<sup>110</sup> Es sei denn, man wollte im Sinne eines unendlichen Regresses unterstellen, dass es für die Anwendung dieser Regel wiederum eine Regel geben müsse. Umgekehrt heißt das, dass jede Regel mit dem Abweichen von ihr in Frage gestellt ist – mehr noch, im Grunde damit erst als „Regel“ thematisiert ist. Denn jede Abweichung, so wissen es um die Praxis besorgte Linguisten längst, ist „kreativ“. Sie kann immer auch als Vorschlag einer neuen Regel, als Vorstoß zu einer Regeländerung gesehen werden.<sup>111</sup> Damit verliert das Postulat einer Regel jedes Privileg gegenüber der Praxis. Und wenn diese Praxis die des Streits, des Konflikts ist, dann gerät die Formulierung einer Regel umgehend in seinen Sog.

Das heißt nun nicht, dass es überhaupt keinen Sinn machen würde, sich um eine Regulierung streitiger Auseinandersetzungen zu bemü-

<sup>107</sup> Eingehender dazu LUEKEN, *Paradigmen einer Philosophie des Argumentierens* (Fn. 55), 29 ff.

<sup>108</sup> LUEKEN, *Paradigmen einer Philosophie des Argumentierens* (Fn. 55), 33.

<sup>109</sup> Ebd.

<sup>110</sup> Siehe das bei SAUL A. KRIPKE, *Wittgenstein über Regeln und Privatsprache*. Frankfurt am Main 1987, insgesamt skeptisch entwickelte Argument.

<sup>111</sup> Vgl. HANS JÜRGEN HERINGER, *Praktische Semantik*. Stuttgart 1974, 26.

hen. Nur muss man sich eben darüber im Klaren sein, dass dies dann Teil des Ganzen ist. Und „für den Argumentationstheoretiker, der implizite Regeln der Argumentationspraxis explizit machen will,“ der, mehr noch, überhaupt Regeln dafür aufstellen will, „heißt das, dass er nicht einfach eine theoretische Behauptung über die Praxis macht, die bloß hinsichtlich ihrer faktischen Geltung befragt werden kann. Er macht vielmehr einen praktischen Vorschlag, dessen Geltung von den Teilnehmern der Argumentationspraxis anerkannt werden muss und der, falls er anerkannt wird, einen Eingriff darstellt, insofern nun explizite Regeln zur Verfügung stehen, auf die sich die Teilnehmer explizit berufen können. Das verändert die Praxis.“<sup>112</sup> Und damit auch, was man ihr fallweise als geregelten Ablauf zubilligen kann.

Ganz analog zum Scheitern des formorientierten Ansatzes an seinen Präntionen einer semantischen Stabilität muss der regelorientierte Ansatz an seiner Präntion einer pragmatischen Stabilität in Schwierigkeiten geraten. Denn will er nicht entgegen aller argumentativer Vernunft seine Vorgaben für das Verfahren schlicht dogmatisch verordnen, so muss er die Frage genau an die zurückgeben, über die doch eigentlich befunden werden soll: an die Argumentierenden. Wir sind also wieder in die Kommunikationskrise zurückgeworfen. Nur diesmal nicht von der Seite der Semantik, sondern von der Seite der Pragmatik. Denn ganz so, wie eine Fixierung von Argumenten in ihrem Gehalt von semantischen Verschiebungen auf Trab gehalten wird, ganz so bleibt eine normative Festlegung des Argumentierens durch das „pragmatische Changieren“ der Regelformulierungen in Unruhe. Der Rückschlag, den der regelorientierte Ansatz damit erleidet, ist, wie nicht anders zu erwarten, wenn man der Praxis auf den Grund zu gehen gedenkt, aber eigentlich noch heftiger, noch elementarer. Er stößt in den Widerstreit zurück. Der lässt sich ebenso wenig wie in ein Idiom in die Metaregel bannen. Er feiert ganz im Gegenteil in jedem Traum davon seine fröhlichen Urstände. Es bleibt die Frage nach der Argumentation als Arbeit daran. Was bei der Hand bleibt, ist allerdings auch der Moment, über dem der Widerstreit in jedem Sinne wahrnehmbar wird. Der Moment, in dem er in Erscheinung tritt, ebenso, wie zugleich der Moment, als der er so in Arbeit genommen werden kann. Es ist dies das Aufeinandertreffen der Meinungen und Überzeugungen in der gegenseitigen Interpretation als Konflikt. Man kann die Argumentation nicht nach einem vorgegebenen Modell formen. Jedenfalls zum Teil generiert sie ihre Formen selbst. Dies berücksichtigt erst eine Fassung der Argumentationstheorie als aufstufende Selbstreflexion.

---

<sup>112</sup> LUEKEN, Paradigmen einer Philosophie des Argumentierens (Fn. 55), 33.

## 5. Der geltungsorientierte Ansatz

Aus der Diskussion der argumentationstheoretischen Ansätze lassen sich bereits an dieser Stelle die Anforderungen an ein Konzept von Argumentation ableiten, das den spezifischen Verhältnissen im Rechtsstreit gerecht zu werden und so die Chance einer Antwort auf die Frage nach der Möglichkeit juristischen Argumentierens zu bieten vermag.

Gegenüber der transzendentalistischen Anmaßung des konsensorientierten Ansatzes sollte es sich auf die Wirklichkeit der Argumentation einlassen. Umgekehrt sollte das Konzept gegenüber der krude bellizistisch auf das Faktische der Macht ausgehenden Erfolgsorientiertheit des werbeorientierten Ansatzes Kriterien für eine Zivilisierung der Auseinandersetzung bereitstellen. Damit ist dem institutionalisierten Anspruch des juristischen Verfahrens auf eine Einhegung von Gewalt Rechnung zu tragen. Was die Sprache angeht, hat das gesuchte Konzept gegenüber der Stase des formorientierten Ansatzes der semantischen Dynamik der Konfliktaustragung Raum zu geben. Und was den Weg zu einer solchen Entscheidung angeht, hat das gesuchte Konzept schließlich gegenüber dem normativen Positivismus des regelorientierten Ansatzes dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die Arbeit am Verfahren immer Teil seines Laufs ist.

### *a. Wie kann Argumentieren als offenes System funktionieren?*

Aus der Sicht des geltungstheoretischen Ansatzes ist die Argumentation nicht vorgeordnet. Weder durch transzendente Vorgaben, noch durch die Logik oder das Verfahren. Vielmehr handelt es sich um einen in seinem Verlauf und Ergebnis offenen Prozess, der dennoch nicht in einen Bellizismus zurückfällt. Der geltungsorientierte Ansatz versteht sich als „eine dialogisch-pragmatische Perspektive“<sup>113</sup> und macht damit von vornherein klar, dass es ihm um das Argumentieren als ein wechselseitig aufeinander bezogenes Handeln von Personen geht. Damit wendet sich der geltungsorientierte Ansatz auch ausdrücklich gegen einen allein formorientierten. Denn „wo wir rechnen können“, und sei es nur, dass wir Semantiken als richtiges Verständnis gegeneinander aufrechnen, wo es nur um ein dem „ganze(n) Gewimmel der menschlichen Handlungen“<sup>114</sup> entrücktes Spiel der Formeln gehen soll, da „brauchen wir nicht zu argumentieren.“<sup>115</sup>

---

<sup>113</sup> Vgl. LUEKEN, Paradigmen einer Philosophie des Argumentierens (Fn. 55), 35.

