

Ralph Christensen, Michael Sokolowski

„Im Kampfe sollst Dein Recht Du finden.“

- Richter, Recht und das Gesetz

Recht wird aus dem Kampf geboren. „Das Element des Streites und des Kampfes“ ist ein „dem Rechtsbegriff“ „ureigenes“.¹ Und ebenso, wie eine Wissenschaft vom Recht dieses Element des Kampfes immer wieder „aus dem Rechtsbegriff eliminieren will“², um so auch die damit dem Juristen als Amtswalter des Rechts unweigerlich in die Hand gelegten Gewalt vergessen zu machen, ebenso hartnäckig erweist sich in der Praxis der Kampf geradezu als ‚Lebenselement‘ des Rechts. Dort jedenfalls, wo tatsächlich allen Ernstes darum gerungen wird, und der „Kampf ums Recht“ nicht in „Wortgezänke und den Streit um ein Nichts“³ versandet. Aber auch dort, wo Recht mehr ist und sein soll als bloß der verlängerte Hebel einer sich notdürftig damit bemäntelnden staatlichen Macht.

Diese Auffassung vom Recht *als* Kampf hat der Rechtsphilosoph und –theoretiker Rudolf von Jhering bereits vor mehr als hundert Jahren seinem Publikum in scharfer Wendung gegen „die herrschende Savigny-Puchta’sche Theorie“ nahegebracht: „Ihr zufolge geht die Bildung des Rechts ganz schmerzlos vor sich, wie die der Sprache

¹ Jhering, Der Kampf ums Recht, Neudruck 1992, S.100 (bearbeitete und erweiterte Druckfassung des Vortrages).

² Ebd., S. 100.

³ Ebd., S. 100.

oder der Kunst, es bedarf keines Ringens, keines Kämpfens, ja nicht einmal des Suchens, sondern es ist die still wirkende Kraft der Wahrheit, welche ohne gewaltsame Anstrengung langsam, aber sicher Bahn bricht, die Macht der Überzeugung, der sich allmählich die Gemüther erschließen, und der sie durch ihr Handeln Ausdruck geben – ein neuer Rechtssatz tritt eben so mühelos ins Dasein, wie irgend eine Regel der Sprache.“⁴ Dieser „Anschauung“, „unter deren Einfluss“ sich Jhering selbst lange sah⁵, und unter deren Einfluß auch heute noch wohl erst einmal jeder steht, der mit dem Studium der Rechte beginnt, hält Jhering in dem Kampf selbst wiederum um den Begriff des Rechts, der im 19. Jahrhundert die Genese der Jurisprudenz in ihrer heutigen Gestalt prägt, entgegen: „Alles Recht in der Welt ist erstritten worden, jeder Rechtssatz, der da gilt, hat erst denen, die sich ihm widersetzen, abgerungen werden müssen, und jedes Recht, das Recht eines Volkes, wie das des Einzelnen, setzt die stetige Bereitschaft zu seiner Behauptung voraus.“⁶

Wenn wir hier also jenen Satz, mit dem Jhering all das abschließend noch einmal auf den Nenner einer ethischen „Pflicht“ und, mehr noch, mit nicht nur bewußtem, sondern ausdrücklichen biblischen Anklang auf den geradezu eines Gebots bringt⁷, zum Ausgangspunkt nehmen, um, mit Wittgenstein gesprochen, „Licht in die Verhältnisse der Sprache“⁸ des Rechts und vor allem in seine darin ausgetragene Praxis zu bringen, so sagt dies nichts neues. Und auch als Jhering 1872 den „Kampf ums Recht“ zum Thema seines Fest- und Abschiedsvortrags

⁴ *Ebd.*, S. 12.

⁵ Vgl. *ebd.*, S. 12 f.

⁶ *Ebd.*, S. 9 f.

⁷ Siehe *ebd.* S. 100: „(...) der Kampf ist die Arbeit des Rechts, die stets den Genuss sichern und verdienen muss, und dem Satz: ‚Im Schweisse Deines Angesichts sollst Du Dein Brod essen‘, steht mit gleicher Wahrheit der andere gegenüber: *Im Kampfe sollst Du Dein Recht finden.*“

⁸ Vgl., Wittgenstein, *Tractatus logico-philosophicus*, Werkausgabe, Band 1, Philosophische Untersuchungen, 1984, § 130

vor der Wiener Juristischen Gesellschaft machte, war dieses Thema keineswegs Neuland, wie er glaubte und seinen Zuhörern versprach.⁹ Es war eher Erinnerung. Denn wenn Jhering mit dem noch unbefangenen Pathos des 19. Jahrhunderts das „Element des Streites und des Kampfes“ nicht nur für ein „dem Rechtsbegriff“ „ureigenes“, sondern zudem für ein „ihm ewig immanentes“¹⁰ hält, dann hat er zumindest insoweit recht, als die Einsicht in den Kampf als Entstehungs- und Daseinsgrund von Recht so alt ist wie die Selbstbesinnung unserer abendländischen Zivilisation auf sich selbst. Sie steht mit Heraklits Wort davon an deren Anfang, daß Recht Streit *ist*.¹¹

1. Vor dem Gesetz hat aller Kampf zu ruhen

Vor das Recht ist immer wieder erst einmal der ‚Krieg der Bürger‘ gesetzt.¹² Recht ist immer wesentlich im Streit.¹³ Nicht nur „im großen“ gesellschaftlich politischer Debatten darum, sondern auch und gerade „im kleinen“ einer jeden Verhandlung vor Gericht und eines jeden, noch so kleinlichen Rechtshändel sonst. Man mag sich noch so sehr meinen, „im Recht zu sein“. Bevor man „sein“ Recht dann aber auch vor Gericht „bekommt“ und so denn in aller Form letzten Endes Recht „hat“, wird man sich immer genötigt sehen, „um sein Recht zu kämpfen“. Und dieser Kampf im Widerstreit der Worte und Argumente, in der Konfrontation der einander entgegenstehenden und zuwiderlaufenden Behauptungen eben solchen Rechts jeweils für sich wird in der

⁹ Vgl. Jhering, *Der Kampf ums Recht*, Neudruck 1992, S. 113 (stenographische Aufzeichnung)

¹⁰ *Ebd.*, S. 100.

¹¹ „Zu wissen aber tut not: Der Krieg führt zusammen, und Recht ist Streit, und alles Leben entsteht durch Streit und Notwendigkeit. *Heraklit*, Fragmente, 11. Aufl. 1995, S. 27 (B 80).

¹² Dazu F. Müller / Christensen / Sokolowski, *Rechtstext und Textarbeit*, 1997, v.a. S. 39 ff.

¹³ Vgl. Christensen / Sokolowski, *Recht als Einsatz im semantischen Kampf*, Ersch. i. Vorb.

Regel mit aller Erbitterung zu führen sein, auch und gerade dann, wenn er in der Sache noch so kleinlich ist. Ganz zu schweigen von dem Aufwand an Geld und Aufregung der daraus erwächst, daß man sich immer wieder des Beistands von Juristen zu versichern hat, um den Kampf in eigener Sache überhaupt mit einiger Aussicht auf Erfolg vor Gericht aufnehmen, ihn vor dem Richter bestehen und dann gar noch durch dessen Urteil zu den eigenen Gunsten für sich entscheiden zu können

Einmal in den Gerichtssaal versetzt, machen sich die daran, sich mit ihrem Konflikt auf diesem Schauplatz als ihrem 'Marsfeld' einzurichten und sich für die 'Fortsetzung ihres Konflikts' nunmehr 'mit den Mitteln des Rechts'¹⁴ in Szene zu setzen.¹⁵ Vor Gericht wollen die Kontrahenten nicht ihr Recht. Sie wollen den Erfolg. Es geht ihnen in der gerichtlichen Auseinandersetzung nicht darum, ihr Recht zu bekommen. Das „haben“ sie längst. Sie haben es sich vor ihrem Erscheinen vor den Schranken des Gerichts schon herausgenommen. „Ihr Recht“ steht für sie gar nicht mehr zur Debatte, sondern es soll ihnen in aller Form verbrieft werden. Ihrer Sache soll dort zum Durchbruch verholfen werden, wo ihnen die Staatsgewalt einen umstandsloseren Weg verwehrt, oder wo es ihnen erfolgversprechender erscheint, sich mit der Amtlichkeit ihres Rechts einen Revers auf den Einsatz staatlicher Gewalt ausstellen zu lassen

Das Recht ist für die Parteien nicht nur nicht Selbstzweck. Es ist ihnen nicht einmal ein eigener Zweck über den 'eentlichen' ihres Kampfes um die strittige Sache hinaus. Es ist ihnen probates Mittel auf dem Weg zum Sieg. „Recht“ als Titel, mit dem sie ihr Handeln

¹⁴ Siehe die *Clausewitzsche* „Formel“ vom Krieg als der Fortsetzung der Politik mit anderen Mitteln. Deren authentische Formulierung bei *Clausewitz*, *Vom Kriege*, 1991, S. 34. Zu ihrer Interpretation *Aron*, *Clausewitz*. *Den Krieg denken.*, 1980, S. 154 ff.

¹⁵ Ausführlich dazu *F. Müller / Christensen / Sokolowski*, *Rechtstext und Textarbeit*, 1997, S. 47 ff.

überschreiben, ist ihnen unter der Ägide der Staatsgewalt, unter die sie unter dem Dach des Gerichtssaals gezwungen sind, lediglich das Medium, ihre Vorstöße gegeneinander vorzutragen. „Recht“ als Rhetorik wird von den Streitparteien zum Mittel dafür gemacht, einander in eine Lage zu bringen, in der sie als Sprecher in eigener Sache nichts mehr zu gewinnen haben, damit einander ‘außer Gefecht’ zu setzen. Und so ist schließlich „Recht“ als Prämie ihrer deklamatorischen Anstrengung im Verfahren das Instrument dafür, die Staatsgewalt für sich einzunehmen, indem vom anderen nichts bleibt als das geschlagene Opfer.

All das gehört zu den alltäglichen Erfahrungen des Umgangs mit dem Recht und vor allem der Auseinandersetzung darum. Und es bedarf, so sollte man meinen nicht erst der Philosophie und Theorie, um sich den Kampf als Grundstand des Rechts vor Augen zu führen. Dennoch ist es mehr als angezeigt, hier dem Ratschlag abermals Wittgensteins zu folgen, und „durch Zusammenstellung des längst Bekannten“¹⁶ das Problem des Rechts anzugehen, das immer wieder dadurch aufgeworfen wird. Jhering war allerdings zu optimistisch, als er glaubte, daß sich nur der Laie, „der nicht in das Getriebe des Rechts eingeweiht ist“, über den dem Recht wesentlich eignenden Kampf hinwegtäuschte, und ihm „das Recht der Friede, die Ordnung“ wäre.¹⁷ Auch die „praktisch erfahrene(n) Juristen“ „wissen“ entgegen Jhering nicht immer, „daß das Recht zugleich ein Kampf ist“¹⁸

Die Gründe, durch die hartnäckige Erinnerung daran die Verhältnisse des Rechts und seiner Sprache immer wieder ins rechte Licht rücken zu müssen, liegen wie auch schon für Jhering in dem von der Rechtswissenschaft nach wie vor gepflegten Bild, „daß das Recht vor-

¹⁶ Vgl. Wittgenstein, *Tractatus logico-philosophicus*, Werkausgabe, Band 1, Philosophische Untersuchungen, 1984, § 109.

¹⁷ Jhering, *Der Kampf ums Recht*, 1992, S. 114.

¹⁸ *Ebd.*, S. 114.

zugswise die Ruhe, die Ordnung, der Friede sei.“ Dieses Bild beherrscht die herkömmliche, vor allem in ihren methodischen Vorstellungen auf jene Lehren Savignys bauende Jurisprudenz, gegen die schon Jhering sich genötigt sah seinerseits zugunsten der „Wahrheit“ den Kampf aufzunehmen, die zu sehen „wir gerade in der Gegenwart (..) ja nur einen Blick zu werfen (brauchen) auf die Welt“, die „Wahrheit“ nämlich, „daß das Recht ein unausgesetzter Kampf ist.“¹⁹ Das Bild einer sich im Friedensschluß vollziehenden Ordnung dagegen beherrscht heute noch die Jurisprudenz zumindest in dem, was sie als ihrer „Weisheit“ letzten Schluß immer wieder ausgibt. Und nach wie vor prägt sie zumindest in ihrer Präsentation nach außen die „Theorie“, „die gesetzliche Kraft“, aus der alles Recht zu schöpfen ist, sei „das Produkt der organisatorischen Weisheit“. „Daß aber die Geburt des Gesetzes mit den allerhöchsten Schwierigkeiten, unter größten Wehen, im steten Kampfe gegen friedliche Interessen erfolgt, davon ist in unserer Theorie gar nicht die Rede.“²⁰

Daß Streit und Kampf Ausgangspunkte des Rechts sind, wird nicht bestritten. Aber gemeinhin wird angenommen, daß das Recht, wenn es erst einmal existiert, dem Kampf nicht nur entgegengesetzt ist, sondern ihm sogar im Rechtsfrieden ein Ende macht.²¹ Der Streit wird anerkannt als Daseinsgrund, nicht aber als Existenzweise des Rechts.

1.1 Was Recht ist, sagt das Gesetz

Der Richter ist nicht zu beneiden. Er ist konfrontiert mit dem im Verfahren nur mühsam gebremsten Streit der Parteien. Dabei kann er nur

¹⁹ *Ebd.*, S. 115.

²⁰ *Ebd.*, S. 115.

²¹ In dieser Weise etwa zum Verhältnis von „potentiellem ‚Bürgerkrieg‘“ gesellschaftlicher Gruppierungen und Rechtsordnung und juristischer Entscheidungsfindung Pawlowski, *Methodenlehre für Juristen*, 2. Aufl. 1991, S.392 ff.

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

Die Unsicherheit dieser Situation wird noch gesteigert, wenn man das Recht mit dem Kampf verknüpft. Mitten im Getümmel gerät man leicht in Druck und es gibt keinerlei Garantie dafür, daß man im Handgemenge der Kritik immer die Oberhand behält. Ein Tribünenplatz oberhalb des Gewoges der streitenden Menge wäre weit sicherer. Den Weg zu diesem sicheren Tribünenplatz nennt man in der Rechtstheorie Positivismus.