<sup>114</sup> Siehe LUDWIG WITTGENSTEIN, *Zettel*. Werkausgabe Bd. 8, Frankfurt am Main 1984, § 567.

<sup>115</sup> Vgl. LUEKEN, Paradigmen einer Philosophie des Argumentierens (Fn. 55), 35.

In der Vorstellung einer nicht schon vorgeordneten Dynamik der Auseinandersetzung hallt Davidsons Vorstellung von Kommunikation ohne gemeinsame Sprache nach – ein Prozessieren von Interpretationen, das in den Momenten innehält, in denen nichts mehr dagegen spricht, die Äußerungen des Anderen in einem bestimmten Sinn zu nehmen. Ganz entsprechend sieht Wohlrapp in der Argumentation einen Forschungsprozess, dessen Ergebnisse dann als argumentativ gültig betrachtet werden können, wenn keine Einwände mehr gegen sie vorliegen, wenn sie also „einwandfrei“ sind.<sup>116</sup> Verwundern kann diese Parallele nicht, denn so ist Argumentieren eben Kommunikation.<sup>117</sup>

Wenn der geltungsorientierte Ansatz diese dann als „Dialog“ betrachtet, mag das friedensbewegter klingen als es eigentlich ist. Argumentation ist und bleibt die Auseinandersetzung widerstreitender Positionen und die Austragung von Konflikten. „Argumentieren ist symbolisches Handeln, das auf eine Kontroverse zum Zwecke ihrer Überwindung in einem Konsens bezogen ist.“<sup>118</sup> Und auch mit einer intimen Zwiesprache hat dies nichts zu tun. „Worum es hier in erster Linie geht, ist die *konkrete Adressiertheit* von Argumentationen: Wer argumentiert, richtet sich dabei an bestimmte konkrete Personen, die er durch seine Argumentation zu erreichen versucht, von denen er verstanden werden will. Das können einzelne oder mehrere Personen sein, aber auch der Argumentierende selbst, der sich (d. h. sein *alter ego*) von etwas überzeugen will.“<sup>119</sup> Argumentatives Handeln ist ganz im Sinne Davidsons der Versuch, Sinn zu machen. Von sich aus für den anderen, indem sie ihm „etwas geben“, das dieser als Argument hinnehmen kann. „Der konkrete Dialogpartner ist beim Argumentieren persönlich angesprochen – als Person mit eigenen Orientierungen, Meinungen, Erfahrungen, Neigungen. Und der Argumentierende spricht selbst als eine solche Person.“<sup>120</sup>

Dabei zeigt sich, ganz im Sinne des Nachsichtsprinzips, die Verworfenheit der einzelnen argumentativen Züge „mit Netzen eigener und fremder, mehr oder weniger zusammenhängender Orientierungen, in denen sich Personen ausdrücken, die ein bestimmtes Leben führen, etwas wissen und können, Erfahrungen haben und Ziele verfolgen. Die

<sup>116</sup> Siehe dazu HARALD WOHLRAPP, *Argumentative Geltung*, in: DERS. (Hrsg.), *Wege der Argumentationsforschung*. Stuttgart 1995, 280 ff.

<sup>117</sup> Von daher wäre sicherlich auch eine synchrone Lektüre interessant von DAVIDSON, *Die zweite Person* (Fn. 13), 395 und GEERT-LUEKE LUEKEN, *Über die zweite Person*, in: DERS. (Hrsg.), *Kommunikationsversuche. Theorien der Kommunikation*. Leipzig 1997, 182 ff.

<sup>118</sup> LUEKEN, *Inkommensurabilität als Problem rationalen Argumentierens* (Fn. 18), 218.

<sup>119</sup> Ebd., 37.

<sup>120</sup> Ebd.

Dialogpartner spielen beim Argumentieren nicht einfach bestimmte Rollen, sondern bringen ihre *Geschichte* und ihre *Positionen*, sozusagen ihre ‚Stellung‘ im Leben und in der Welt zum Ausdruck. Und wenn sie die Äußerungen des anderen verstehen, verstehen sie nicht nur den sprachlichen Sinn isolierter Sätze und Meinungen, sie verstehen ein Stück weit, wer der andere ist, was für ein Mensch er ist, wie er denkt und lebt.“<sup>121</sup> Der Umstand, dass auch wir ein solches Leben führen, gibt die Basis dafür ab zu ermessen, worin wir mit dem anderen übereinstimmen und worin wir uns unterscheiden, was also wir von seinen Äußerungen zu halten haben. Wir können dies, weil wir bis zum Beweis des Gegenteils annehmen, dass sich der andere wohl in der Lage, die uns vertraut ist, ganz ähnlich verhält. Von Sprache allerdings ist hier keine Rede – schon gar nicht von einer gemeinsamen.

#### b. Grundzüge des Argumentierens

Der geltungsorientierte Ansatz ist nicht nur „dialogisch“, sondern auch zugleich „pragmatisch“ orientiert und kann deswegen die Grundzüge des Argumentierens herausarbeiten. „Wir können grob zwischen drei argumentativen ‚Operationen‘ unterscheiden. Es sind dies: das *Setzen von Thesen*, das *Erheben von Einwänden* und das *Geben von Gründen*.“ Dies ist nun nicht, wie es der formorientierte Ansatz tut, so zu verstehen, „dass zunächst syntaktisch-semantische Formbestimmungen von ‚These‘, ‚Einwand‘ und ‚Grund‘ gegeben werden, um dann die entsprechenden Operationen als das Äußern einer These, eines Einwands oder eines Grundes zu bestimmen. Vielmehr sollen die Operationen von vornherein pragmatisch (*als Handlungen* also) beschrieben werden, denn auf der Ebene von Sätzen allein ist oft gar nicht auszumachen, ob das Geäußerte eine These, ein Einwand oder ein Grund sein soll. Es zeigt sich meist erst im Handlungszusammenhang.“<sup>122</sup>

#### c. Die Dynamik des Argumentierens

Damit zeigt sich der Aspekt einer prinzipiellen Unsicherheit. „Argumentieren ist ein Handeln unter Bedingungen der Unsicherheit. Die Unsicherheit mag sich daraus ergeben, dass etwas nicht gelingt, weil das Wissen und Können nicht ausreicht, oder daraus, dass wir entge-

<sup>121</sup> Vgl. LUEKEN, Paradigmen einer Philosophie des Argumentierens (Fn. 55), 37 f. Man vergleiche dies mit DONALD DAVIDSON, Radikale Interpretation, in: DERS., *Wahrheit und Interpretation*. Frankfurt am Main 1990, 183 ff., 199 zum Nachsichtsprinzip.