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

Die Rolle des Gesetzes als zweifelsfreier Maßstab ist für den Positivismus identisch mit der Gesetzesbindung des Richters. Denn diese gebe dem Richter zwar die Entscheidungskompetenz, dem Gesetzgeber aber die Kompetenz zur Maßstabssetzung. Entscheidungskompetenz und Maßstabssetzungskompetenz seien dabei klar voneinander getrennt. Nur das Gesetz sei als „gesetzgeberische Weisung“²²

²² BverfGE 34, 269, 287Vgl.

oder als Direktive²³ oder als Steuerungsinstrument²⁴ oder als Anweisung zur Entscheidung²⁵. in der Lage, dem Richter für sein Tun einen Maßstab zu verschaffen.²⁶ Eine Legitimation des Richters könne sich nur ergeben, wenn er genau die im Gesetz vorgegebenen Maßstäbe in seiner Entscheidung lediglich vollziehe. Sonst übe er eine vom legitimierenden Volk völlig losgelöste Herrschaftsgewalt aus.²⁷ Damit haben wir für den Legitimationsdruck, unter dem praktisch handelnde Juristen stehen eine Entlastungsinstanz gefunden: Es ist nicht der Richter als Person, der die Verantwortung für die Entscheidung trägt, sondern die unpersönliche Instanz des Gesetzes entscheidet. Oder aus der Sicht der herkömmlichen Methodenlehre formuliert: Die Entscheidungsbefugnisse des Richters folgen nicht aus seiner persönlichen Legitimation, sondern aus seiner sachlichen Legitimation durch den Maßstab des Gesetzes.²⁸

Dieser Maßstab steht fest. Streit kann es nicht mehr geben. Der Streit wird als sein Ausgangspunkt oder Daseinsgrund anerkannt. Denn als Gesetzesvorhaben ist es in den Parlamenten zunächst vom Streit der politischen Parteien begleitet. Das läßt sich zwar nicht leug-

²³ *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 8. Aufl., 1983, S. 95.

²⁴ *Herzog* in *Maunz / Dürig*, Grundgesetz-Kommentar, Stand 1994, Art. 20, Rdnr. VI, 45.

²⁵ *Ennerccerus / Nipperdey*, BGB AT I/1, 15. Aufl., 1959, S. 337.

²⁶ Dazu auch *Kirchhof*, Der Auftrag des Grundgesetzes an die rechtsprechende Gewalt, in: Festschrift der Juristischen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, 1986, S. 11 ff., 11; sowie *Kratzmann*, Die Erscheinungsformen der Volkssouveränität und die verfassungsrechtlichen Grundlagen der Methodenlehre (Artikel 20, Abs. 2 und 3 GG), 1981, S. 41, 58, Gesetz als Richtlinie, sowie *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 250; *Larenz / Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 71.

²⁷ *Böckenförde*, in *Isensee / Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland I, 8 Bände, 1987 ff., § 22, Rn. 23; ferner *Edelkober* JZ 1996, 118; *Isensee*, Heymanns-Festschrift, S. 582 f.; *Kray* JZ 1978, 467.

²⁸ Vgl. hierzu *Looschelders / Roth*, Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung, 1996, S. 7; sowie *Böckenförde*, in: *Isensee / Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland I, 8 Bände, 1987 ff., § 22, Rn. 23; *Kratzmann*, Die Erscheinungsformen der Volkssouveränität und die verfassungsrechtlichen Grundlagen der Methodenlehre (Artikel 20, Abs. 2 und 3 GG), 1981, S. 70.

nen, aber eingrenzen. Es sind nicht nur Gründe der Appetitlichkeit, die Bismarck zu dem wohlmeinenden Ratschlag veranlaßten, bei Gesetzen und bei der Wurst den Entstehungsprozeß schnell zu vergessen. Wenn das Gesetz erst einmal ausgefertigt wurde, ist der Hader der Parteien überwunden und es ist als fester Maßstab dem Streit der Bürger übergeordnet. Die eine und einzige Bedeutung seiner Sprachgestalt schließt jetzt jede weitere Auseinandersetzung darum aus.

1.2 Die Gleichsetzung von Geltung und Bedeutung

Was „Bedeutung“ ist, wissen wir alle, solange wir nicht darüber reden. „Geltung“ ist ein spezifisch juristischer Begriff und besagt im ersten Anlauf, daß der Richter bei der Entscheidung eines Falles von den Normtexten ausgehen muß, den Gesetzestexten, Verordnungen und Vorschriften also, die der zuständige Gesetzgeber geschaffen und in den amtlichen Sammlungen veröffentlicht hat. Der Positivismus nimmt nun an, daß bereits in der Zeichenkette des Normtextes eine objektive Bedeutung liegt, die der Richter nur zu erkennen braucht, um bei seiner Entscheidung des Rechtsfalls gerechtfertigt oder legitim zu handeln. Geltung, Bedeutung und Rechtfertigung fallen damit zusammen. Dies ist die elegante Kriegsmaschine des Positivismus, die in der Lage ist, jede Kritik am Recht platt zu machen. Lassen wir sie zunächst einmal ihre Arbeit tun.

Das Recht nach dem Bilde der Juristen besteht aus „Wahrheit und Methode“ und eben nicht aus dem Kampf darum, der für den einzelnen Fall anhand des Gesetzes als seinem Feld immer wieder neu aufzunehmen ist. Recht wird als Wahrheit seiner Auslegung aus dem Gesetz nach den Regeln der juristischen Kunst gewonnen.

Auslegung ist aus Sicht der klassischen Lehre eine kontinuierliche und homogene Ableitung der Entscheidung aus dem sicheren Ursprung einer dinghaft vorgegebenen und im Text repräsentierten Be-

deutung. Das vom Gesetzgeber geschaffene Sprachgebilde ist textlicher Träger der Rechtsnorm.²⁹ Juristische Methodik ist dann der Versuch, den Sinngehalt zu ermitteln, den der Gesetzgeber durch Formulierung eines bestimmten Satzes mitteilen wollte.³⁰ Das durch die Ausbildung eingeschliffene und Selbstverständnis der juristischen Funktionsträger formuliert sich folgendermaßen: „Wenn der Gesetzgeber einen bestimmten Ausdruck verwendet, verbindet er mit diesem Ausdruck gedanklich einen bestimmten Inhalt; diese gedankliche Verknüpfung mit einem (gesetzlichen) Inhalt macht den Ausdruck zu einem (juristischen) Begriff. Aufgabe des Interpreten ist, jene Verknüpfung nachzuvollziehen, damit er den Ausdruck nicht nur als Ausdruck liest, sondern im selben Sinn wie der Gesetzgeber als Begriff versteht.“³¹ Die Auslegung muß also „reduktiv“ auf die im Text vorgegebene Norm schließen. Im Lesen der Gesetzestexte benennt der Jurist den vorgegebenen Sinn, legt ihn also wie einen eingerollten Teppich lediglich aus. Im Hintergrund steht hier als Plausibilitätslieferant die alte metaphysische Vorstellung, daß der Text als Zeichen die Gegenwart eines Gedankens oder Meines ersetzt. Der Text ist demnach Ersatz oder Supplement für die volle Gegenwart des Sinns, welche in der schriftlichen Mitteilung zum bloßen Zeichen abgeschwächt sein soll. Die Aufgabe der Auslegung besteht dann darin, die ursprüngliche Gegenwart des Meines, Gedankens usw. wiederherzustellen.³² Der ur-

²⁹ Vgl. *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 250, Fn. 1S; *Larenz / Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 71, Fn. 1.

³⁰ *Looschelders / Roth*, Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung, 1996, S. 130.

³¹ Vgl. *Looschelders / Roth*, Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung, 1996, S. 131 natürlich unter Bezug auf die herkömmlichen Methodenlehren wie *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl. 1994, S. 16 ff., *Heck*, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, 1932, S. 52; *ders.*, Grundriß des Schuldrechts, 1929, S. 472.

³² Zur Kritik an der Vorstellung, daß die Schrift vorgängige Gedanken nachträglich in Worte fassen vgl. *C. Rosset*, Die Wahl der Worte, in: *ders.*, Die Wahl der Worte, 1997, S. 7 ff., 31 ff. und Postskriptum, S. 51 ff.

spürlich mit sich selbst identische Sinn wird zwar durch die Schrift zunächst um seine Gegenwart gebracht, aber im Wege der Auslegung wird diese Gegenwart wiederhergestellt. Indem man das Kleid der Sprache entfernt, tritt der Gedanke des Rechts in seiner Reinheit hervor. Die Tätigkeit des Richters besteht darin, daß er die Sprachgestalt des Gesetzes eintauscht gegen den Rechtsgedanken. Dieser gibt ihm den Maßstab zur Entscheidung des Falles.

Damit vollzieht die positivistische Theorie bei der Betrachtung des richterlichen Handelns dieselbe Immunsierung, die schon beim positivistischen Begriff des Gesetzes zu bemerken war. In einem Gerichtsverfahren kann es Streit geben über den tatsächlichen Verlauf der Geschehnisse, nicht aber über den Maßstab, der der Entscheidung dieser Ereignisse und Konflikte als einem Rechtsfall zugrunde zu legen ist. Denn dieser Maßstab ist in der sprachlichen Bedeutung des Gesetzes vorgegeben und wird vom Richter nur erkannt und ausgesprochen. Auch ein Streit der Prozeßparteien mit dem Richter ist damit sinnlos. Nicht etwa, weil der Richter mithilfe des Ordnungsrechts am längeren Hebel sitzt, sondern weil ein Streit der ‚Natur der Sache‘ nach an der richterlichen Tätigkeit abprallen muß. Der Richter fällt keinen Machtspruch, sondern betätigt nur seine Erkenntnisorgane. Deswegen kann man den Richter nicht bekämpfen oder seine Machtausübung erschweren, sondern höchstens seine Erkenntnisanstrengung unterstützen.

Die klassische Auslegungslehre ist damit gleichzeitig eine Theorie sprachlicher Bedeutung und ein Modell zur Rechtfertigung juristischen Handelns. Allerdings beruht sie auf einer zentralen Voraussetzung: Alle Leistungen, die für die Entscheidung eines Falles nötig sind, werden auf die Sprache verlagert. Wenn man „normativ“ all die Umstände nennt, die der anstehenden Entscheidung ihre Richtung geben, so ist diese Normativität in der klassischen Lehre sowohl vom

Entscheidungssubjekt als auch vom Argumentationsprozeß vollkommen abgelöst und in die Sprache projiziert. Die Sprache wird hier zum Subjekt des Rechts und zur Quelle der Normativität.

1.3 Das juristische Bild von der Sprache als einer natürlichen Ordnung

Die Sprachauffassung des Positivismus artikuliert sich in der juristischen Lehre vom Begriff.

Die im vorigen Jahrhundert sehr einflußreiche Begriffsjurisprudenz³³ hat unter Anknüpfung an den damaligen Stand von traditioneller Logik und Wissenschaftslehre dem Begriff eine zentrale Stellung in der Rechtswissenschaft zugewiesen: „Wissenschaftliches Denken heißt Herrschaft über das Gegebene dadurch, daß wir es Begriffen unterordnen. Genauso in der Rechtswissenschaft. Mit Hilfe verhältnismäßig weniger Begriffe beherrschen wir die Welt des Rechts“.³⁴ Allerdings stößt man bei der praktischen Handhabung dieser Rechtsbegriffe rasch auf Probleme, welche die Herrschaft über die Welt des Rechts etwa mit der Frage erschweren, wie dunkel es sein muß, damit man von Nachtzeit sprechen kann, oder wieviele Bäume vorhanden sein müssen, damit man von Rechts wegen einen Wald annehmen kann. Die sprachliche Bedeutung scheint also den juristischen Vorstellungen vom subsumtionsbereiten Rechtsbegriff gewisse Schwierigkeiten zu bereiten.

Die juristische Lehre vom Begriff versucht diese Schwierigkeiten zu klassifizieren und dadurch überschaubar zu machen.³⁵ Zu die-

³³ Zur Begriffsjurisprudenz als weiterwirkende Grundlage der juristischen Lehre vom Begriff *Wank*, *Die juristische Begriffsbildung*, 1985, S. 146 ff.

³⁴ *Sohm / Mitteis / Wenger*, *Die Institutionen des Römischen Rechts*, 17. Aufl. 1926, S. 32, Einleitung.

³⁵ Verschiedene Aspekte zur Einteilung der Rechtsbegriffe benennt *Wank*, *Die juristische Begriffsbildung*, 1985 S. 6 ff. (z.B. Grundbegriffe versus konkrete Begriffe, Legalbegriffe versus dogmatische Begriffe usw.) Am wichtigsten aber ist der Aspekt, den *Wank* als den Grad bezeichnet, wonach Inhalte feststehen (ebd. S. 7).

sem Zweck wird der Regel-Ausnahme-Mechanismus in Anschlag gebracht. Als Regelfall gilt der in seiner Bedeutung klare und in seinem Umfang bestimmte Begriff, der ohne die Notwendigkeit einer eigenständigen Wertung durch den Richter für die Subsumtion bereitsteht. Die Art und Weise, in der ein jeweils fraglicher Begriff von dieser Regel abweicht, bestimmt seine Einordnung in der juristischen Begriffslehre.

Als eine solche Ausnahme ist zunächst der „unbestimmte Rechtsbegriff“³⁶ zu nennen, der meist dadurch definiert wird, daß Zweifel über seine Anwendung bestehen. Der „normative Begriff“³⁷ bedarf einer Wertung, bevor er im Einzelfall angewendet werden kann. Der „Ermessensbegriff“³⁸ geht über die Unbestimmtheit und Wertbezogenheit noch dadurch hinaus, daß er eine persönliche Einstellung des Rechtsanwenders ins Spiel bringt und gerade erst dadurch eine der Einzelfallgerechtigkeit entsprechende Anwendung ermöglicht. Im Vergleich zu diesen Ausnahmen wird noch einmal deutlich, was hier als Regelfall des sprachlichen Funktionierens von Recht vorausgesetzt wird: das Recht ist in den Begriffen des Gesetzes eindeutig vorgegeben, ohne die Notwendigkeit von Wertungen kann es der Richter anwenden, wobei er die unpersönliche Einstellung eines Subsumtionsautomaten aufweist.

Dabei wird zumeist der eindeutige Begriff vorausgesetzt, und es werden nur noch die Ausnahmen untersucht. Vgl. hierzu als ein Beispiel aus einer beliebig zu verlängernden Liste: *Thaler*, Mehrdeutigkeiten juristischer Auslegung, 1982, S. 3 ff.; *Herberger / Simon*, Wissenschaftstheorie für Juristen, 1980, S. 243 ff., 285 ff.

³⁶ Vgl. neben den schon angeführten Autoren die Nachweise bei *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 8. Aufl. 1983, S. 257 ff., Fn. 118b, 118c, 119, sowie *Cattepoel*, Der unbestimmte Rechtsbegriff als Problem der Rechtssprache, in: *Rechtstheorie* 1979, S. 231 ff.

³⁷ Vgl. die Nachweise bei *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 8. Aufl. 1983, S. 259, Fn. 120.

³⁸ Vgl. ebd., S. 260 ff., Fn. 123 m.w.N., sowie *Kramm*, Rechtsnorm und semantische Eindeutigkeit, Diss., 1972, S. 78 f.