<sup>122</sup> Vgl. LUEKEN, Paradigmen einer Philosophie des Argumentierens (Fn. 55), 40 f.

genstehende Belange anderer Personen ernst nehmen müssen.“<sup>123</sup> Durch die Differenz und Diametrie der Überzeugungen, die hier zur Sprache gebracht werden, ist Argumentation beständig der Frage ausgesetzt. Daher betrachtet der geltungsorientierte Ansatz Argumentieren als einen Forschungsprozess. Hier ist nicht Wissenschaft gemeint, die sich häufig zugute hält, Paradebeispiel des Argumentierens zu sein. Es geht um „jedes Suchen neuer Erfahrungen und Orientierungen“.<sup>124</sup> Allerdings handelt es sich beim Argumentieren um einen Forschungsprozess, der sich zugleich selbst in Arbeit zu nehmen hat. Denn mit der stets im Hintergrund lauenden Frage, was denn eigentlich als ein Grund zählen kann, den man für seine Überzeugungen vorbringt, und bei was es sich um einen Einwand handeln könnte, mit dem man Äußerungen zu widerlegen gedenkt, kann nie ausgeschlossen werden, „dass Teile der Argumentationsbasis im dialogischen Forschungsprozess fraglich werden und verbessert, umgebaut, neu konstruiert werden müssen. Das Argumentieren ist dann nicht bloß ein Erforschen von ‚Neuland‘ im Ausgang von einem sicheren ‚Basislager‘, es ist zugleich eine *Bearbeitung* dieser Argumentationsbasis.“<sup>125</sup>

Sich eine solche Basis an Orientierung zu verschaffen, ist das Ziel des Argumentierens, das sich aus dem Bestreben der Überwindung ihrer Grundsituation der Unsicherheit ergibt. „Ausgehend von der Argumentationsbasis suchen wir Orientierung in einem unsicheren Gebiet. Die dabei unternommenen Schritte sind, bei aller Verlässlichkeit der Basis, immer mit Unsicherheit behaftet. Auf der Basis von Gewusstem und Gekonntem stellen wir Erwägungen an, die uns zu Vermutungen und Vorschlägen führen“ – zu solchen, denen die Argumentation eben Geltung zu schaffen vermag. So will Argumentation jeweils mit sich zu Ende kommen, sich in einer Situation aufheben, in der die Dinge klar gestellt sind und man vielleicht sogar ein wenig auf sicherem Grunde steht – wohl wissend, dass dafür nichts als selbstverständlich genommen werden darf. „Im argumentativen Dialog werden diese Suchbewegungen im Lichte des vom Dialogpartner Gewussten und Gekonnten kontrolliert, bevor man zum Probehandeln aufgrund der Vermutungen und Vorschläge kommt. Die Suchbewegungen stehen unter *ständiger dialogischer und praktischer* Kontrolle durch Prüfbewegungen. Dadurch erhöht sich ihre Verlässlichkeit, aber ihr grundsätzlich unsicherer Charakter bleibt bestehen. Erst wenn sich die Vermutungen und Vorschläge nicht nur als argumentativ gültige Thesen erwiesen, sondern auch zu praktisch bewährten Orientierungen stabilisiert ha-

<sup>123</sup> Vgl. LUEKEN, Paradigmen einer Philosophie des Argumentierens (Fn. 55), 39.

<sup>124</sup> Ebd., 38 f.

<sup>125</sup> Ebd., 39.

ben, gehen sie in den Bestand des verlässlichen Wissens und Könnens ein.“<sup>126</sup>

*d. Das Ziel des Argumentierens*

Dem Streitcharakter des juristischen Verfahrens trägt der geltungsorientierte Ansatz Rechnung, indem er im Argumentieren ein Handeln sieht, „das auf eine Kontroverse (...) bezogen ist.“ Ziel ist „ihre Überwindung“. Wenn der geltungsorientierte Ansatz zur „Überwindung“ der Kontroverse den „Konsens“ vorsieht, dann kann dies allerdings nicht so ohne weiteres für das Gerichtsverfahren übernommen werden.<sup>127</sup> Gemeinsamkeit kann nun für das juristische Verfahren ganz sicher nicht als Motiv und Ziel des Argumentierens angenommen werden. Vor Gericht geht es, wenn die alltäglichen Mechanismen einer einvernehmlichen Konfliktregelung untereinander versagt haben. Hier muss die Institution mit dem von ihr autoritativ auferlegten Zwang, sich auseinander zu setzen, einspringen. Und was das Ziel dieser Auseinandersetzung angeht, so steht die den Beteiligten mit dem Richterspruch auferlegte Entscheidung für den Mangel an Einsicht.

Es macht die Stärke des geltungsorientierten Ansatzes aus, auch in den eigenen Bestimmungen offen für die jeweils besonderen Verhältnisse zu sein, unter denen argumentiert wird. Er strebt nicht die von der Praxis abgehobene, beherrschende Globaltheorie an. Vielmehr versteht er sich als eine Reflexion von Praxis, indem er diese sowohl als Quelle wie auch als Korrektiv für die argumentationstheoretische Begriffsbildung ansieht. Dadurch ist er in der Lage, die spezifisch regionale Eigendynamik des Argumentierens etwa im juristischen Verfahren in den Blick zu nehmen. Das zeigt sich nun auch an dem Konsensbegriff, den der geltungstheoretische Ansatz für seine Zielbestimmung des Argumentierens veranschlagt.<sup>128</sup> Der hat nichts mit dem pragmatischen Fundamentalismus Frankfurter Schule zu tun. Vielmehr soll „Konsens bestehen, wenn die Kontroverse wirklich überwunden ist, d. h. wenn kein Zweifel und keine Einwände mehr vorhanden sind.“ Dabei muss nun aber „nicht völlige Einigkeit in der kontroversen Sache erzielt wer-

---

<sup>126</sup> LUEKEN, Paradigmen einer Philosophie des Argumentierens (Fn. 55), 39 f.

<sup>127</sup> Entsprechend zur Definition von „Argumentieren“ LUEKEN, Inkommensurabilität als Problem rationalen Argumentierens (Fn. 18), 218.

<sup>128</sup> Ausführlich dazu LUEKEN, Inkommensurabilität als Problem rationalen Argumentierens (Fn. 18), 192 ff.

den; es genügt ein Konsens darüber, dass die Argumentation nicht weitergeführt werden soll.“<sup>129</sup>

Vor Gericht beendet die Entscheidung den Streit dann, wenn die Argumente erschöpft sind. Sie kann sich ihrerseits nur dadurch gegenüber einer Willkür des Eingriffs in den Streit rechtfertigen, dass sie Geltung beanspruchen kann. „Es geht“ also auch vor Gericht „nicht etwa bloß um die Umwandlung einer Kontroverse in Akzeptanz, sondern um ihre Überwindung durch Gründe.“<sup>130</sup> Sind diese unumgänglich, nicht mehr zu widerlegen, spricht also nichts mehr gegen ein in der Argumentation erreichtes Ergebnis, so ist jene Einwandfreiheit erreicht, die es rechtfertigt, den Streit mit ihm zu entscheiden. Die dafür nötige Überzeugungskraft gewinnen Argumente aus dem Bestand von Meinungen, Ansichten und Normen, welche die Beteiligten anerkennen. Auf diese Weise vermögen Argumente die ihnen praktisch zgedachte Wirkung zu tun, Gegenteiliges aus dem gemeinsamen Stand gültigen Wissens und akzeptierter Meinungen auszuschließen und sich selbst als Teil dieses Bestands zu etablieren. Dadurch werden sie eben „zwingend“ und vermögen ihrerseits nun als Basis weiteren Argumentierens zu dienen. Auf einen Nenner gebracht ist es also der Sinn von Argumentationen, „mit Hilfe des kollektiv Geltenden etwas kollektiv Fragliches in etwas kollektiv Geltendes zu überführen.“<sup>131</sup> Wobei „kollektiv“ dann hier konkret das meint, was in der Gemeinde der Juristen als den autoritativ mit seiner Erzeugung Betrauten für Recht genommen wird, bzw. als solches in Frage gestellt ist.

#### IV. Der argumentative Kampf um die Verkettung des Normtextes

Juristen müssen argumentieren. Aber wie? Von den philosophischen Argumentationstheorien können dafür einige Hinweise aufgenommen werden – vom konsenstheoretischen Ansatz etwa die freundliche Utopie der Herrschaftsfreiheit ohne transzendente Nötigung.<sup>132</sup> Dem werbeorientierten Ansatz ist zuzugeben, dass der agonale Grundzug von Ar-

<sup>129</sup> Vgl. LUEKEN, Inkommensurabilität als Problem rationalen Argumentierens (Fn. 18), 220.

<sup>130</sup> Vgl. LUEKEN, Inkommensurabilität als Problem rationalen Argumentierens (Fn. 18), 220.

<sup>131</sup> Dazu WOLFGANG KLEIN, Argumentation und Argument, in: *Zeitschrift für Literaturwissenschaft und Linguistik* 38/39 (1980), 9 ff. Im Hinblick auf den Rechtsstreit CHRISTENSEN/KUDLICH, Theorie richterlichen Begründens (Fn. 27), 246 ff.

<sup>132</sup> Dazu JOACHIM NANNINGA, Zur Kritik der konstruktiven Ethik und Theorie des praktischen Wissens, in: JÜRGEN MITTELSTRAß (Hrsg.), *Methodenprobleme der Wissenschaften vom gesellschaftlichen Handeln*. Frankfurt am Main 1979, 273 ff.

gumentationen nie verleugnet werden kann. Der formorientierte Ansatz liefert mit der Logik eine Basis, auf der semantische Verschiebungen sichtbar gemacht werden können. Und vom regelorientierten, dass es dazu der Ordnung eines Verfahrens doch bedarf. Denn immerhin sollen sich Argumentationen durch eine über das bloße strategische Geschick hinausgehende Vernünftigkeit auszeichnen. Die allerdings, und das schließt den Kreis wieder zur Kritik des konsensorientierten Ansatzes, kann den Argumentierenden nie auferlegt sein. Vielmehr ist es ihre Angelegenheit, sich mit jedem ihrer Züge im Spiel immer wieder aktuell für sie zu entscheiden.<sup>133</sup>

Philosophische Argumentationstheorien können auf das Recht nicht angewendet werden. Sonst stünden sie als feste Wahrheiten außerhalb der Argumentation. In Betracht kommt nur eine Unterstützung bei der aufstufenden Selbstreflexion juristischer Tätigkeiten. Denn auch im Rechtsstreit geht es um die Überführung von kollektiv Fraglichem in kollektiv Geltendes. Die Frage ist allerdings, welche Basis es denn überhaupt dafür geben kann, wenn der Widerstreit das juristische Verfahren kennzeichnet.

### 1. Was ist im Rechtsstreit gemeinsam?

Juristisches Argumentieren ist die polemische Praxis von Sprache, gebannt in die Formalitäten des Verfahrens. Dieses hat dort die Brücke zu schlagen, wo aufgrund der Inkommensurabilität der Überzeugungen ein Abgrund klafft. Notwendig ist dies, da ansonsten nicht einmal eine Unverträglichkeit von Überzeugungen darüber, was rechtens sei, vernehmlich werden kann. Was nichts miteinander zu tun hat, kann sich auch nicht widersprechen. Das Verfahren also bringt dafür die Parteien im Streit zusammen, indem sie sich in ihm ihren Rollen als Gegner zu stellen haben. Mit dem Eintritt in das Verfahren wird der Widerstreit ihrer Überzeugungen als die Kontroverse einander entgegen stehender Positionen in Szene gesetzt.<sup>134</sup> Das Verfahren stellt also eine Gemeinsamkeit genau dadurch her, dass es den Gegensatz praktiziert.

Das klingt nicht nur paradox, sondern ist es zunächst auch. In der Situation der Inkommensurabilität, so, wie sie der Antagonismus der Rechtsmeinungen vor Gericht schafft, versetzt der Einsatz von Argumentation die Beteiligten zunächst in die Lage eines Doublebinds. „Sie

---

<sup>133</sup> Vgl. LUEKEN, Inkommensurabilität als Problem rationalen Argumentierens (Fn. 18), 19 f.

<sup>134</sup> Allgemein zur Situationsinszenierung als Herstellung von Gemeinsamkeit und einer Begründungsbasis LUEKEN, Inkommensurabilität als Problem rationalen Argumentierens (Fn. 18), 288 ff.

sind an ihre eigene Position gebunden und wollen sie nur aufgrund überzeugender Einwände ändern.“<sup>135</sup> Zugleich sind sie an einer Entscheidung interessiert. Das Verbindende daran kann nur in einer Verbindlichkeit für beide liegen. Dies für die eigene Position zu erreichen, indem sie eben in den Stand eines kollektiven Geltenden gesetzt wird, löst die Dynamik des Argumentationsprozesses aus. Und es lässt zugleich den Widerstreit immer wieder durchschlagen, da sich dieser Anspruch nur durch die Verdrängung des Anspruchs der Gegenpartei verwirklichen lässt. „Das Paradoxe der Situation ist dadurch gekennzeichnet, dass weiteres Argumentieren die Kontroverse stets zu radikalieren, statt sie einer (...) Lösung näher zu bringen scheint. Jeder der Kontrahenten mag eine noch so große Bereitschaft haben, zu überzeugen und sich überzeugen zu lassen, doch je stärker er diese Bereitschaft in Form von Einwänden und Begründungen in argumentatives, (...) Handeln umsetzt, in desto weitere Ferne scheint“ die Konfliktlösung zu rücken.<sup>136</sup>

Die Lösung liegt hier, wie so oft, im Problem. Man muss sie nur vor sich sehen. Der entscheidende Hinweis ist die Rede von „Einwänden“ und „Begründungen“. Argumentieren als Begründungsspiel<sup>137</sup> heißt nicht einfach nur, zur Sache zu reden. Argumentieren verlangt immer, sich die Rolle der entsprechenden Äußerungen für das Spiel deutlich zu machen. Die Frage, woraus die Begründungen und Zurückweisungen geschöpft werden können, verweist dann auch auf die „Möglichkeit, mit einer paradoxen Doppelbindungssituation“ fertig zu werden, nämlich „aus ihr herauszutreten.“<sup>138</sup> Praktisch vermögen die Argumentierenden die Situation des Doublebind auseinander zu legen und sich aus der Verfangenheit darin zu lösen, indem sie ihre eigene Position als These einer Rechtsmeinung formulieren. Nun kann die Äußerung als These in Arbeit genommen werden. Damit kann als erstes das Interesse der Auseinandersetzung bedient werden. Die neuerliche Äußerung, die dies leistet, kann dann als zweites in einer Handhabung der Gründe bzw. Einwände über ein Zurückweisen oder Akzeptieren in die Arbeit einer Behauptung der eigenen Position genommen werden. Damit kann das Interesse des Verharrens in den eigenen Überzeugungen bedient werden. Sei es, dass es sich bestätigt; sei es, dass es durch Aufgeben gegenstandslos wird.

---

<sup>135</sup> LUEKEN, Inkommensurabilität als Problem rationalen Argumentierens (Fn. 18), 277.

<sup>136</sup> Ebd., 278, hier adaptiv um die ausdrückliche Konsensorientierung gekürzt.

<sup>137</sup> Eingehend dazu LUEKEN, Inkommensurabilität als Problem rationalen Argumentierens (Fn. 18), 237 ff.

<sup>138</sup> Ebd., 279.