Aus dieser Sicht auf die Sprache ergeben sich Konsequenzen für die Begriffe Bedeutung, Regel und das Konzept sprachwissenschaftlicher Empirie.

Die von der positivistischen Rechtsnormtheorie übernommene Auffassung, daß die sprachliche Bedeutung als Grenze der Auslegung schon im Text vorgegeben sei, führt dazu, nach einem Ding zu suchen³⁹, in welchem sich diese Bedeutung verkörpert. Die juristische Lehre vom Begriff ist die Antwort auf diese schon im Ansatz verfehltete Frage. Statt nach einer Grenze als vorgegebenem Ding zu suchen, wäre das Funktionieren der fraglichen Texte, ihre Verwendungsweise herauszuarbeiten.⁴⁰ So aber führt die zur Wortlautgrenze überhöhte Lehre vom Begriff ins Niemandsland von Scheinproblemen: „Einerseits ist der Wortlaut immer eindeutig, nämlich der bezeichnete Begriff. Über seine Auslegung in die Sprache werden andererseits mehrere Meinungen bestehen. Da alle diese Meinungen sich auf den nicht unmittelbar gegebenen Begriff berufen können, ist die Vielfalt der Meinungen prinzipiell unbegrenzt. Die Rede von der Grenze des Wortsinns wird damit sinnlos. Sie begrenzt nichts, bleibt Gedankenkonstrukt ohne Wirklichkeit.“⁴¹

Auch der Begriff der sprachlichen Regel erfährt eine spezifisch juristische Deutung. Die Regel soll es ermöglichen, eine Entscheidung „im Einklang mit dem semantischen Gehalt des Gesetzes“⁴² zu treffen. Die Semantik ist damit dem juristischen Rechtfertigungszweck unter-

³⁹ Vgl. dazu *Wittgenstein*, Tractatus logico-philosophicus, Werkausgabe, Band 1, Philosophische Untersuchungen, 1984, § 139. Vgl. zur Darstellung von *Wittgensteins* Position: *E. v. Savigny*, Die Philosophie der normalen Sprache, 1980, S. 32 ff. und öfter. In der juristischen Diskussion wurden diese Überlegungen aufgenommen von *Schiffauer*, Wortbedeutung und Rechtserkenntnis, 1979, S. 80 ff.

⁴⁰ Vgl. dazu *F. Müller*, Recht – Sprache – Gewalt, 1975, S. 34 f. und öfter, ähnlich: *Glaser*, Sprachphilosophie und rechtswissenschaftliche Begriffsbildung, in: Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 2, 1972, S. 246 ff., 246.

⁴¹ *Schiffauer*, Wortbedeutung und Rechtserkenntnis, 1979, S. 76.

⁴² Vgl. dazu *Koch*, Einleitung: Über juristisch-dogmatisches Argumentieren im Staatsrecht, in: *ders.*, Die juristische Methode im Staatsrecht, 1977, S. 15 ff, 58 ff.

stellt: „Diese semantischen Regeln bestimmen die Bedeutung eines Worts, indem sie die Bedingungen angeben, bei deren Vorliegen das Wort anwendbar und bei deren Nichtvorliegen es unanwendbar ist. Sind diese empirisch zu ermittelnden Regeln klar, dann stehen auch die Bedeutung und damit die begrenzende und falsifizierende Leistung des Wortlauts fest. Sind sie dagegen unklar, dann scheint es, als könne der Wortlaut eine begrenzende und falsifizierende Funktion nicht erfüllen. Diesen Schein zerstört Koch, indem er die verschiedenen Arten der Unklarheiten näher untersucht (...).“⁴³ Die Regeln der Sprache werden hier als Rechtsregeln behandelt. Sie bestimmen als platonische Entitäten die Bedeutung eines Wortes, und wer die Grenzen überschreitet, handelt rechtswidrig. Es gibt also ein Sprachgesetzbuch, und sein Inhalt ist empirisch zu gewinnen. Mit dem Begriff „empirische Ermittlung“ fangen allerdings die Probleme an, welche die scheinbar so feste Basis ins Wanken bringen.

Der semantische Ansatz verspricht eine klare Abgrenzung von Bedeutungsermittlung und Bedeutungsfestsetzung. Die Bedeutungsermittlung soll dabei auf objektive, nicht interpretationsbedürftige Daten gestützt werden, während die Festsetzung ein nicht mehr als bloße Erkenntnis zu rechtfertigendes Moment von Interpretation enthält. Wenn diese Frage ernsthaft untersucht wird⁴⁴, ist schnell ersichtlich, daß der Wunsch, über semantische Regeln zu einer festen und interpretationsfreien Basis für das Problem der Gesetzesbindung zu gelangen, nicht einlösbar ist. Selbst wenn man Beobachtungen über den Sprachgebrauch als Basissätze gelten lassen wollte, ist wegen des in jeder Beobachtung enthaltenen interpretativen Elements die von den Juristen gesuchte Objektivität noch nicht gewährleistet. Für die Abgrenzung von theoriefreier Beobachtung des Sprachgebrauchs und interpretati-

⁴³ *Schiffauer*, Wortbedeutung und Rechtserkenntnis, 1979, S. 100.

⁴⁴ Vgl. dazu *Koch / Rüßmann*, Juristische Begründungslehre, 1982, S. 188 ff.; *H. Zimmermann*, Rechtsanwendung als Rechtsfortbildung. Untersuchungen zu einem „hermeneutischen“ Problem, 1977, S. 36 ff., 65 ff.

onsbelasteter Festsetzung muß diese Auffassung vielmehr die gesamte gegenteilige Entwicklung der Wissenschaftstheorie von Kuhn über Popper und Stegmüller bis hin zu Carnap zurücknehmen.⁴⁵ Eine semantische Regel ist der Beobachtung nie vorgegeben, sondern impliziert auch dort, wo die Sprachwissenschaft „empirisch“ Textkorpora auswertet, immer ein Interpretationselement.⁴⁶

Nicht weniger grundlegend ist das Mißverständnis, die Behauptung einer sprachlichen Regel ließe sich durch Befragen von Sprechern empirisch widerlegen.⁴⁷ Das sprachwissenschaftliche Verständnis von Empirie würde damit in unzulässiger Weise reduziert: „So ist die Aussage ‚Im Deutschen ist das Substantiv ‚Bach‘ ein Maskulinum (...) nicht auf die genannte Weise falsifizierbar. Denn wenn jemand ‚die Bach‘ sagt, so bewerte ich das nicht als Widerlegung meiner Aussage, sondern als Fehler meines Gesprächspartners“.⁴⁸ Was man also durch Befragen und anschließendes Auszählen erreichen könnte, wäre aus sprachwissenschaftlicher Sicht als Dezisionismus zu bezeichnen.

⁴⁵ Vgl. dazu *H. Zimmermann*, Rechtsanwendung als Rechtsfortbildung, in: *Koch* (Hrsg.), *Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie*, 1976, S. 70 ff., 90 ff., der auf vier Seiten die wissenschaftstheoretische Diskussion der letzten 50 Jahre „widerlegt“. Vgl. dazu auch *ders.*, *Rechtsanwendung als Rechtsfortbildung. Untersuchungen zu einem „hermeneutischen“ Problem*, 1977, S. 65 ff.

⁴⁶ Vgl. dazu *R. Keller*, Zur Epistemologie der Semantik, in: *L. Jäger* (Hrsg.), *Erkenntnistheoretische Grundfragen der Linguistik*, 1979, S. 22 ff., insbes. 34 ff., 40 ff. Zum Begriff „empirisch“ in der linguistischen Diskussion vgl. *Ballmer*, Inwiefern ist die Linguistik empirisch?, in: *Wunderlich* (Hrsg.), *Wissenschaftstheorie der Linguistik*, 1976, S. 6 ff.

⁴⁷ Vgl. *Rottleuthner*, Zur Eigenständigkeit der Rechtswissenschaft, in *ders.*, *Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft*, 1973, S. 168 ff., 195: „Empirische Umfragen über die tatsächliche Verwendung von Begriffen“

⁴⁸ *R. Keller*, Zur Epistemologie der Semantik, in: *L. Jäger* (Hrsg.), *Erkenntnistheoretische Grundfragen der Linguistik*, 1979, S. 22 ff., 33. Der Begriff „empirisch“ ist dabei in den Sprachwissenschaften durchaus umstritten (vgl. etwa *Kasper*, Einige Ähnlichkeiten zwischen Naturgesetzen und Regeln, in: ebd., S. 174 ff.; sowie die Beiträge unter den Punkten I bis V in *Wunderlich* (Hrsg.), *Wissenschaftstheorie der Linguistik*, 1976), aber trotzdem läßt er sich nicht in der hier für die Lösung juristischer Probleme vorgeschlagenen Vereinfachung verwenden. Vgl. Zum Problem außerdem noch: *Mates*, zur Verifikation von Feststellungen über die normale Sprache, in: *Grewendorf / Meggle* (Hrsg.), *Linguistik und Philosophie*, 1974, S. 154 ff. In der juristischen Diskussion Ansätze zu einer Kritik bei: *Schroth*, Theorie und Praxis subjektiver Auslegung im Strafrecht, 1983, S. 110 sowie *Rodigen*, Juristische Argumentationstheorie, in: *Rechtstheorie* 1978, S. 236 ff., 239.

Selbst sprachwissenschaftliche Positionen, die sich insoweit in Übereinstimmung mit den zitierten juristischen Wissenschaftstheoretikern am Kritischen Rationalismus orientieren, sagen von der Sprachwissenschaft, sie sei „offensichtlich nicht in dem Sinne empirisch, daß sie beschreibt, wie die Leute tatsächlich reden. Es ist sogar anzunehmen, daß dies überhaupt nicht systematisch erfaßt werden kann“.⁴⁹

1.4 Das Auseinanderfallen von Geltung und Bedeutung

Der Streit der Parteien soll vor dem Gesetz enden. Aber wo bleibt der Richter? Der Richter soll hier über den Parteien stehen als neutraler Sachwalter des Rechts. Er *ist* dem Gesetz *unterworfen*.⁵⁰ Folgt man nun zunächst dem gängigen Bild der Juristen von ihrem Geschäft, so ergibt sich hier gleich auch schon die erste, und wohl erstaunlichste Merkwürdigkeit: Der Richter ist verschwunden. Verschwunden jedenfalls als eine eigenständig wirksame Größe im Prozeß. Bei allen Sublimierungen hat das alte Bild vom Richter als Mund des Gesetzes keineswegs ausgedient. Wie aber läßt es sich angesichts der Realitäten des Rechts als Kampf, auf die Jhering gegen seinen Konterpart Savigny so nachdrücklich beharrt hat diesem Bild überhaupt ein ernstzunehmender Sinn geben. Weil Bedeutung im Text objektiv vorgegeben ist, kann sie als Brücke zwischen dem Normtext und der darin repräsentierten Rechtsnorm wirken. Damit bietet sie eine Bequemlichkeit vor allem für den Richter, der den nicht abreißenden Strom neuer Fälle überqueren will, ohne sich die Last eigener Verantwortung aufzuladen. Das Gesetz als Bedeutungsbrücke besteht und funktioniert unabhängig vom richterlichen Handeln als objektiver sprachlicher Artefakt: Der Richter hat keine Entscheidung zu treffen, sondern nur eine Erkenntnis nachzuvollziehen. Dem Normtext ist objektiv eine Bedeu-

⁴⁹ H. Brand, kritischer Rationalismus und Sprachwissenschaft. Eine Einführung, in: L. Jäger, ebd., S. 137 ff., 147.

⁵⁰ Siehe Art. 97 GG.

tung zugeordnet, welche gleich einem Behälter die auf den Fall anzuwendende Rechtsnorm enthält. Wenn der Rechtsanwender über die Brücke der Bedeutung zu der hinter dem Text liegenden Rechtsnorm gelangt ist, hat er die Vorgaben des Textes ausgeschöpft, als Arbeitsleistung eine Bedeutungserkenntnis erbracht und ist genau insoweit legitimiert. Die Geltung des Normtextes verlangt nach diesem Modell eine Beachtung seiner objektiv vorgegebenen Bedeutung; und soweit dies geschieht reicht auch die Rechtfertigung richterlichen Sprechens. Geltung und Bedeutung des Normtextes, sowie die Rechtfertigung juristischen Handelns sind damit zu einer einzigen Struktur miteinander verbunden.

Der Richter ist aus dieser Sicht nur der Diener des Gesetzes, weil er der Diener der Sprache ist. Indem er die auf dem Grunde der Sprache liegenden verborgenen Bedeutungsschätze hebt und ausspricht, schafft, oder besser erkennt er das Recht: Nicht er entscheidet, sondern er läßt durch die Sprache dem Gesetz seinen Willen.

Die von Savigny vorgeschlagenen Auslegungselemente sollen dazu verwendet werden, in den Normtexten eine Bedeutungssubstanz sichtbar zu machen, die dem Richter den Entscheidungsmaßstab liefert. Aber kann sich der Richter wirklich auf ein Verstehen beschränken oder muß er nicht vielmehr mithilfe der ihm von der Verfassung übertragenen Gewalt Entscheidungen treffen?

Schon der Umstand, daß, zum Beispiel vor Gericht, überhaupt noch interpretiert werden muß, ist der Sprache äußerlich und ihr aufgezwungen. Denn verstanden haben die Parteien durchaus, sowohl den Gegner als auch das Gesetz. Es liegen keine Probleme sprachlicher Verständigung vor, sondern es geht um Entscheidungsprobleme. Die Frage ist nicht: *wie* ist das Gesetz zu verstehen? Denn jeder hat schon verstanden. Vielmehr ist die Frage, welches Verständnis *vorzuziehen* sei.

Eine Rangfolge für das Verstehen ist in der Sprache aber nicht vorgesehen. Ihre Funktion ist erfüllt, wenn Verständigung hergestellt ist. Um eine solche Rangfolge angeben zu können, müssen überhaupt erst Mechanismen geschaffen werden, die in dem von Foucault beschriebenen Sinn eine Ordnung des Diskurses garantieren; Strukturen also, die Verstehen nicht vermehren, sondern verknappen. Von den verschiedenen möglichen Arten das fragliche Textstück zu lesen, ist dann nur eine legitim. Diese Notwendigkeit einer Selektion von verschiedenen Verstehensarten zur einzig legitimen ist Zwang bzw. symbolische Gewalt.⁵¹

Aber nicht nur der Umstand *daß*, sondern auch die Art und Weise *wie* zwischen den verschiedenen Lesarten entschieden wird, ist von Gewalt durchzogen. Auch dabei ist das Vorgehen der Praxis lehrreich. Die Gerichte bestimmen die Bedeutung eines Gesetzestextes, indem sie andere Texte zur Bestätigung oder Abgrenzung heranziehen. Diese *Kontexte* werden erschlossen durch die sogenannten canones der Auslegung.⁵² Die grammatische Auslegung erschließt den Kontext des Fachsprachgebrauchs bzw. der Varianten der Alltagssprache. Die systematische Auslegung erschließt den Kontext des Gesetzes bzw. der Rechtsordnung als Ganzes. Die historische Auslegung erbringt den Kontext früherer Normtexte und die genetische den der Gesetzesmaterialien. Diese einfachen Elemente werden in der methodologischen Reflexion manchmal zu Bedeutungssubstanzen verdinglicht und ge-

⁵¹ Vgl. zu diesem Begriff *Bourdieu / Passeron*, Grundlagen einer Theorie der symbolischen Gewalt, 1973; *Saner*, Personale, strukturelle und symbolische Gewalt, in *ders.*, Hoffnung und Gewalt, 1982, S. 73 ff.