Konkret geschieht dies im Rechtsstreit dadurch, dass die Kontrahenten nicht einfach nur in ihren Rechtsmeinungen verharren und aus ihnen heraus agieren. Um sie als berechtigt auszuweisen, haben sich die Parteien in ihren Äußerungen in einen von ihren Überzeugungen unabhängigen Bezug zu setzen. In den zum Text, indem sie ihre Einlassungen als dessen Lesarten geltend machen. Die Arbeit des Juristen ist genuin Arbeit am Text. Ohne diesen Textbezug wäre das Verfahren von der Beliebigkeit eines Schauspiels, in dem einer als Richter und einige als Anwälte verkleidet sind und im Mobiliar eines Gerichtssaals umherlaufen.<sup>139</sup> Es wäre reine Staffage. Im Bezug zu den jeweils einschlägigen Normtexten verkörpert sich gewissermaßen der Sinn des Verfahrens als ein Streit um Recht sprachlich.<sup>140</sup> Von daher ist es zugleich auch dieses Übereinkommen im Text, das ihn changierend in die sich diametral gegenüberstehenden Lesarten kippen lässt, ohne dass umgekehrt der Text in seiner Bedeutung als Recht anders gegeben wäre als darin.<sup>141</sup> Er liefert also kein Drittes an Sprache, zu dem die Äußerungen der Parteien in einer ihnen äußerlichen Beziehung stünden. Vielmehr liefert der Text nur den Zwang, die eigene Position in ihn zu fassen und auf die andere zu beziehen.

Diese Situation lässt sich mit jenem Bild eines Hasen/Enten-Kopfes erläutern, durch das Wittgenstein den Aspektwechsel beim Sehen-Als erläutert.<sup>142</sup> Dabei handelt es sich um eine Strichzeichnung, die man entweder als Kopf eines Hasen oder aber als Kopf einer Ente sehen kann. Der Witz daran ist, dass diese Figur weder das eine noch das andere ist. Man sieht immer nur das eine zurzeit. Noch ist die Figur nur eines von beiden und das andere dementsprechend eine Störung der Wahrnehmung. Man kann umstandslos immer das andere sehen. Wie bei all solchen Kippfiguren spielt sich hier jeweils also ein Gestaltwandel in toto ab, in der die Lineatur der Zeichnung changiert, ohne je aufzuhören, genau diese Lineatur zu sein, die das tut. Analog verhält es sich mit dem jeweils im Rechtsstreit zur Debatte stehenden Normtext. Der Widerstreit formuliert sich dann darin, dass der Text immer nur in die eine oder in die andere Lesart fallen kann. Diese Lesarten koexistieren nicht. Sie konkurrieren in derselben Stelle von Sprache, die

<sup>139</sup> Womit hier keineswegs etwas gegen die Bedeutsamkeit der Szenerie wiederum als Rechtszeichen gesagt sein soll. Dazu THOMAS-MICHAEL SEIBERT, *Zeichen, Prozesse. Grenzgänge zur Semiotik des Rechts*. Berlin 1996, 155 ff.

<sup>140</sup> Dazu hier SEIBERT, *Zeichen, Prozesse* (Fn. 139), 33 ff.

<sup>141</sup> Allgemein dazu SEIBERT, *Zeichen, Prozesse* (Fn. 139), 166 ff.

<sup>142</sup> Siehe LUDWIG WITTGENSTEIN, *Philosophische Untersuchungen*. Werkausgabe Bd. 1, Frankfurt am Main 1984, Teil II, xi. Dazu in Hinblick auf das Problem der Inkommensurabilität LUEKEN, *Inkommensurabilität als Problem rationalen Argumentierens* (Fn. 18), 56 ff.

der Normtext als komplexes Zeichen von Recht darstellt. Solange jedenfalls, wie nicht eine von ihnen Stück für Stück abgetragen, „gelöscht“, ist. Wie dies geschieht, was also dafür ein juristisches Argument zu sein vermag, ergibt sich genau aus dem Umgang mit Text, den das juristische Geschäft in seiner Selbstschöpfung als gesellschaftliche Praxis zu pflegen hat.

## 2. Was ist ein juristisches Argument?

Juristisches Argumentieren heißt, den Text von Recht durch den Widerstreit der Lesarten in Arbeit zu nehmen. Der Gang dieser Arbeit am Text von Recht mit dem Ziel einer Entscheidung lässt sich entlang der Grundzüge der Argumentationssituation beschreiben. Die kann „als wechselseitige Entäußerung der Orientierungssysteme der beteiligten Personen durch argumentative Handlungen aufgefasst werden, als das Einnehmen, Sichern oder Verändern ihrer Positionen. Sie wird dadurch ausgelöst, dass die beteiligten Personen mit ihren jeweiligen Orientierungen in Konflikt geraten. Die Kontroverse nötigt die Teilnehmer, Teile ihrer Orientierungssysteme (ihrer Subjektivität) als Position zu entäußern, zur Disposition zu stellen und gemeinsam mit dem Kontrahenten zu prüfen.“<sup>143</sup>

Vor Gericht tragen die Parteien ihre Orientierungen in Gestalt jener entsprechenden Semantisierungen von Normtexten vor, die sich natürlich gegenseitig ausschließen. Als Basis und Rechtfertigung ihres Anspruchs auf Recht zugleich dient ihnen der Normtext, „das Gesetz“. Sie nehmen so ihre Positionen im Rechtsstreit ein. Das Gesetz aber kann nun gerade nicht ein Text in einer bestimmten Bedeutung sein, denn die steht gerade mit dem Streit auf dem Spiel. Das Verständnis, das die Parteien von der Zeichenkette mitbringen, ist bereits eine These. Und die ist dann natürlich dem Angriff ausgesetzt. Der stößt sie aus der Sicherheit ihrer Behauptung in die Fragwürdigkeit und schafft für ihren Erhalt die Not der Begründung. Für diese Begründung steht aber keinerlei dem Streit entzogene Instanz zur Verfügung. Das Recht steht ja gerade zur Debatte. Es kann daher nur wieder Text für Text eintreten. Die Parteien haben sich also jener Texte zugunsten ihrer Rechtsmeinungen zu bedienen, die aktuell nicht in Zweifel stehen und die so für eine Bedeutung von Recht genommen und gehandhabt werden können. Ganz entsprechend der Grundformel einer Überführung von kollektiv Fraglichem in kollektiv Geltendes ist so die eigene Rechtsmeinung durch den Nachweis ihrer Konsistenz und Kohärenz als dessen

---

<sup>143</sup> LUEKEN, *Inkommensurabilität als Problem rationalen Argumentierens* (Fn. 18), 209.

integraler Bestandteil auszuweisen und in den Stand eben des kollektiv Geltenden zu setzen. Juristisches Argumentieren ist das Bemühen um eine Anreicherung des anerkannten Texts von Recht durch den eigenen.

Bemühen und Ziel der Parteien ist es also, ihre Behauptungen durch den Gebrauch der dafür anerkannten Argumentformen durchzusetzen. In den kontinentaleuropäischen Traditionen sind dies die Canones, die herkömmlich als Methoden der Auslegung von Gesetzestexten verstanden werden.<sup>144</sup> Sie stellen als kulturell anerkannte Formen des Gebrauchs von Begründungen und damit zugleich auch als selbstdefinierende Handlungsweisen die Formen juristischer Argumentation dar.