⁵² Der einfache Tatbestand, daß canones kontextualisieren, wird in der methodologischen Reflexion häufig verkannt. Vgl. als Beispiel für eine mißverständliche Formulierung der canones etwa: *Hassemer*, Richtiges Recht durch richtiges Sprechen? Zum Analogieverbot im Strafrecht, in: *Grewendorf (Hg.)*, Rechtskultur als Sprachkultur, 1992, S. 71 ff, 78. So wird die grammatische Auslegung umschrieben mit der Formulierung: „Realisiere bei deiner Auslegung den Wortlaut des Gesetzes.“ „Realisieren“ kann man einen Wortlaut durch Aufsagen. Das kann aber kaum gemeint sein.

geneinander ausgespielt⁵³. Tatsächlich aber verwendet die Praxis diese Instrumente, um Material für den Vorgang des Profilierens einer Textbedeutung zu gewinnen. Sie ergänzen sich bei dieser Aufgabe.⁵⁴

Die Gerichte beginnen meist mit der wörtlichen oder sogenannten „grammatischen“ Auslegung. Dazu werden häufig Lexika herangezogen. So zur Bestimmung des Wortsinns von „Verunglimpfen“ etwa das Grimmsche Wörterbuch.⁵⁵ Zur Frage, ob eine „Verpflichtung“ im Sinn des § 103 BGB nur dann „zu entrichten“ ist, wenn sie fällig ist, der Duden.⁵⁶ Für die Ermittlung des Wortsinns von „Omnibus“ die Brockhaus-Enzyklopädie (Ergebnis: ein VW-Transporter ist kein Omnibus).⁵⁷ Aber die Lektüre eines Lexikons führt nicht zu feststehenden Daten, sondern eröffnet meist nur Fragerichtungen. Es handelt im Kern um Gebrauchsbeispiel Erzählungen. Diese Beispiele werden paradigmatisch eingesetzt und sind nicht ohne weiteres in eine vorhandene oder empirisch feststellbare Regel auflösbar. Im Rahmen der lexikalischen Semantik wird der Lexikoneintrag zunehmend als offene Aufzählung von Beispielen und gerade nicht als Grenze zulässiger Verwendungen verstanden. Ein sozusagen natürliches Konzept von Wörtlichkeit und zulässiger Verwendung, auf das sich die Juristen bei ihrer Suche nach der Wortlautgrenze, die ihnen nach dem Willen des Positivismus als festgefügte Bedeutung des Gesetzestextes die Bahn zur Entdeckung des Rechts für den zu entscheidenden Fall sicher weist, stützen könnten, ist somit nicht ersichtlich.

Es zwar gut und nützlich, wenn Juristen bei Zweifeln über den Sprachgebrauch in Wörterbüchern nachschlagen. Aber sie finden dort

⁵³ Vgl. *ebenda* S. 79.

⁵⁴ Vgl. etwa den methodengerechten Einsatz der *canones* bei *Jeand'Heur*, Gibt es Satzungen mit nur „deklaratorischem Gehalt“? - Zugleich ein Beitrag zur Auslegung von § 34 IV Nr.1 BauGB, in: NVwZ, 1995, S. 1174 ff, 1175 ff.

⁵⁵ BGH in: MDR 59, 403 f.

⁵⁶ BGH in: NJW 82, 1278.

⁵⁷ BGH in: JW 86, 431.

nicht die von der Sprache vorgegebene und von den Lexikographen aufgeschriebene Grenze zulässigen Sprechens, sondern sie finden vielmehr Anregungen für bisher nicht bedachte Verständnisvarianten und Hinweise auf vorher vielleicht übersehene Kontexte. So einfach läßt sich die Verantwortung für die Beurteilung von Auslegungsvarianten nicht abschieben.

Die *grammatische Auslegung* findet also weder in der Fachsprache noch gar in der Alltagssprache einen einheitlichen und stabilen Sprachgebrauch vor.⁵⁸ Auch durch Nachschlagen im Lexikon findet der Richter nur Beispiele für den Sprachgebrauch in bestimmten Kontexten; aber keine Sprachnormen, die ihm Auskunft darüber geben, welcher Sprachgebrauch der richtige oder vorzugswürdige sei. Auch hier bedarf es wieder einer Entscheidung; mit der Gefahr, daß der Richter seine eigene Sprachkompetenz zum „idealen Sprecher“ aufbläht und dem abweichende Sprachgebrauch der Betroffenen die Berechtigung abspricht.⁵⁹

Die systematische Auslegung wird in der herkömmlichen Methodenlehre meist folgendermaßen beschrieben: „Im Unterschied zur grammatischen Auslegung setzt die systematische Auslegung nicht bei der auszulegenden Norm als solcher an, sondern versucht, deren Inhalt durch Rückschlüsse aus ihrer Stellung im Gefüge des betreffenden Gesetzes oder aus dem Inhalt anderer Normen zu bestimmen.“⁶⁰ Im Hinblick auf die Unterordnung der systematischen Auslegung un-

⁵⁸ Busse nennt den häufigen Verweis auf den „natürlichen Wortsinn“ bzw. „allgemeinen Sprachgebrauch“ zu Recht eine formale Explikation, weil sie den Inhalt gerade offen läßt. Vgl. *D. Busse, Recht als Text*, 1992, S. 167.

⁵⁹ Vgl. als Beispiel dazu etwa *Schroth, Präzision im Strafrecht. Zur Deutung des Bestimmtheitsgebots*, in: *ebenda*, S. 93 ff, 117: Kompetenz - Kompetenz in der Sprache für den Juristen. Ebenso S. 119: Recht als Deutungsschema sozialer Handlungen. Dieses Problem einer juristischen Okkupation der Sprachkompetenz hat vor allem von linguistischer Seite *Rainer Wimmer* immer wieder hervorgehoben.

⁶⁰ *Looschelders / Roth, Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung*, 1996, S. 149 unter Bezug auf *Staudinger / Coing, Kommentar zum BGB*, 1978 ff. Einleitung, Rn. 143 ff.

ter den positivistischen Zweck der Ermittlung einer vorgegebenen normativen Substanz wird bei der Diskussion der systematischen Auslegung folgendes Axiom eingeführt: „ Die systematische Auslegung erhält ihre Rechtfertigung aus dem Gedanken, daß jedes Gesetz, aber auch die Rechtsordnung als solche ein geschlossenes Ganzes darstellt, dessen einzelnen Teile weitgehend aufeinander abgestimmt sind und einander in vielen Bereichen inhaltlich bedingen, eine einzelne Norm kann insofern nicht sinnvoll verwendet werden, ohne ihre Bezüge zu den übrigen Normen des betreffenden Gesetzes, sowie den anderen Teilen der Rechtsordnung zu berücksichtigen.“⁶¹

Aber das praktische Funktionieren der Auslegung widerlegt die positivistische Vorstellung von dem vorgegebenen Sinnnganzen der Rechtsordnung. Die erste Schwierigkeit dieser gesetzespositivistischen Position zeigt sich schon bei der Abgrenzung von grammatischem und systematischem Element. Diese Abgrenzung wäre vollständig nur möglich, wenn dem einzelnen juristischen Begriff schon für sich eine positive Bedeutung anhaften würde.⁶² Tatsächlich läßt sich aber die Bedeutung eines bestimmten Begriffs nur differentiell bestimmen als Gesamtheit der Unterschiede zu den Bedeutungen der Gesamtheit aller anderen Begriffe, so daß das grammatische Konkretisierungselement notwendig auch das systematische Element übergreifen muß. Diese differentielle Bedeutungsbestimmung gesetzlicher Ausdrücke wird von der juristischen Dogmatik wahrgenommen und kommt am deutlichsten in der Kommentarliteratur zum Ausdruck. Eine genaue Betrachtung der juristischen Dogmatik und ihres Meinungsstreits ergibt allerdings, daß es keine natürliche Grenze für diesen Bedeutungsdifferenzierungsprozeß gibt. Jede neue Fallkonstellati-

⁶¹ *Looschelders / Roth*, ebenda unter Bezug auf *Engisch*, Die Einheit der Rechtsordnung, 1935 (Neudruck 1987), S. 26 ff; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 244 ff., 437 ff.; *Pawlowski*, Methodenlehre für Juristen, 2. Aufl. 1991, Rn. 486.

⁶² Vgl. zur Kritik an dieser sogenannten Gegenstandstheorie der Bedeutung: *Schiffauer*, Wortbedeutung und Rechtserkenntnis, 1979, S. 80 ff.

on kann vielmehr das System der differentiellen Bedeutungsbestimmungen verschieben. Denn an jedem einzelnen Term *a* läßt sich eine Kette von negativ zu bestimmenden Termen (*-b*, *-c*, *-d usw.*) anhängen, die intern ebenso strukturiert sind und deren Menge unabsehbar und offen ist.⁶³ Daher kann das System einer Sprache oder eines Textes nicht als geschlossen betrachtet werden⁶⁴, sondern durch jede Interpretation kann das vorhandene Zeichenmaterial neu und anders differenziert werden. Dieses Problem der mangelnden Beherrschbarkeit des dogmatischen Differenzierungsprozesses verweist also auf das schon von Schleiermacher gesehene Problem der „Unendlichkeit der Sprache“.⁶⁵ Die von Manfred Frank vorgenommene Reformulierung des grammatischen Elements in Kategorien des taxonomischen Strukturalismus⁶⁶ kann dieses Problem konkreter als entgrenzte Ökonomie semantischer Oppositionen bestimmen und damit die auch in die in der juristischen Kritik an der Leistungsfähigkeit der Konkretisierungselemente gewonnene Einsicht bestätigen, daß diese Elemente keine natürliche Grenze für den Differenzierungsprozeß der Semantik juristischer Texte aufweisen können.

Die *systematische Auslegung* eröffnet also nicht einen Kontext des Gesetzes, sondern Kontext auf Kontext. Das Problem liegt in der Auswahl und Begrenzung. Aus der politischen Mahnrhetorik ist die Technik bekannt, das „Ganze“ aufmarschieren zu lassen; meistens mit dem Ziel, den beherrschten „Teilen“ ihre vorgeblichen Pflichten vor

⁶³ Vgl. dazu Frank, Was ist Neostrukturalismus, 1983, S.560 u. ff.; ders., Das individuelle Allgemeine, 1985, S. 262 ff.

⁶⁴ Vgl. dazu schon vom Standpunkt der strukturalistischen Textlinguistik: Cose-riu, Textlinguistik, 1981, S. 111 ff., 151 f. Derrida kommentiert in seiner Auseinandersetzung mit Searle eine den Textsinn abschließende Position wie folgt: „Selbst wenn man das eine oder das andere in einer Textäußerung versteht, bleiben noch immer tausend Möglichkeiten offen.“ Derrida, Limited Inc., in: Glyph 2 (1977), S. 162 ff., 201.

⁶⁵ Vgl. dazu Schleiermacher, Hermeneutik und Kritik, 1977, S. 80 f., 94, 196 und öfter.

⁶⁶ Vgl. dazu Frank, Textauslegung, in: Harth / Gebhardt (Hrsg.), Erkenntnis der Literatur, 1982, S. 123 ff.

Augen zu führen. Diese Technik, den Platz des Ganzen zu besetzen und von der Einheit der Rechtsordnung her die Systematik zu einer beherrschbaren Struktur zu reduzieren, ist für seriöse Argumentation nicht gangbar. Das Ganze ist nicht zu handhaben und kann nicht den Teilen gegenübergestellt werden, ohne daß logische Aporien entstehen. Es bleibt also das Auswahl- und Begrenzungsproblem. Zudem wird es noch kompliziert durch den Umstand, daß die Systematik eines Gesetzes und schon gar der ganzen Rechtsordnung nicht frei von Widersprüchen ist.⁶⁷

Die *genetische* und *historische Auslegung* als Unterfälle der systematischen machen eine grundsätzliche Schwierigkeit besonders offensichtlich: die durch die Auslegungselemente herangeführten Kontexte bedürfen ihrerseits der Auslegung, so daß sich die geschilderten Probleme noch einmal potenzieren.⁶⁸

Durchgehend trifft die juristische Auslegungstätigkeit auf Fragen, die nicht schon in der Sprache beantwortet sind: statt Nachvollzug von Vorentschiedenem überall nur Notwendigkeit zur Entscheidung. Es gibt in der Rechtserzeugung stets ein Moment von Entscheidung, das nicht in einer Theorie des Verstehens aufgehoben werden kann. Das theoretische Postulat einer sicheren Brücke von der Geltung zur Bedeutung funktioniert in der Praxis nicht. Auf der anderen Seite des Zeichens nach Durchbrechung der Sperre⁶⁹ findet sich nicht das

⁶⁷ Grundlegend zu dieser Problematik einer Entsubstantialisierung der systematischen Auslegung: *F. Müller*, Die Einheit der Verfassung, 1979. Zu den Problemen der Textkohärenz bei Rechtstexten vgl. aus linguistischer Sicht *D. Busse*, Recht als Text, 1992, S. 41 ff.

⁶⁸ Zu weiteren Auslegungselementen *F. Müller*, Juristische Methodik, 6. Aufl., 1995, S. 213: Prinzipien der Verfassungsinterpretation. Als plastisches Beispiel zur Analyse der Wirklichkeitselemente des Normbereichs siehe *Jeand'Heur*, Verfassungsrechtliche Schutzgebote zum Wohl des Kindes und staatliche Interventionspflichten aus der Garantienorm des Artikel 6 Abs. 2 Satz 2 GG, 1993, S. 39 ff. - Zu den Konkretisierungselementen insgesamt mit zahlreichen Beispielen und Nachweisen *F. Müller*, *ebenda*, S. 183 ff.

⁶⁹ *Lacan* zieht den Strich, der im *Saussureschen* Zeichenmodell Signifikant und Signifikat trennt, als Sperre. Wenn man versucht, diese Sperre zu durchbrechen, trifft man nicht auf das reine Signifikat, sondern auf andere Signifikanten. Vgl. *J.*

reine Signifikat. Satt der einen und einzigen Bedeutung findet man dort nur andere Signifikanten, eine widersprüchliche Vielzahl von Verwendungsweisen.