Die Canones führen zur Integration und Widerlegung von Argumenten und tragen so zur Entscheidung über den Konflikt um die Lesart des Gesetzes bei. Sie erschließen Kontexte, seien diese historisch, genetisch oder systematisch, die es erlauben, die Bedeutung des jeweiligen Normtextes herauszustellen. Mangels einer Substanz an Recht vermögen auch nur sie, diese Rolle zu spielen. Das heißt, es kann beim juristischen Argumentieren immer nur darum gehen, Text für Text zu setzen. Wenn so aber die Canones das Mittel zur Ausarbeitung von Argumenten sind, dann erhebt sich die Frage, woraus dafür wiederum die Gründe geschöpft werden können. Und die Antwort kann, ganz entsprechend dem Prinzip der Nachsicht, nur lauten, aus den ganzen „Netzen eigener und fremder, mehr oder weniger zusammenhängender Orientierungen, in denen sich Personen ausdrücken, die ein bestimmtes Leben führen, etwas wissen und können“<sup>145</sup>; hier konkret aus jenem Gewebe von Text, das den Rechtsstaat als eine Textstruktur ausmacht.<sup>146</sup>

### 3. Der holistische Charakter juristischen Argumentierens

Juristen argumentieren, indem sie die von ihnen vorgebrachten Rechtsmeinungen auf eine Norm zurückführen. Sie entwerfen dafür ihre Überzeugungen als Lesarten der entsprechenden Texte. Die Berechtigung der von ihnen dabei im Einzelnen gesetzten Bezüge schöpfen sie aus

---

<sup>144</sup> Grundlegend dazu FRIEDRICH MÜLLER/RALPH CHRISTENSEN, *Juristische Methodik. Bd. 1.* 8. Aufl., Berlin 2002, Rn. 154 ff. und öfter. Zum Arbeiten der juristischen Argumentformen anhand ausführlicher Beispielanalysen aus der europäischen Rechtsprechung FRIEDRICH MÜLLER/RALPH CHRISTENSEN, *Juristische Methodik. Bd. 2.* Berlin 2002. Traditionsübergreifend dazu weiter DENNIS PATTERSON, *Recht und Wahrheit.* Baden-Baden 1999, 195 ff.

<sup>145</sup> LUEKEN, *Paradigmen einer Philosophie des Argumentierens* (Fn. 55), 37.

<sup>146</sup> Dazu MÜLLER/CHRISTENSEN/SOKOLOWSKI, *Rechtstext und Textarbeit* (Fn. 7), 99 ff.

den Argumentformen. Damit fügen sie ihre Rechtsmeinungen in das Netz der Rechtsordnung ein. Die von ihnen in der Sache geäußerten Überzeugungen werden so als Behauptung von Recht der Wahrheitsfrage zugänglich, die sich schon prinzipiell dann allerdings nur als einer nach der Kohärenz im ganzen System des Rechts stellen lässt.<sup>147</sup> Die Argumentformen verknoten die einzelnen Rechtsbehauptungen mit dem Netz einer ganzen Textstruktur von Recht. Zugleich aber ist deren Wahrheit strittig. Und mit ihr werden auch die für sie zur Stützung herbeigezogenen Überzeugungen aus dem ganzen Schatz juristischer Kenntnis zur Bewährung ausgesetzt. Mit jedem Argument also, das im Rechtsstreit vorgebracht wird, steht die Stabilität des Netzes in Frage. Und das kann auch gar nicht anders sein, sofern juristisches Argumentieren im Wechselspiel der Interpretation sich als Arbeit an Sprache, als Entscheidung von Bedeutung vollzieht. Weder die Sprachbedeutung so, wie sie in den von den Parteien vorgebrachten Lesarten in Erscheinung tritt, noch die Sprachform so, wie sie dem Juristen mit dem Text als Zeichen von Recht zur Hand ist, sind festgeschürzte Knoten im Netz. Sicher, dies mag halten, solange der Streit nur um das richtige Anwenden der Argumentformen geht, solange also lediglich Fragen der juristischen Kunstfertigkeit zur Debatte stehen. Im Moment ihrer Thematisierung als Streit um Recht aber droht ihnen die Auflösung und damit der Zusammenbruch des jeweilig Fraglosen.<sup>148</sup>

Juristisches Argumentieren ist also Arbeit im Moment des freien Falls. Mit jeder These, jeder Begründung und auch jedem Einwand ist der Knoten im Netz, der Halt für diesen Moment geben soll, immer wieder neu zu schürzen. Dafür erschließen die Argumentformen Kontexte, seien diese historisch, genetisch oder systematisch, die es erlauben, die Bedeutung des jeweiligen Normtextes herzustellen und im Ausgang von ihm Recht zu schaffen. Wie jederlei Bedeutung ist diese also auch holistisch. Demzufolge gilt auch für die Äußerungen, in denen die Parteien ihre Rechtsmeinungen vorbringen, dass „eine sprachliche Einheit nur im Kontext Bedeutung hat, wobei sprachliche Einheiten u. a. Wörter, Begriffe, komplexe Ausdrücke, Sätze, Überzeugungen oder Äußerungen sein können, während als Kontext u. a. Sätze, Sprachen, Theorien, Vokabulare, Überzeugungssysteme oder Äußerungs-

---

<sup>147</sup> Grundsätzlich dazu DAVIDSON, Eine Kohärenztheorie der Wahrheit und Erkenntnis (Fn. 61), 271 ff.

<sup>148</sup> Grundsätzlich dazu WILLARD VAN ORMAN QUINE, Zwei Dogmen des Empirismus, in: DERS., *Von einem logischen Standpunkt. Neun logisch-philosophische Essays*, Frankfurt am Main 1979, 27 ff., 47 ff.

zusammenhänge auftreten.“<sup>149</sup> Und eben dieser Kontext bietet alles, was dafür nötig ist, um sprachlichen Ausdrücken ihre Bedeutung zu geben.

Juristisches Argumentieren ist Arbeit an Recht auf dessen Entscheidung hin. Mit einer jeden solchen Entscheidung, die das juristische Argument in Geltung setzt, fällt Recht als Textstruktur, gleich den Teilen eines Kaleidoskops, in sich in ein neues „Bild“. Juristisches Argumentieren bewegt die Textstruktur des Rechtsstaats in sich. Dies verweist auf nichts anderes, als dass die Praxis von Recht, juristisches Argumentieren, immer wieder „für sich selbst“ zu sorgen hat. Daraus vermag weder ein Gott der Gerechtigkeit noch das Maß der Sprache zu erlösen. Die Frage ist allein, wie Juristen inmitten des Gerichtssaals die ihnen damit gestellte Aufgabe zu bewältigen vermögen, die keine andere ist, als sich beim eigenen Schopf der Argumente aus dem Sumpf der Grundlosigkeit der Gründe zu ziehen. Und die Antwort liegt ganz nüchtern und konkret in der retroreflexiven Struktur der Argumentation<sup>150</sup>, die das Kunststück erlaubt, an Begründetem und Grund zugleich zu wirken.

#### 4. Begründen und Widerlegen

Nun ist zwar Begründen so eng mit dem Argumentieren verbunden, dass dieses nahezu damit bestimmt wird. Juristisches Argumentieren weist indes gegenüber diesen allgemeinen Verhältnissen eine entscheidende Besonderheit auf. Vor Gericht geht es nicht mehr um eine Berechtigung der Einlassungen der Parteien als Rechtsmeinung. Die muss von vornherein schon erhöhten und instituiert regulierten Begründungsanforderungen genügen, um überhaupt für den Prozess der Entscheidung von Recht ins Spiel gebracht werden zu können. Die Begründetheit von Rechtsmeinungen ist also nicht mehr Teil des Verfahrens. Sie ist vielmehr die Eintrittskarte für die Teilnahme am Verfahren. Im Verfahren geht es dann um eine Rechtfertigung dafür, in der zu entscheidenden Sache die eine oder die andere der vorgetragenen Positionen zu beziehen. Jede der Parteien beansprucht das allein für sich. Dies macht eben die Inkommensurabilität aus. Um sich damit auch in der schlussendlichen Entscheidung von Recht durchzusetzen, bleibt al-

---

<sup>149</sup> VERENA MAYER, *Semantischer Holismus. Eine Einführung*. Berlin 1997, 35 ff. Siehe auch MATHIAS SCHÄDLER-OM, *Der soziale Charakter sprachlicher Bedeutung und propositionaler Einstellungen*. Würzburg 1997.

<sup>150</sup> Grundlegend dazu HARALD WOHLRAPP, Die diskursive Tendenz, in: DERS. (Hrsg.), *Wege der Argumentationsforschung*, Stuttgart 1995, 395 ff., hier vor allem 408 f. Im Einzelnen auch CHRISTENSEN/KUDLICH, Theorie richterlichen Begründens (Fn. 27), 243 ff.

so nur der Weg, die gegnerische Rechtsmeinung aus ihrer Stellung als eine solche auszuhebeln. Nicht diese ist anzugreifen, sondern die Gründe, die für sie sprechen und die sie für sich beansprucht.

Das Vorgehen der Parteien zur Begründung der eigenen und zugleich Widerlegung der gegnerischen Rechtsmeinung muss daher zwangsläufig retroreflexiv sein, so, wie es Harald Wohlrapp überhaupt als Grundzug von Argumentationen sieht. Gemeint ist damit, dass Argumente nicht allein „vorwärts“ auf ihren Erfolg bzw. auf eine Entscheidung zu ihren Gunsten gerichtet sind. Vielmehr richten sie sich als Reaktion auf den Verlauf der Argumentation zur Behauptung ihrer Stellung auch zurück auf die vorangegangenen Schritte und vor allem auch auf deren Untermauerung wiederum durch Gründe. „Der Begründungszusammenhang, der darauf angelegt ist, die These als erreichbar darzustellen, wirkt auch auf die Voraussetzungen, die in die Begründung eingehen, zurück.“<sup>151</sup> Da einerseits Einwände sich bereits auf Elemente vor der eigentlichen Begründung beziehen können, umgekehrt die Begründung als Verteidigung der These durch eine Reformulierung der angegriffenen Schritte erfolgen kann, bezieht sich der argumentative Klärungsprozess nicht nur auf die in der These und den Argumenten explizit angesprochenen Inhalte, sondern betrifft auch die Vielzahl von Voraussetzungen.

Juristisches Argumentieren ist durch das Widerspiel von Integrieren und Widerlegen gekennzeichnet. Als Angriffspunkt für die jeweiligen argumentativen Züge bietet sich dabei das Moment der „Rechtfertigung“, der „Garantie“ bzw. der „Schlussregel“ in der Struktur von Begründung an.<sup>152</sup> Dieses stellt die Gelenkstelle dar, die das jeweilige Argument an instituierten Wahrheiten von Recht anschließt und ihm den Weg in das juristisch Geltende ebnet.

Das Integrieren als positivierende Positionierung der eigenen Rechtsmeinung besteht dann darin, als Schlussregel bereits als geltend durchgesetzte Argumente einzusetzen. Da diesen so das Prestige diskursiver Wahrheit zukommt, ermöglicht es ihre Einverleibung in das eigene Argument, dessen Rechtfertigung mit der „Stützung“, dem „Rückhalt“ der jeweiligen Auseinandersetzung um das Recht überhaupt kurzzuschließen. Die Berechtigung für das eigene Argument ist damit gewissermaßen außer Konkurrenz gestellt, da sie nur noch um den Preis vom

<sup>151</sup> Vgl. WOHLRAPP, Die diskursive Tendenz (Fn. 150), 408 f.

<sup>152</sup> Zur Adaption des Toulminschemas für den Bereich juristischen Argumentierens DENNIS PATTERSON, *Recht und Wahrheit*. Baden-Baden 1999, 195 ff. Eingehend zur Struktur des Begründungsspiels auch in kritischer Auseinandersetzung mit Toulmins Schema LUEKEN, Inkommensurabilität als Problem rationalen Argumentierens (Fn. 18), 243 ff., hier vor allem 249 ff.

Gegner angreifbar ist, im Zuge dessen zugleich auch das Fundament der eigenen Position zu erschüttern. Damit kann der Kunstgriff gelingen, den Normtext zu besetzen, ohne sich damit zugleich der Anmaßung eines Vollzugs richterlichen Urteilens schuldig machen zu müssen, d. h. jenes Recht zu setzen, über das erst im Ergebnis des Verfahrens zu entscheiden ist.

Entsprechend geht es dem Widerlegen darum, die Rechtfertigung bzw. Garantie von Argumenten zu erschüttern. Durch deren Ausschaltung wird der Bezug des angegriffenen Arguments zur „Stützung“, zum „Rückhalt“ zerrissen. Das gegnerische Argument wird wieder in die Luft gehängt. Damit kann der Kunstgriff gelingen, es auszuschließen, ohne es dafür in seiner Rechtfertigung als Rechtsmeinung denunzieren zu müssen. Denn dies hieße, nicht Recht zu prozessieren, sondern das laufende Verfahren in seinen Voraussetzungen noch einmal in Frage zu stellen. Natürlich kommt dies in juristischen Auseinandersetzungen auch vor. Damit wird dann aber nicht mehr argumentativ prozessualisiert. Vielmehr wendet sich die Argumentation so thematisierend auf sich selbst zurück, um sich im Ausgang des Schlagabtauschs darum selbst entsprechend neu einzusetzen. Alles in allem stellt sich juristisches Argumentieren so als eine in den Sequenzen von Integration und Widerlegung ausgearbeitete antagonistische Begründungspraxis dar.

In juristischem Argumentieren bleibt, wenngleich nun durch eine Methode von Vernunft kultiviert, der Widerstreit am Werk. Die Begründungs- und Widerlegungssequenzen, die diese Vernünftigkeit der Auseinandersetzung prozessieren, unterminieren subversiv die Grundlagen von Argumenten. Sowohl der Versuch der Inthronisierung der eigenen Position als Recht durch die Absorbierung der Gründe allein für sie als auch durch Entzug aller Gründe für die gegnerische Position sind darauf gerichtet, Argumente förmlich zu „verzehren“. Gelingt es, das eigene Argument für eine Geltung als Recht durchzusetzen, dann muss und soll es aufhören, ein solches zu sein. Der thetische und damit jederzeit der Fraglichkeit ausgesetzte Charakter als Argument soll aufgehen in der unangefochtenen Geltung als Recht. Praktisch und notwendigerweise auch personifiziert wird dies im Gerichtsverfahren dadurch, dass am Ende des Argumentierens eine dritte Instanz, die des Richters den Parteien das thetische Meinen aus der Hand nimmt und es ihnen in seinem Ergebnis als Urteil über sie zurückgibt.<sup>153</sup> Der hat dann seine eigene reichliche Not damit, dies getreu den Anforderungen an Rechtsstaatlichkeit zu begründen.<sup>154</sup>

---

<sup>153</sup> Im Einzelnen dazu MÜLLER/CHRISTENSEN/SOKOLOWSKI, Rechtstext und Textarbeit (Fn. 7), 94 ff.