1.5 Was Recht ist, sagt der Richter

Das praktische und theoretische Scheitern des positivistischen Modells wird von den Gerichten nicht offen ausgesprochen. Als Beispiel sei hier auf das Bundesverfassungsgericht verwiesen: „Der Richter ist nach dem Grundgesetz nicht darauf verwiesen, gesetzgeberische Weisungen in den Grenzen des möglichen Wortsinns auf den Einzelfall anzuwenden. Eine solche Auffassung würde die grundsätzliche Lückenlosigkeit der positiven staatlichen Rechtsordnung voraussetzen, einen Zustand, der als prinzipielles Postulat der Rechtssicherheit vertretbar, aber praktisch unerreichbar ist. Richterliche Tätigkeit besteht nicht nur im Erkennen und Aussprechen von Entscheidungen des Gesetzgebers. Die Aufgabe der Rechtsprechung kann es insbesondere erfordern Wertvorstellungen, die der verfassungsmäßigen Rechtsordnung immanent, aber in den Texten der geschriebenen Gesetze nicht oder nur unvollkommen zum Ausdruck gelangt sind, in einem Akt der bewertenden Erkenntnis, dem auch willenhafte Elemente nicht fehlen, ans Licht zu bringen und in Entscheidungen zu realisieren. Der Richter muß sich dabei von Willkür freihalten; seine Entscheidung muß auf rationaler Argumentation beruhen. Es muß einsichtig gemacht werden können, daß das geschriebene Gesetz seine Funktion, ein Rechtsproblem gerecht zu lösen, nicht erfüllt. Die richterliche Entscheidung schließt dann diese Lücke nach den Maßstäben der praktischen Vernunft und den ‚fundierten allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen der Gemeinschaft‘.“⁷⁰ Die Erwägungen des Gerichts begin-

Lacan, Das Drängen des Buchstabens im Unbewußten oder die Vernunft seit Freud, in: *ders.*, Schriften II, 1991, S. 16 ff., 21 ff., 24 ff.

⁷⁰ BverfGE 34, 269 ff., 293.

nen beim Verfassungsrecht und münden in die Gerechtigkeitsvorstellungen der Gemeinschaft. Welche Argumente verklammern diese beiden Enden des Textes?

Das Gericht sagt, daß der Richter nicht darauf verwiesen sei, gesetzgeberische Weisungen in den Grenzen des möglichen Wortlauts auf den Einzelfall anzuwenden. Das klingt wie eine Zurückweisung des Positivismus. Schon der nächste Satz stellt aber klar, daß es nur um eine Einschränkung geht. Die positivistische Vorstellung setzt nämlich voraus, daß die Rechtsordnung lückenlos und das heißt für jeden Fall einen subsumtionsfähigen Obersatz zur Verfügung stellt. Dies ist aber, wie das Verfassungsgericht feststellt, ein Zustand, der praktisch nicht zu erreichen ist. Deswegen kann der Richter nicht *ausschließlich* darauf verwiesen sein, die gesetzgeberischen Weisungen anzuwenden. Man braucht vielmehr noch eine zweite Rechtsquelle.

Die rechtsstaatlichen Anforderungen an richterliche Konkretisierung werden damit in spezifischer Weise aufgefaßt⁷¹: Der Richter ist nur dann an das Gesetz gebunden, wenn dieses einen eindeutigen Wortlaut aufweist. Erfüllt das Gesetz die Eindeutigkeitsforderung nicht, dann ist nach der positivistischen Theorie von der im Wortlaut eindeutig vorgegebenen Norm eine Gesetzeslücke anzunehmen, die der Richter durch Heranziehung anderer Maßstäbe schließen muß.

Wann ist aber der Wortlaut eines Gesetzes eindeutig? Offensichtlich nur dann, wenn keine Zweifel an seiner Bedeutung bestehen. Die Gesetzesbindung hängt in diesen Fällen davon ab, ob der Richter bereit ist, an der Bedeutung des Wortlauts zu zweifeln. Und da man ja bekanntlich an allem zweifeln kann, entscheidet der Richter *de facto* selbst, ob er an das Gesetz gebunden ist oder nicht. Die im Text scheinbar so eindeutig vorgegebene Rechtsnorm hängt damit von einer richterlichen Dezision ab, und der Positivismus schlägt an seinem

⁷¹ Vgl. auch *Christensen*, Das Problem des Richterrechts aus der Sicht der strukturierenden Rechtslehre, in: ARSP 1987, S. 75 ff., 87 f.

vorgeblich solidesten Punkt des eindeutigen Wortlauts in unkontrollierbare Beliebigkeit um.

Die vom Bundesverfassungsgericht vorgenommene Verknüpfung von positivistischer Rechtsnormtheorie und Gesetzesbindung führt aber in der Konsequenz auch zu einer weitreichenden Neuinterpretation des Rechtsverweigerungsverbots. Wenn die Gesetzesbindung den Richter lediglich an einen im Text vorgegebenen Befehl bindet, dann ist sie so weit eingeschränkt, daß praktisch jede Entscheidung eines Gerichts außerhalb ihrer Reichweite liegt. Konsequenterweise müßte dann der Richter alle Fälle, für welche der Normtext keine subsumtionsfähige Regel als tragenden Leitsatz der Entscheidung zur Verfügung stellt, abweisen. Damit wäre die Untauglichkeit des ganzen Modells offensichtlich. Deswegen behilft sich das Gericht mit einer Neuinterpretation des Rechtsverweigerungsverbots. Dieses soll den Richter nicht zu einer Entscheidung nach geltendem Recht einschließlich des Prozeßrechts verpflichten sondern zu einer der Gerechtigkeit entsprechenden Entscheidung.⁷² Während die Gesetzesbindung also eingeschränkt wird, wird das Rechtsverweigerungsverbot materiell aufgeladen und damit erweitert.

Aus dieser Neuinterpretation von Gesetzesbindung und Rechtsverweigerungsverbot leitet sich dann der Begriff der „Lücke“ ab.⁷³ Zwar ist, gemessen am gesellschaftlichen Regelungsbedarf, jede Rechtsordnung unvollständig, aber eben auch vollständig insoweit als nur der rechtlich anerkannte gesellschaftliche Regelungsbedarf relevant ist und die Entscheidung immer nur eine Antwort aus dem geltenden Recht enthalten kann. Von einer „Lücke“ kann man deswegen

⁷² Vgl. kritisch zu dieser Interpretation des Rechtsverweigerungsverbots; *F. Müller*, Richterrecht', 1986, S. 121; *ders.*, Die Einheit der Verfassung, 1979, S. 98 f., 108ff., ebenso *Hegenbarth*, Juristische Hermeneutik und linguistische Pragmatik, 1982, S. 200

⁷³ Vgl. zur Kritik am Konzept der Lücke und zum folgenden: *F. Müller*, Die Einheit der Verfassung, 1979, S. 112, 158, 227. Kritik am Lückenkonzept auch bei *Koch / Rüßmann*, Juristische Begründungslehre, 1982, S. 246 ff.

nur sprechen, wenn ein Fall entgegen dem Gesetz als regelungsbedürftig angesehen wird. Die Regelungsbedürftigkeit läßt sich dann aber nur begründen aus einem normtranszendenten Maßstab von Gerechtigkeit, der in dieser Weise im Gesetz gerade keinen Ausdruck gefunden hat. Der Begriff der Lücke setzt deswegen einen für den Richter verfügbaren Begriff von Gerechtigkeit als überpositives Prinzip voraus und damit ein Mehr an Recht gegenüber dem positiven Gesetz.

Die „Lücke“ ist damit für das Bundesverfassungsgericht kein Leerraum, sondern ganz im Gegenteil Quelle für ein Mehr an Recht.⁷⁴ Dieser rechtliche Mehrwert wurde zwar dem Gesetz abgepreßt, indem dieses in seiner Konkretisierungsleistung auf den eindeutigen Wortsinne eingeschränkt wurde. Aber nun soll dieses Mehr an Recht als zweiter selbständiger Code hinter dem Normtext das Gesetz sogar korrigieren können. Seine Herkunft muß deswegen selbständig begründet werden. Das Bundesverfassungsgericht verwendet dazu die verfassungsmäßige Rechtsordnung als ein Sinnganzes. Aber ist die Verfassung und schon gar die gesamte Rechtsordnung wirklich ein Sinnganzes? Beweist nicht die ständige Notwendigkeit, widersprüchliche Normen im Wege der systematischen Auslegung⁷⁵ zu einem Ausgleich zu bringen. in jeder wirklichen Entscheidung das Gegenteil? Und selbst wenn die Rechtsordnung ein Sinnganzes wäre, wie könnte der Richter sie „ans Licht bringen“ und daraus sogar Anforderungen ableiten, die das positive Gesetz zu korrigieren vermögen?

Nur weil das Gericht diese Fragen nicht stellt, kann es so tun als sei das Ganze der Rechtsordnung für die einzelne richterliche Entscheidung verfügbar. Unfreiwillig geben die gerichtlichen Formulierungen jedoch zu, daß sie mit partikulären Vorstellungen den Platz des Ganzen besetzen wollen. In der Argumentation des Bundesverfas-

⁷⁴ Vgl. zu dieser „rechtsschöpferischen“ Rolle der Lücke auch die Konzeption von *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 344ff. mit Differenzierungen zwischen verschiedenen Arten von Lücken

⁷⁵ Vgl. dazu *F. Müller*, Die Einheit der Verfassung, 1979, S. 190 f.

sungsgerichts werden die Schwierigkeiten eines solchen Verfügungsversuchs über das Ganze offensichtlich. wenn es von den Maßstäben der praktischen Vernunft und den Gerechtigkeitsvorstellungen der Gemeinschaft im Plural spricht- Weder die praktische Vernunft noch die Gerechtigkeitsvorstellungen sind in einer pluralistischen Gesellschaft hinreichend homogen, um zu garantieren, daß sich ihre Bezeichnungen gegen einen einzigen Sinn austauschen lassen. Wenn aber auch diese Größen sich im Sprechen verändern, ihre ruhige Identität gegen eine Vielheit von Bedeutungserklärungen austauschen, dann gleitet das ganze scheinbar feste und geschlossene System in die Schwerelosigkeit.

Der Positivismus sieht den Richter als Diener der Sprache. Seine Entscheidung spricht nur aus, was ihm die Bedeutung des Textes vorgibt. In jeder praktischen Situation muß natürlich der Richter die Rolle der Sprache als Quasisubjekt übernehmen. Der Diener souffliert den Herren. Es ist eine Doppelrolle. Und vor allem in jedem wirklichen Verfahren muß sich der Richter zum Herren über die Sprache machen, um seine Verständnisweise des Gesetzestextes gegen andere durchzusetzen. Die Sprachunterworfenheit ist damit nur die Fassade, hinter der sich der Übergang zum Sprachbeherrscher ohne die Möglichkeit äußerer Kritik vollziehen kann.

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

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

2. Das Recht steht im Kampf um das Gesetz

Wenn zwei einander derart widerstrebende Theorien wie der Positivismus und der Dezisionismus sich als zwei Seiten lediglich der einen Medaille erweisen, dann kann die ‚ganze Wahrheit‘ nur diesseits der damit vorgezeichneten Alternative liegen. Die Zerrissenheit der in ihren Gegenteilen changierenden Theorie verweist auf einen von ihr uneingestandenem Zwiespalt der Praxis hin und den Unwillen, den zu bearbeiten. Sie ist Reflex der Situation des Rechts der Moderne, das in Anspruch und Wirklichkeit von einem Widerstreit zwischen Gesetzesbindung und Entscheidungsmacht durchzogen ist, den es immer wieder nur als Praxis abarbeiten kann und über dem es seinem Begriff nach nie zur Ruhe kommt.

Der Zwiespalt von Entscheidungsmacht und Gesetzesbindung, der die Legitimität richterlichen Handelns für jeden seiner Schritte und Ergebnisse immer nur in Erwartung hält und mit jedem Urteil nur dank staatlicher Autorität überspielt werden kann, ist von der Verfassung als dem höchstrangigen unserer Gesetze und der letztlich Legitimationsbasis dieses Handelns vorgezeichnet. Textarbeit und Interpretationsfragen haben in der Jurisprudenz eine besondere Dramatik. Es geht dabei um Entscheidungen, die den Betroffenen auch gegen ihren Willen aufgezwungen werden können. Deswegen spricht Art. 92

des Grundgesetzes unter der Überschrift „Die Rechtsprechung“ sofort von der „rechtsprechenden Gewalt“, die er den Richtern anvertraut. Was die Verfassung hier mit der einen Hand gibt, nimmt sie sofort mit der anderen wieder. Im Grundgesetz folgt dem Art. 92, nach den Artikeln 93 bis 96, die sich lediglich mit der institutionellen Einsetzung einer Verfassungs- und Bundesgerichtsbarkeit befassen, der Art. 97 auf dem Fuße, der dem Richter die Hände bindet, indem er ihn in seiner Arbeit am Recht „nur dem Gesetz“ unterwirft.⁷⁶

So gesehen nehmen Positivismus und Dezisionismus je einen Teil des von der Verfassung den Juristen in die Hände gelegte Recht auf das Recht als das Ganze in Anspruch. Der Positivismus schlägt sich ganz auf die Seite des Gesetzes, indem er behauptet, daß der Richter gar keine Gewalt ausübe, sondern eben nur das Gesetzesanwender. Vor der in der Praxis offenkundigen Leere dieser theoretischen Behauptung schlägt sich der Dezisionismus dann ganz auf die Seite der vermeintlichen Realitäten indem er in der Entscheidung nur die richterliche Gewalt sieht und dem Gesetz keine nennenswerte Rolle zubilligt.

Konvergenzpunkt der scheinbar gegensätzlichen klassischen Theorien ist damit die Immunisierung richterlichen Handelns. Wenn man dagegen die Komplexität von Begründungen in wirklichen Entscheidungen betrachtet, wird deutlich, daß die klassischen Positionen jeweils nur bestimmte und begrenzte Bestandteile des juristischen Handelns wahrnehmen und in ihrer Theorie zulassen können. So ist der Positivismus in keiner seiner Spielarten hinreichend positiv. Um das imaginäre Reich richterlicher Selbstrechtfertigung zu errichten, müssen im Spiegel der Theorie alle die Umstände unterdrückt und

⁷⁶ Dazu *F. Müller*, Richterrecht - rechtstheoretisch formuliert, in: Festschrift der Juristischen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, 1996, S. 67 f.

systematisch verkannt werden⁷⁷, die auf eine Definitionskompetenz des Richters für den „Inhalt“ des Gesetzes hinweisen. Genauso opfert der Deziisionismus dem idealisierten Bild richterlicher Machtvollkommenheit: er läßt nur die eigene Entscheidung des Richters zu und blendet die des Gesetzgebers und die Anschlußzwänge des juristischen Sprachspiels aus und damit alles, was unter den Bedingungen moderner Rechtsstaatlichkeit überhaupt Recht sein mag am Recht. Der Deziisionismus zeichnet somit für die Seite der „Ungerechtigkeit“, die Wittgenstein neben der „Leere“ überhaupt als das Signum eines „Dogmatismus“ ansieht, „in den wir beim Philosophieren so leicht verfallen“.⁷⁸

Für eine Überwindung dieses Dogmatismus in der Rechtsphilosophie durch den unverstellten Blick auf die Praxis des Rechts scheint kaum jemand besser als Zeuge geeignet als Jhering, von dem wir uns auch eingangs noch einmal haben an eben diese alltägliche Praxis des Rechts als Kampf haben erinnern lassen. In „guter“ philosophischer Manier übrigens, wenn denn hier schon einmal der Name Wittgenstein gefallen ist.⁷⁹ Jhering war zunächst selbst vehementer Verfechter der Begriffsjurisprudenz, und ließ sich vom eigenen Scheitern an den immanenten Schwierigkeiten dieser Theorie geradezu zum Vertreter der Interessenjurisprudenz bekehren, durch die er „die Begriffsjurisprudenz gewissermaßen vom Kopf auf die Füße (stellt)“.⁸⁰ Den Dreh- und Angelpunkt dieser „Betrachtungsweise“ stellt Jherings Vortrag über

⁷⁷ Vgl. zu einer zweiten Logik der Spiegelmetapher im Sinne einer systematischen Verknennung des Wiedererkannten: *J. Lacan*, Das Spiegelstadium als Bildner der Ichfunktion, in: *ders.*, Schriften Band I, 1996, S. 61 ff.

⁷⁸ *Wittgenstein*, Tractatus logico-philosophicus, Werkausgabe, Band 1, Philosophische Untersuchungen, 1984, § 131

⁷⁹ „Die Arbeit des Philosophen ist ein Zusammentragen von Erinnerungen zu einem bestimmten Zweck.“ *ebd.* § 127.

⁸⁰ *Kunze*, Rudolf von Jhering. Ein Forschungsbericht, in: *Luf / Ogris* (Hrsg.), der Kampf ums Recht. Forschungsband aus Anlaß des 100. Todestages von Rudolf von Jhering, 1995, S. 125 ff., 139. Siehe in diesem Band auch *Hofmeister*, Jhering in Wien, S. 9 ff.; *Schild*, Der rechtliche Kampf gegen das Unrecht, S. 31 ff.

den „Kampf ums Recht“ dar und er bemüht für die Ambivalenz dieses Kampfes unter den Bedingungen moderner Rechtsstaatlichkeit dann das bekannte Bild der Justitia: „Darum führt die Gerechtigkeit, die in der einen Hand die Wagschaale hält, mit der sie das Recht abwägt, in der andern das Schwert, mit dem sie es behauptet. Das Schwert ohne die Wage ist die nackte Gewalt, die Wage ohne das Schwert die Ohnmacht des Rechts. Beide gehören zusammen, und ein vollkommener Rechtszustand herrscht nur da, wo die Kraft, mit der die Gerechtigkeit das Schwert führt, der Geschicklichkeit gleich kommt, mit der sie die Wage handhabt.“⁸¹ Die Spannung und Ambivalenz der hier vom Bild bezeichneten Momente einer auf den vor die Schranken des Gerichts gebrachten Konflikt der Bürger zuschlagenden Entscheidungsgewalt und der Erwägung eines Rechts der Kontrahenten auf ihr Interesse aus dem Gesetz läßt sich nicht aus durch den Bezug auf eine dieser Größen als dem Fundus und Fundort solchen Rechts auflösen. Sie kann immer wieder nur „ausgetragen“ werden. So folgert Jhering denn auch: „Recht ist unausgesetzte Arbeit“⁸² und er läßt keinen Zweifel daran, „daß der Kampf die Arbeit des Rechts ist“⁸³: „Aber das Recht (...), mitten hineingestellt in das chaotische Getriebe menschlicher Zwecke, Bestrebungen und Interessen muss unausgesetzt tasten, suchen, um den richtigen Weg zu finden, und, wenn es ihn entdeckt hat, kämpfen und Gewalt anwenden, um ihn wirklich zu beschreiten.“⁸⁴

2.1 Das Gesetz als Arena des „Kampf ums Recht“

Recht ist Arbeit an seinem Text. Und der Kampf ist der Textarbeit namens des Rechts in der Sache unvermeidlich. Als deren Daseinsweise kann er allenfalls verleugnet werden. Er ergibt sich aus jener unab-

⁸¹ Jhering, *Der Kampf ums Recht*, 1992, S. 11.

⁸² *Ebd.*, S. 9.

⁸³ *Ebd.*, S. 11.

⁸⁴ *Ebd.*, S. 16.

dingbaren Sprachlichkeit von Recht. Recht ist an das Gesetz gebunden, an den Normtext. Zwar mag die Sprache aus sich heraus nichts dafür hergeben, anhand des Gesetzes auf das Recht zu kommen, Damit ist es doch keineswegs der freien Schöpfung und Phantasie anheimgestellt. Denn nur anhand des Gesetzes ist in dem zu entscheidenden Konflikt auf das Recht zu kommen. Die Rechtsprechung ist dem Gesetz unterworfen, ist unabdingbar auf das Gesetz verpflichtet; und zwar dort, wo der Konflikt in der Gesellschaft aufgebrochen ist und wo vom Richter eine Lösung verlangt wird.

Das Gesetz, der Text des Rechts, das "Gesetzeswort", setzt den Rahmen, in dem ein jeder Anspruch auf Recht überhaupt erst als ein solcher auftreten und sich artikulieren kann. Er steckt das Feld ab, auf dem die Bürger ihren Anspruch darauf als ihr Recht behaupten können. Mit den gesetzlichen Regelungen der Verfahren zur Prüfung und zur Entscheidung solcher Ansprüche sind auch die Bahnen vorgezeichnet, auf denen um Recht zu kämpfen ist. Und mehr noch sind Normtexte ihrerseits auf das durch Gesetze und die Verfassung als deren höchstrangiges geregelte ordentliche Gesetzgebungsverfahren angewiesen, um amtliche Geltung beanspruchen zu können. Was immer an Recht über das Gesetz als zunächst bloßem Zeichen dafür⁸⁵ hinaus erst erzeugt werden muß, maßgebliche Instanz dafür, was legal ist und damit legitim sein kann, ist 'das Gesetz' im Sinne der in den Gesetzbüchern und all den sonstigen Sammlungen von Normtexten niedergelegten Prädispositionen des politischen Souveräns darüber.⁸⁶ Und dieser

⁸⁵ Grundsätzlich zur Doppelbödigkeit der Rede vom Gesetz darin, „sich einmal auf den bloßen Wortlaut als Zeichenfolge oder auf die Zeichenbedeutung als 'objektiven Inhalt' [zu] beziehen“ *Christensen, Was heißt Gesetzesbindung?*, 1989, S.19.

⁸⁶ Dazu *F. Müller, Strukturierende Rechtslehre*, 2. Aufl., 1994, S. 272: „'Gesetzgebung' erscheint nämlich als vorweggenommene Falllösung, Normtextsetzung folglich als gleichsam umgekehrte und den späteren Entscheidungsvorgang in seiner Umkehrung vorwegnehmende Setzung von Entscheidungsnormen.“ Eine Setzung im übrigen, die sich wiederum dem „Kampf um Wörter“ verdankt. Ausführlich differenziert zum Problemkreis „Norm als sachbestimmtes Ordnungsmodell“ *ebenda*, S. 168 ff.

hat sich selbst vor dem Gesetz als rechtmäßig zu erweisen, sich im Recht des Gesetzgebers zu beweisen. So wenigstens will es, alles in allem, die im Stand der Moderne erreichte ‘Herrschaft des Rechts’, wie sie im entwickelten Rechts- und Verfassungsstaat Gestalt angenommen hat.

Man muß, so scheint es demnach, nicht eingefleischter Positivist sein, um dies als Garantie auch nur eines ”Minimums” an Rechtstaatlichkeit juristischer Konfliktlösungen anzuerkennen⁸⁷. Recht hat sich demnach kraft der Autorität seiner Setzung durch der Erlaß von Normtexten in seiner Bedeutung zu erkennen zu geben, wenn es nicht der Willkür seiner politischen Besetzungen preisgegeben bleiben will. Recht hat in dem Ausdruck, der ihm dadurch gegeben wird, Fixpunkt und Zentrum seiner Erwägung im einzelnen zu sein hat, wenn es nicht umgekehrt der Willkür der Besetzungen durch selbstherrliche Richter und skrupellose Anwälte ausgesetzt werden soll. Und Recht hat so schließlich in seiner dadurch zu erschließenden Äußerung Richtmaß einer jeden Entscheidung darüber zu sein.

Zugleich aber bedarf es der massiven Arbeit an diesem Text mit aller darin steckenden Gewalt seiner Zurichtung für das Bedürfnis nach einer Entscheidung, um überhaupt auf die Bedeutung des Gesetzestextes als ein solches Maß zu kommen. Die darin liegende diskursive Gewalt haftet dem juristischen Handeln aufgrund der endlos möglichen Semantisierung sprachlicher Zeichen mit einer jeden verbindlichen Entscheidung über Sprache unvermeidlich an. Der Gesetzestext „selbst“ und gar für sich genommen gibt nichts her als nur Worte, Ketten von Zeichen. Und um jede Bedeutung des Textes als Recht muß im Fall des Konflikts buchstäblich erst gerungen werden.

⁸⁷ Eingehend zum Problem eines scheinbar unumgänglichen Minimalgehalt an Positivismus in der Rechtstheorie *J.M. Broekman*, *The Minimum Content of Positivism*, *in*: *Rechtstheorie*, 16, 1985, S. 349 ff.

Der Kampf ums Recht kann damit als Auseinandersetzung über die Bedeutung des Gesetzes als Recht für den Fall bezeichnet werden. Das Problem für die Parteien besteht darin, ein bestimmtes Verständnis der Textbedeutung gegen andere Verständnisweisen mit spezifischen Argumenten durchzusetzen. Der Streit dreht sich also im Kern um sprachliche Gebrauchsweisen, um unterschiedliche Bedeutungserklärungen. Das Gesetz eröffnet dem Konflikt als dem 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; er *muß* es sogar. Denn in diesem Streit stehen sich zwei unversöhnliche Ansprüche auf die Bedeutung des Gesetzes für die eigene 'Sache' gegenüber; er verlangt also nach der semantischen Praxis einer Entscheidung über sie. Subjekt des Textes in seiner Bedeutung für den Konflikt, und damit 'Sitz' der Gewalt über die Bedeutung des Normtextes, ist der mit Entscheidungskompetenz ausgestattete Jurist als Herr über den Normtext. Er 'verkörpert' die Regel und führt das Wort in der Frage, was an den Einlassungen der Beteiligten für die Bedeutung als Recht zählt, was als 'Erklärung der Bedeutung' gilt und ausschlaggebend sein soll. 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 der 'Kampf mit der Sprache', dem das Recht seine 'Entstehung' verdankt. Die Sprache sperrt sich jeder gültig entschiedenen Festlegung auf nur *eine* Bedeutung des Textes schon dadurch, daß die Negierbarkeit eines jeden dem Text für die Fallentscheidung abgewonnenen Satzes Bedingung dafür ist, daß dieser Satz Sinn machen kann.⁸⁸ Zugleich ist der 'Kampf mit der Sprache' das Mittel im Widerstreit des Konflikts, der erst mit Hilfe des Normtextes zu einem

⁸⁸ Den logischen Zusammenhang von Negierbarkeit und Möglichkeit in Hinblick auf den Satzsinne exponiert *Sokolowski*, Abhandlung zum Begriff der logischen Form, Typoskript, 1996, S. 15.

Rechtsstreit zu machen ist⁸⁹, *sich sein* Recht zu verschaffen. Die Sprache bietet allein schon durch ihre prinzipielle Unentschiedenheit die Möglichkeit, durch Negation eines jeden Satzes diesen für die verbindliche Entscheidung auszuschließen und damit der eigenen Textbedeutung zum Sieg zu verhelfen.

2.2 Der Aufschub von Geltung und Bedeutung

Unveränderlich vorgegeben ist der Arbeit am Recht im Fall nur der Normtext als Zeichenkette. Die Rechtsnorm als tragender Leitsatz der Entscheidung muß demgegenüber in einem von rechtsstaatlichen Anforderungen her strukturierten Vorgang erst erzeugt werden. Und es ergibt sich daraus die Notwendigkeit, zwischen der Geltung und der Bedeutung von Normtexten sorgfältig zu unterscheiden. Wir wissen am Beginn der Konkretisierung, *daß* der Normtext etwas bedeutet. Darin liegt seine Geltung. Wir wissen aber vor seiner methodengerechten Verarbeitung nicht, *was* er bedeutet. Denn diese Bedeutung des Normtextes wird als Rechtsnorm erst von den Gerichten und gerade nicht vom Gesetzgeber erzeugt. Die Rechtsnorm ist in bezug auf diesen Fall und in dieser Phase der Entscheidung noch nicht vorhanden. Denn der Normgeber hat, realistisch gesehen, nicht Normen gegeben, sondern nur Vorläufer, Eingangsdaten; der Gesetzgeber nur Normtexte, nicht bereits selbst normativ wirkende Größen.

Der Normtext als Textformular kann die Textbedeutung nicht vorgeben. Die vom Gesetzgeber geschaffene Zeichenkette definiert keinen Ort stabiler Sprache, welcher als punktuelle Größe von der Auslegung nur verfehlt oder getroffen werden könnte. Um das Gesetz in dem zur Entscheidung anstehenden Fall zum Tragen zu bringen und ihm damit zu seiner Bedeutung zu verhelfen, muß der Richter den Gesetzestext als bloßes Textformular *in Arbeit nehmen*. Ohne diese Ar-

⁸⁹ Grundsätzlich zur Transponierung des Widerstreits in den Rechtsstreit *Lyotard*, *Der Widerstreit*, 1987, S. 27 f.

beit bliebe das Gesetz nur ein Stück Papier, bedeckt mit Drucker-schwärze, allenfalls noch bedeckt mit Chiffren.⁹⁰ Der Richter als Rechtsarbeiter legt, anders gesagt, durch die von ihm erzeugte Rechts-norm den Text auf *eine* Bedeutung als die seine fest. Er verleiht, so das ganze Zeichen des Gesetzes in diesen ‘Akt der Bedeutung’ einbe-greifend, zugleich umgekehrt der von ihm erzeugten Norm die Worte des Gesetzes als einen Titel auf Recht.⁹¹

Zu meinen, der Richter stelle bloß interpretativ eine Bedeutung fest, die der Gesetzestext schon irgendwie bei sich ‘hat’, oder gar zu meinen, er erkenne lediglich, was ‘hinter’ den Worten des Gesetzes steckt und zwischen seinen Zeilen ‘verborgen’ ist, heißt nicht nur die Semantik der Rechtserzeugung auf den Kopf zu stellen.⁹² Sondern es heißt vor allem, die Gewalt zu verkennen, die praktisch darin liegt, daß der Rechtsarbeiter durch die Festlegung des Textes auf *eine* Be-deutung bilateral ineins⁹³ den Text auf *einen* Ausdruck verlegt, *einen* Ausdruck von Recht. Jeder Hauch einer versöhnlichen Ontologie der

⁹⁰ Allgemein zum Zusammenhang zur Tätigkeit am Zeichen und der Bedeutsamkeit seiner Materialität *Wittgenstein*, Wittgenstein und der Wiener Kreis, Schriften, Band 3, 1984, S. 105. Im besonderen vgl. auch *Ogorek*, Der Wortlaut des Gesetzes, in: Rechtsanwendung in Theorie und Praxis. Symposium zum 70. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz, 1993, S. 28.