<sup>154</sup> Dazu insgesamt CHRISTENSEN/KUDLICH, Theorie richterlichen Begründens (Fn. 27).

Argumentieren unter den Bedingungen der Inkommensurabilität hat nichts mit einem Ausgleich in den Überzeugungen zu tun. Argumentieren unter den Bedingungen der Inkommensurabilität, so, wie es der Rechtsstreit praktiziert, läuft immer auf eine Durchsetzung der eigenen Überzeugung hinaus. Wie aber kann dann bei allem Bemühen um Begründung das Ergebnis einer solchen juristischen Argumentation eine über einen Erfolg in der Verdrängungsleistung hinausgehende Geltung beanspruchen?

### 5. Geltung

Juristisches Argumentieren zielt darauf ab, den eigenen Anspruch auf das Recht durchzusetzen. Dennoch hat es sich in diesem Anspruch stets zu legitimieren. Einer Akzeptanz durch alle Beteiligten steht dabei der sich praktisch durchgehend durchsetzende Charakter eines Widerstreits entgegen. Es bleibt nur die Entscheidung zugunsten einer Position, die sie in ihrer Begründetheit zuungunsten der anderen ratifiziert. An die Stelle der Akzeptanz muss man deswegen Geltung setzen. Und wie für alles, so muss auch hier die Praxis des Argumentierens selbst sorgen.

Sie tut dies, indem sie darauf hinarbeitet, dass sich im Streit nichts mehr gegen die eine sich so in Geltung setzende Position sagen lässt. „Die Auszeichnung ‚gültig‘ wird dabei relativ zum Stand des argumentativen Dialogs (*argumentationsstandrelativ*) vorgenommen. Gültig heißt eine These dann, wenn ein Stand der Diskussion erreicht ist, in dem keine Einwände mehr vorgebracht werden (können), keine Einwände bestehen, weil sie nicht da sind. Dies lässt sich in der Formel zusammenfassen: Argumentative Geltung ist Freiheit von Einwänden, kurz: ‚*Einwandfreiheit*‘. Wo keine Einwände mehr vorliegen, besteht auch kein Bedarf zum weiteren Begründen.“<sup>155</sup> Im Rechtsstreit ist auf diese Weise eine gültige Version der umstrittenen Lektüre der einschlägigen Normtexte zu erreichen, die den Richter darin rechtfertigt, sie in den Stand von Recht als dessen Bedeutung zu erheben. Dafür müssen die Parteien die Einwände des Gegners ausräumen oder sie so reformulieren, dass sie in die Begründung der eigenen Rechtsmeinung integriert werden können. Mit diesem Status der Einwandfreiheit ist im Ergebnis eine gültige These erreicht und durch sie kann dann auch der Streit der Rechtsmeinungen richtig entschieden werden.

Die Ruhe allerdings, die damit in den Gerichtssaal einkehrt, kann nur eine vor dem nächsten Sturm der Auseinandersetzung sein. Geltung qua Einwandfreiheit ist immer nur eine Lizenz von Recht auf Zeit.

---

<sup>155</sup> LUEKEN, Paradigmen einer Philosophie des Argumentierens (Fn. 55), 43.

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

Und der Widerstreit? Durch die Abarbeitung aller Einwände ist er vorläufig sprachlos. Aber das Unrecht ist damit nicht verschwunden.

### V. Gerechtigkeit als Möglichkeit, den Widerstreit auszutragen

Wie man heute weiß, lässt sich die Grenze eines Systems innerhalb seiner selbst nicht formulieren, ohne als Grenze aufzuhören.<sup>156</sup> Dies macht den Auftrag des Rechts, das Unrecht zu formulieren, schwierig: „Syntax und Vokabular der Sprache des Rechts sind bekanntlich jeweils begrenzt, jedenfalls explizit und streng geregelt. Ich muss ein Unrecht, von dem ich meine, dass es mir widerfahren sei, rechtlich namhaft machen und als Normverletzung darstellen können, andernfalls ist es nicht justiziabel; d. h. es ist rechtlich nicht existent. Nun ist jede wirkliche Sprache des Rechts (Syntax und Vokabular; Verfahrensregeln und Tatbestandsmerkmale) ‚gesetzt‘. Gewöhnlich ist sie durch die Herrschenden gesetzt, oder sie haben sie sich jeweils durch Auslegung angeeignet. Zwangsläufig werden dabei aber denkbare Tatbestände ausgegrenzt, weil sie in der Sprache des geltenden Rechts (hier und heute) nicht darstellbar sind. Wenn nun ein Konflikt unter dem Gesetz zur Entscheidung ansteht, d. h. vor Gericht verhandelt wird,

<sup>156</sup> Vgl. dazu ERNESTO LACLAU, *Subjekt der Politik, Politik des Subjekts*, in: DERS., *Emanzipation und Differenz*. Wien 2002, 79 ff., 85, 87; DERS., *Was haben leere Signifikanten mit Politik zu tun?*, in: *Emanzipation und Differenz*. Wien 2002, 65 ff., 66.

dann wird wohl nach den Regeln der geltenden Grammatik des Rechts argumentiert, und zwar über alles, was das Gesetz als mögliche Tatbestände zu erfassen erlaubt, nicht aber über das Gesetz selbst. So wird am Ende ein Konsens hergestellt, der dem Gesetz Genüge tut, unabhängig von der Frage, ob er dem Anliegen der Parteien ‚gerecht‘ wird.“<sup>157</sup> Das Unrecht bleibt also als Gegenüber des Gesetzes erhalten. Es ist zwar nicht unmotiviert, aber im Gegensatz zum Recht regellos und grenzenlos. Von keiner Position innerhalb des Rechts lässt sich daher sein Gegensatz Unrecht endgültig bestimmen.

Es stellt sich die Frage, ob damit nicht die Möglichkeit einer begründeten Rechtsentscheidung verloren geht. Ohne den letzten Grund eines Gerechtigkeitsbegriffs, der das Unrecht endgültig fixiert, könnte das Recht zum amorphen Patchwork ohne totalisierende Effekte werden. Eine Gesellschaft, in der sich aufgrund der Abwesenheit von Fundamenten nichts regeln lässt, wäre eine Gesellschaft ohne Recht. Aber auch umgekehrt wäre eine Gesellschaft, in der sich aus dem letzten Grund des Gerechtigkeitsbegriffs alles arithmetisch ableiten lässt, eine Gesellschaft, in der eben ohne Rechtsentscheidung alles schon vorentschieden wäre. Darin zeigt sich, dass es gerade die Leerstelle<sup>158</sup> der Gerechtigkeit ist, welche die Begründung von Recht ermöglicht. Ihr Begriff rückt damit vom Grund in den Horizont. Erst das Fehlen des letzten Grundes ermöglicht die Begründung von Entscheidungen.

So wird das Recht, um mit Thomas Seibert zu sprechen, zum Enthymem. Der letzte Obersatz fehlt. Und doch müssen ständig unzulängliche Stellvertreter formuliert werden. Gerechtigkeit ist damit nicht mehr als die immer wieder eröffnete Möglichkeit, den Widerstreit auszutragen. Als Ziel sowohl unerreichbar als auch unverzichtbar, ermöglicht sie den Weg des Rechts.

---

<sup>157</sup> BORSCHE, Mit dem Widerstreit leben (Fn. 31), 25.

<sup>158</sup> Vgl. dazu ERNESTO LACLAU, Jenseits von Emanzipation, in: DERS., *Emanzipation und Differenz*. Wien 2002, 23 ff., 40 ff.