⁹¹ Vgl. *L. Wittgenstein*, Bemerkungen über die Philosophie der Psychologie. Werkausgabe, Band 7, 1984, Bemerkungen über die Philosophie der Psychologie, Band 1, § 116: „Wir verleihen Wörter, wie wir, bereits vorhandene, Titel verleihen.“

⁹² Entsprechend vermerkt dann umgekehrt *Wittgenstein*, Das Blaue Buch, Werk-ausgabe Band 5, 1984, Das Blaue Buch S. 15: „Wenn du zuerst fragst ‘Was ist eine Erklärung der Bedeutung?’, so hat das zwei Vorteile. Du holst die Frage ‘Was ist Bedeutung?’ gewissermaßen auf die Erde herunter.“ Der andere ist die Heilung von der „Versuchung“, „dich nach einem Gegenstand umzusehen, den du ‘Bedeutung’ nennst.“

⁹³ Im Sinn des Saussureschen Blattmetapher. Vgl. *Saussure*, Grundfragen der all-gemeinen Sprachwissenschaft, 2. Aufl., 1967, S. 43. Zum internen Zusammenhang von Ausdruck und Bedeutung auch *Hjelmslev*, Prolegomena zu einer Sprachtheorie, 1974, S. 54, im übrigen mit kritischem Verweis auf *Saussure*. Eingehend zeichen-theoretisch zu einem aktivisch produktiven Zeichenbegriff gegenüber einem passi-visch reproduktiven, repräsentationalistischen *R. Keller*, Zeichentheorie, 1995, S.22 ff.

reinen Bedeutung verflüchtigt sich in der rauhen Luft semantischer Praxis.⁹⁴

Mit dem Zusammenschluß zu *einem* Zeichen des Rechts durch den Text des Richters sind die „anderen“ Semantisierungen des Gesetztextes dem gewonnenen Zeichen verschlossen, zu ihm in Opposition gesetzt. Je nachdem, wie stabil sich die Zeichensetzung erweist, die Interpunktion der Bedeutung dort, wo ansonsten alles ‘im Fluß der Rede’ ist; je nachdem, wie tief der Schnitt an Bedeutung geht, der damit gemacht ist, werden die nunmehr anderen Semantisierungen in den Orkus des Abweichenden, des Widersinnigen gestoßen.⁹⁵ Zumindest werden sie einem Rechtfertigungsdruck ausgesetzt, sich nun überhaupt noch als eine Möglichkeit von Bedeutung behaupten zu müssen.

Diese, allerdings ganz gewöhnliche, „Gewalt der Bedeutung“⁹⁶ bekommt übrigens als erster der Richter selbst zu spüren. Im Prozeß der Verfertigung der Rechtsnorm wird er sich mit jedem Schritt seiner Festlegung der Anfechtungen von Alternativen erwehren müssen. Er muß sich gegen sie als Antizipationen von Kritik und Revision, als Ein- und Widerrede verwahren und sich ihnen praktisch verschließen, um seine semantischen Festlegungen mit der nötigen Entschiedenheit treffen zu können. Um sich zu seinem Text der Rechtsnorm durchzurängen, muß der Richter prinzipiell sein ganzes professionelles Können und das volle Bewußtsein seines Standes aufbieten, auch wenn sich dieser Vorgang realiter nicht selten im Durchblättern des Kommentars erschöpft.

⁹⁴ Siehe auch die Aufforderung bei *L. Wittgenstein*, *Tractatus logico-philosophicus*, Werkausgabe, Band 1, Philosophische Untersuchungen, 1984, § 107: „Zurück auf den rauhen Boden!“

⁹⁵ Zur Gewalt dieses Ausschlusses der Vielfalt durch den Einschluß in eine Einfalt auch *Schlag*, *Normativity and the Politics of Form*, in: *University of Pennsylvania Law Review*, 139, 1991, S. 801 ff.

⁹⁶ Dazu *Christensen*, *Die Bedeutung von Gewalt und die Gewalt von Bedeutung*, Vortragsmanuskript, 1995.

In diesem Vorgang der ‚allmählichen Verfertigung‘ einer Rechtsnorm aus dem Gesetz nur das hermeneutische Hin- und Herwenden des Textes zu sehen, das sich zur friedlichen Einkehr in eine, wenn auch temporäre, Wahrheit seines Sinns aufschaukelt, hieße ihn allerdings ungemein zu romantisieren. Die Unruhe, die diesen Arbeitsprozeß der ‚Konkretisierung‘⁹⁷ kennzeichnet, gleicht eher dem Zittern der Gewalt vor dem Gegenschlag, den sie mit jedem Akt der von ihr praktizierten Negativität⁹⁷ unweigerlich provoziert.

Mit seinem Gewaltstreich schöpft der Richter Bedeutung aus dem bloßen Wort des Gesetzes. Er versetzt⁹⁸ damit das zumindest für den zur Entscheidung anstehenden Fall zunächst einmal gleich gültige, nichts sagende und derart ‚stumme‘ Zeichen des Gesetzes in das volltönend ausdrucksvolle, für den Fall bedeutsame Zeichen seines Textes einer Rechtsnorm. Alles in allem erschafft er damit für den Fall jeweils das Gesetz im Sinn eines Gehalts an Recht. Wenn also der Richter das Wort ergreift, dann leiht er eben nicht diese Stimme dem Gesetz. Der Richter spricht, buchstabiert das Gesetz nicht aus. Er spricht *sich zum* Gesetz aus. Er spricht aus, was für ihn der Gesetzestext normativ besagt, wie er ihm für seine Entscheidung des Falls zusagt. Damit bringt der Richter nicht etwa nur den Gesetzestext durch eine Auslegung zum Sprechen. Er erarbeitet *sich*, er *macht* das Gesetz. Er macht es durch sein Erarbeiten zu einem Schriftstück von Bedeutung. Kurzum, der Richter ist nicht Mund des Gesetzes. Er ist selbst Gesetzgeber, mit aller darin liegenden Gewalt.

Die realistische Einschätzung der sprachlichen Bedingungen macht in dem Aufschub zwischen Geltung und Bedeutung des Norm-

⁹⁷ Zur ‚Gewalt der Bedeutung‘ als ‚praktizierte [...] Negativität‘ Christensen, Die Bedeutung von Gewalt und die Gewalt von Bedeutung, Vortragsmanuskrt., 1995, S. 24.

⁹⁸ Dazu Derridas Begriff der *Iteration* als Wiederholung und Verschiebung des Zeichens zugleich. Vgl. Derrida, Signatur, Ereignis, Kontext, in: *ders.*, Randgänge der Philosophie, 1976. Im engeren Zusammenhang im Anschluß daran Christensen, Was heißt Gesetzesbindung?, 1989, S. 142 und öfter.

textes den Eintrittspunkt der richterlichen Gewalt in die semantische Praxis sichtbar. Dem Richter stellt überhaupt nicht das Problem, den Gesetzestext zu verstehen. Nicht einmal das, ihn zu interpretieren, so sehr er sich dem auch erst einmal für sich widmen mag, um sich seinen Reim auf den ihm vorgelegten Fall zu machen. Wenn es darauf kommt, dem dann auch das Recht zu machen und den Parteien mit dem Urteil zu geben, hat alle Interpretation ihre Ruh und es kommt für den Richter nurmehr darauf an, daß er sein Verständnis des Gesetzestextes nach allen Regeln des Geschäfts und juristischer Kunst mit einiger Plausibilität als dessen für den Fall einzig ausschlaggebende und allein wahre Bedeutung behaupten kann. Das Problem des Richters ist das der Entscheidung über die Bedeutung des Gesetzes als Recht im Fall.

Um zu einer solchen Entscheidung überhaupt kommen zu können, müssen Mechanismen geschaffen werden, die in dem von Foucault beschriebenen Sinn eine Ordnung des Diskurses garantieren; Strukturen also, die Verstehen nicht vermehren, sondern verknappen. Von den verschiedenen möglichen Arten das fragliche Textstück zu lesen, ist dann nur eine legitim. Dafür vermag allerdings keine sprachliche Ordnung aus eigenen Stücken einzustehen. Und keinerlei Ordnung der Sprache vermag aus eigener Kraft oder gar „Natur“ einen Halt und Anhalt dafür liefern, mit einer solchen Entscheidung über die Bedeutung des Gesetzestextes dem „Gewimmel der Kommentare“⁹⁹ als seine Semantisierungen ohne eigenes Zutun entkommen zu können. Das lehrt eben der Sturz des Positivismus in sein Gegenteil des als Ausweg ebenso törichten Versuchs zur Entscheidung aus dem „normativen Nichts“ als selbst ausweglose Alternative.

⁹⁹ Vgl. Foucault, Die Ordnung des Diskurses, 1974, S.18

2.3 Die Praxis des Rechts als „Kampf um die Sprache“

Der juristischen Suche nach einer sprachlichen Ordnung, in die sich der Richter für seine Entscheidung einfinden und leiten lassen könnte, läßt sich nun aber nicht entgegenhalten, daß es eine solche Ordnung überhaupt nicht gebe. Es gibt sie sehr wohl. Es gibt sie indes immer nur insofern, sofern sie von jemandem mit aller Macht darüber gegeben wird.

Die Frage nach der Ordnung der Sprache ist eine nach den Anordnungen von Maßgaben und Regeln „legitimen Sprechens“¹⁰⁰ wiederum mit dessen Mitteln. Im Normalfall gelingender Kommunikation mögen die Sprachregeln blind befolgt werden und nicht selbst Gegenstand der Kommunikation sein, die so von „unsichtbarer Hand“¹⁰¹ geleitet ihren Lauf nimmt. Wenn es allerdings zum „Streit um Worte“, wie er etwa als ein Streit um die Formulierung eines Vertrags oder die Bedeutung eines gesetzlichen Ausdrucks das „Lebenselement der Argumente“¹⁰², Debatten und Auseinandersetzungen vor Gericht ist, und als der sich im allgemeinen die Frage der Sprache als Orientierung und Halt überhaupt erst stellt, dann wird die Hand sehr wohl „sichtbar“ die Sprache immer wieder erst aus dem Sprechen schafft und sie mehr noch als eine „starke“ auch in ihrer Autorität als dessen Maß und Regel durchzusetzen hat.

Sprache selbst ist Praxis, ist Kampf. Und wenn man sich anschickt danach zu fragen, wie es zur Sprache kommt dort, wo sie wie im Recht ausdrücklich für eine Entscheidung über ihre Bedeutung in

¹⁰⁰ Ausführlich dazu *Bourdieu*, Was heißt Sprechen? Die Ökonomie des sprachlichen Tauschs, 1990.

¹⁰¹ Zur Sprache als „Phänomen dritter Art“ für das „der adäquate Erklärungsmodus“ „die invisible-hand-Erklärung“ ist“ *R. Keller*; Bemerkungen zur Theorie des sprachlichen Wandels, in: ZGL 1984 S. 63 ff, 66. Ausführlich auch *ders.*, Sprachwandel, 2. Aufl., 1994, S. 87 ff.

¹⁰² Im Sinne von *Wittgenstein*, Über Gewißheit, Werkausgabe, Band 8, 1984, Über Gewißheit, 1979, § 105.

Arbeit zu nehmen ist, dann ist allerdings auch über Jherings Vorstellung wenigstens von der Sprache noch als einer Sphäre hinauszugehen, in der „die still wirkende Kraft der Wahrheit (...) ohne gewaltsame Anstrengung langsam aber sicher sich Bahn bricht, die Macht der Überzeugung, der sich allmählig die Gemüther erschließen, und der sie durch ihr Handeln Ausdruck geben“.¹⁰³

Sprechen und Sprache sind nicht das schmerzfreie Gebiet freier Einsicht.¹⁰⁴ Vor allem ist Sprache nicht rein kognitiv.¹⁰⁵ Sprache ist auch nicht das lautere Reich des Friedens und des Verständnisses, als das sie Juristen gern sehen und hinstellen. Die alltägliche Erfahrung, daß man nicht schlägt, solange man redet, mag Jhering zwar vordergründig recht geben. Indes weiß der Alltag ebensogut um die Gewalt, die damit einhergehen kann, daß Sprechen prinzipiell Handeln und Sprache immer Praxis ist. Er weiß um das verletzende Wort, das zur Waffe gerät¹⁰⁶, mit der bei der Hand es auch schon mal auf einen Rufmord nicht ankommt; vom Totschweigen als allzu beredter Form des 'geistigen' Totschlags¹⁰⁷ ganz abgesehen. Um den zu bewerkstelligen, kennt der Alltag das Rededuell und das Wortgefecht und nicht zuletzt den verbalen Schlagabtausch, in dem es meist darauf ankommt, einander mundtot zu machen. Dem Alltag ist das in diesem Sinn *schlagende* Argument durchaus geläufig¹⁰⁸.

¹⁰³ Vgl. *Jhering*, Der Kampf ums Recht, 1992, S. 12. Im Rahmen seiner Auseinandersetzung mit dem „semantischen Kampf“ vor Gericht *Seibert*, Zeichen, Prozesse, 1996, S. 62 dazu: „Man würde den Unterschied zwischen Sprach- und Rechtsveränderungen hundert Jahre nach Jherings Festvortrag bei der Wiener juristischen Gesellschaft anders ausdrücken.“

¹⁰⁴ *Barthes*, Leçon / Lektion, 1980, S. 19 u. 21.

¹⁰⁵ Gegen dieses im übrigen auch in der Linguistik verbreitete Vorurteil *Hermanns*, Kognition, Emotion, Intention, in: Jahrbuch 1993 des Instituts für deutsche Sprache, 1994.

¹⁰⁶ Eine umfangreiche, linguistisch aufgearbeitete Sammlung der in der Sprache so 'aufgehobenen' Gewalt bei *Kiener*, Das Wort als Waffe, 1983.

¹⁰⁷ Dazu *F. Müller*, Essais zur Theorie von Recht und Verfassung, 1990, S. 198 f.

¹⁰⁸ Zu der den praktischen Sinn des Argumentierens stiftenden Metaphorik des *argument is war* *Lakoff/Johnson*, Metaphors we live by, 1980, S. 4 ff.

Sprache trägt alle Spuren gewaltsamer Auseinandersetzung an sich und übt sich selbst in der Gewalt ihrer Autorität. Als lebendige Rede ist Sprache von unseren Handlungszielen, Strategien, und Taktiken im Ringen um den „sozialen Erfolg“¹⁰⁹ gezeichnet. Und wenn die lebendige Rede Sprache von mächtigen Institutionen zu einem allein sinnmachenden System eingefroren und dem einzelnen durch Erziehung und Korrektur auferlegt wird, dann tritt sie als vorgeschriebenes, auferlegtes, verfügbares System auf, ganz entgegen der Saussureschen „Illusion des Sprachkommunismus“ einer Gemeinschaft der allesamt frei und gleich über sie Verfügenden.¹¹⁰ Sie ist als ein solches System immer schon von massiver sozialer Gewalt durchwirkt. Die Äußerungen Wittgensteins über die Dressur, die „Abrichtung“ zur Sprache sind einschlägig und werden ihm von zarter besaiteten Interpreten als Zynismus angekreidet.¹¹¹ Die Formulierungen von Barthes gehen sogar noch erheblich weiter.¹¹²

Sprache ist also alles andere als von jener Unschuld, die ihr Juristen gerne nachsagen, um die Unschuld der eigenen Wortgewalt zu beteuern. Die Sprache des Rechts, in die Recht verfaßt und durch die Recht verordnet wird, ist im Gegenteil zusätzlich verhärtet, durch komplexen Gruppendruck und fast allgegenwärtige Staatsgewalt überformt. Gerade die Sprache des Rechts ist kein Hort purer, 'unbefleckter' Erkenntnis, schon gar nicht der reinen Erkenntnis des Rechts aus

¹⁰⁹ Dazu R. Keller, Sprachwandel. Von der unsichtbaren Hand in der Sprache, Tübingen 1990, S. 118 f., 138 f. Weiter auch B. Strecker, Erfolgsorientiertes Kommunizieren, in: Heringer/ Öhlschläger/ Strecker/ Wimmer, Einführung in die praktische Semantik, 1977, 182 ff.

¹¹⁰ Zu dieser Illusion als einer bezeichnenderweise zunächst positivistischen bei Comte siehe Bourdieu, Was heißt Sprechen? Die Ökonomie des sprachlichen Tauschs, 1990, S. 18 f.

¹¹¹ Vgl. z.B. Wittgenstein, Tractatus logico-philosophicus, Werkausgabe, Band 1, Philosophische Untersuchungen, 1984, §§ 5 u. 6. Gegen eine solche Kritik, die glaubt, „Wittgenstein rede damit einer zynischen Erziehungsmethode das Wort“, J. Schulte, Wittgenstein. Eine Einführung, 1989, S. 143 ff.

¹¹² Siehe z.B. das Wort vom „Faschismus der Sprache“ bei Barthes, Leçon / Lektion, 1980, S. 19.

dem Gesetz. Sie ist kein Refugium, das dem Widerstreit¹¹³, dem „brutalen“¹¹⁴ semantischen Kampf um die Sprache entzogen wäre. Wie alle Sprache verdankt sich auch die des Rechts immer wieder dem Kampf darum, was in ihr Bestand haben und von Bedeutung sein kann. Gerade für die Sprache des Rechts ist Wittgensteins Hinweis in all seiner Doppelbödigkeit zu lesen, daß ‘wir mit der Sprache kämpfen’, daß ‘wir im Kampf mit der Sprache stehen’.¹¹⁵

Vor Gericht sind die Interpretationen des Gesetzestextes Strategie. Sie sind strategisches Handeln, abgestellt auf die Durchsetzung der jeweiligen Rechtsversion als „Sprache“ des Gesetzes. Es geht für die Parteien darum, sich im semantischen Kampf um die Sprache in dieser den Raum zu schaffen, den die jeweilige Rechtsversion als einzig legitimes Sprechen im Fall in aller Form für sich einnehmen soll.¹¹⁶ Und für den Richter stellt sich die Aufgabe, eine Regel zu formulieren, die diesen Streit um die Sprache in ihr entscheidet. Nun zeigt aber die linguistische Diskussion¹¹⁷, daß keine Regelformulierung in die bloße Erkenntnis des vorhandenen Systems der Sprachregeln aufge-

¹¹³ Im Sinne von *Lyotard*, *Der Widerstreit*, 1987.

¹¹⁴ „Le combat est aussi brutal que la bataille d’hommes, mais la vision de la justice est le plaisir de Dieu seul.“ *Rimbaud*, *Une saison en enfer*, in: *ders.*, *Œuvres Complètes*, 1963, S. 219 ff, 244. Dazu hier *F. Müller*, *Essais zur Theorie von Recht und Verfassung*, 1990, S. 198. Vgl. auch das Gespräch über Strukturierende Rechtslehre und praktische Semantik, in: *ders. (Hg.)*, *Untersuchungen zur Rechtslinguistik*, 1989, S. 205 f. Vgl. auch *Jeand’Heur*, *Gemeinsame Probleme der Sprach- und Rechtswissenschaft*, in: *F. Müller (Hg.)*, *Untersuchungen zur Rechtslinguistik*, 1989, S. 25. Zur Brutalität des semantischen Kampfes vermerkt *A. Strauss*, *Spiegel und Masken*, 1974, S. 25: „Kampf um terminologische Präzision ist nicht nur Streit um Worte, denn Worte sind Handlungsmandate, und manchmal ist eine klassifikatorische Entscheidung eine Sache von Leben und Tod. Zumindest sind die menschlichen Interessen tief darin verstrickt.“

¹¹⁵ *Wittgenstein*, *Über Gewißheit*, Werkausgabe, Band 8, 1984, *Vermischte Bemerkungen*, S. 30.

¹¹⁶ Dazu *Bourdieu*, *Was heißt Sprechen?*, 1990, S. 16: „Das rechte, das formal richtige Sprechen erhebt von daher - mit durchaus nennenswerten Aussichten auf Erfolg - den Anspruch, Recht zu sprechen, das heißt zu sagen, was sein soll.“ Vgl. weiter auch *ebenda*, S. 18 ff.

¹¹⁷ Vgl. dazu *R. Keller*, *Zur Epistemologie der Semantik*, in: *L. Jäger (Hg.)*, *Erkenntnistheoretische Grundfragen der Linguistik*, 1979, S. 22 ff, insbes. S. 34 ff.

löst werden kann. Weil das System der Sprachregeln kein geschlossenes System in der Weise ist, daß es unvorhersehbare Transformationen seiner Regeln ausschließen könnte, enthält jede Regelformulierung die strukturelle Möglichkeit einer solchen Transformation. Eine Regelformulierung ist deswegen kein bloßer Erkenntnisakt als Übergang vom Zeichen zur vorgegebenen und feststehenden Bedeutung; sondern ein Gestaltungsakt, der eine Zeichenkette durch eine andere ersetzt. Wenn diese Sprachgestaltung, wie im Fall praktischer Rechtsarbeit, mit einem Verbindlichkeitsanspruch gekoppelt ist, handelt es sich um eine Sprachnormierung.¹¹⁸

Genau darauf als dem Objekt ihres Begehrens nach einer Regelung ihres Konflikt werfen die Parteien ihr Auge. Und sie sind bestrebt in der Darlegung des Konflikts diesen so zu modellieren, daß er sich für eine Regelung anbietet, die ganz in ihrem jeweiligen ureigenen Interesse liegt. Für den Rechtsfall nutzen die Prozeßbeteiligten für sich aus, was in gesellschaftlichen Kommunikationsvorgängen und Debatten ohnehin üblich ist. Dort werden ständig mittels Sprache „Wirklichkeitsmodelle“ aufgebaut, formiert und stabilisiert, aber auch verändert, demontiert und verworfen.¹¹⁹ In solchen Versionen werden ganze Welten „erzeugt“¹²⁰ und bieten sich in dem Sinn, auf den sie festgelegt werden, dem tätigen Zugriff dar.

¹¹⁸ Vgl. zum Begriff der Sprachnorm *Wimmer*, Sprachliche Normen, in: *H.-J. Herringer u.a.*, Einführung in die praktische Semantik, 1974, S. 40 ff. „Normen sind Regeln, die vorgeschrieben werden. Sie haben - vorschreibenden Charakter (...), - eine Tendenz zur Ausweitung ihres Geltungsbereichs, - und sie zielen auf die Herstellung von Übereinstimmungen zwischen verschiedenen Regeln ab.“ S. 45. Vgl. zu einem engeren, an der textstrukturalistischen Sicht orientierten Begriff der Sprachnorm *Coseriu*, Norm und Rede, in: *ders.*, Sprachtheorie und allgemeine Sprachwissenschaft, 1975, S. 11 ff.

¹¹⁹ Vgl. *S. J. Schmidt*, Sprache und Politik, in: *Rucktäschel (Hg.)*, Sprache und Gesellschaft, 1972, S. 86. Grundsätzlich auch *ders.*, Das kommunikative Handlungsspiel als Kategorie der Wirklichkeitskonstitution, in: *Schweisthal (Hg.)*, Grammatik Kybernetik Kommunikation, 1971, S. 215 ff.

¹²⁰ Vgl. grundsätzlich *Goodman*, Weisen der Welterzeugung, 1993. Zum Zusammenhang „der Art von Aussagen“, die wir machen können mit den „Möglichkeiten der Erscheinungen“ auch *Wittgenstein*, Tractatus logico-philosophicus, Werkausgabe, Band 1, Philosophische Untersuchungen, 1984, § 90.

Allen Prozeßbeteiligten, und zwar den Parteien wie dem Richter, geht es mit ihren Figurierungen des Konflikts im Widerspiel der Fallersählungen¹²¹ darum, den Konflikt als eine Sachlage zu fassen, welche den Bezug des Normtextes auf sich zu ziehen, oder aber auch sich diesem zu sperren vermag. Es geht ihnen darum, den Gesetzestext in seinen Referenzen auf den Konflikt zu verlegen und zu fixieren¹²², so daß der Streit einen ‚Angriffspunkt‘¹²³ für einen Umgang mit ihm im jeweils abweichenden Interesse an Recht bietet.

Der Kampf um Benennungen, Klassifikationen und Kategorisierungen¹²⁴, den die Prozeßbeteiligten austragen, ist nicht bloß der ‚Streit um Worte‘,¹²⁵ als den er sich zunächst einmal darbietet. Es geht ihnen um nicht weniger als darum, sich der Sprache als Reservoir und Medium von Signifikanz strategisch zu bemächtigen; und darum, sich so der ‚Sprache als einem ausgezeichneten Verfahren der Konstitution von Bedeutung‘ und Bedeutsamkeit zu versichern.¹²⁶ Im besonderen bemühen sie sich, sich die juristische Nomenklatur anzueignen, und zwar wegen der in der juristischen Sprechweise liegenden symbolischen Macht zur Erzeugung von ‚Welten an Recht‘.¹²⁷ Und es geht ih-

¹²¹ Zum Begriff *F. Müller*, *Juristische Methodik*, 6. Aufl., 1995, S. 30 f u. 267.

¹²² Zur ‚Theorie der Referenzfixierung‘ *Wimmer*, *Referenzsemantik*, 1979, S. 109 ff; im engeren rechtslinguistischen Sinn *Jeand’Heur*, *Sprachliches Referenzverhalten bei der juristischen Entscheidungstätigkeit*, 1989, S. 121 ff.

¹²³ Im Sinn von *Wittgenstein*, *Wittgenstein und der Wiener Kreis*, Werkausgabe, Band 3, 1984, S. 168 f.

¹²⁴ Allgemein dazu *A. Strauss*, *Spiegel und Masken*, 1974, S. 24 ff; *Bourdieu*, *Sozialer Raum und „Klassen“*, in: *ders.*, *Sozialer Raum und „Klassen“*. *Leçon sur la leçon*, 1985, S. 35. Zu entsprechenden ‚Typen des Kampfes um Wörter‘ im öffentlichen Sprachgebrauch auch *J. Klein*, *Wortschatz, Wortkampf, Wortfelder in der Politik*, in: *ders. (Hg.)*, *Politische Semantik*, 1989, S. 3 ff.

¹²⁵ Vgl. *A. Strauss*, *Spiegel und Masken*, 1974, S. 25. Weiter auch *Lübbe*, *Der Streit um Worte*, in: *Heringer (Hg.)*, *Holzfeuer im hölzernen Ofen*, 1982, S. 48 ff.

¹²⁶ *S. J. Schmidt*, *Sprache und Politik*, in: *Rucktäschel (Hg.)*, *Sprache und Gesellschaft*, 1972, S. 81.

¹²⁷ Allgemein dazu *Bourdieu*, *Sozialer Raum und symbolische Macht*, in: *ders.*, *Rede und Antwort*, 1987, S. 151 mit Verweis auf *Goodman*, *Weisen der Welterzeugung*, 1993.

nen darum, sich dabei die Wortführerschaft im Verfahren zu sichern.¹²⁸ Mit den „terminologischen Prämien“¹²⁹, die die Beteiligten dabei erringen, steht nicht weniger auf dem Spiel als der Bestand, den ihre Sache vor Gericht hat und als der Stand, den sie als Person im Prozeß haben

Das Element des Kampfes liegt dabei darin, daß sich nicht nur die zur Formulierung des jeweiligen Interesses ins Spiel gebrachten Gebrauchsweisen sprachlicher Ausdrücke wechselseitig ausschließen. Vielmehr ist die Auseinandersetzung darum von einer prinzipiellen Unversöhnlichkeit gekennzeichnet. Und wenn denn am Rechtsbegriff als einem „Kraftbegriff“¹³⁰ etwas „logisches“ sein soll so ist es die ‘Logik des Kampfes’¹³¹, die den Ausgleich der Interessen an der Bedeutung des jeweiligen Ausdrucks durch die Einigung auf ein Drittes, ein sprachliches Äquivalent des Interessenausgleichs, ausschließt.

Damit wird deutlich, daß es ebensowenig wie dem Richter bei der Erzeugung einer Norm auch den Parteien nicht um einen hermeneutischen oder linguistischen Disput geht, nicht darum, Aufschluß über den Sinn des Gesetzestextes zu gewinnen oder lexikologische Überlegungen zur Erkenntnis der Bedeutung seiner Wörter anzustellen. Es geht ihnen nicht um ein *richtiges Verständnis* des Gesetzes. Im allgemeinen handelt es sich bei semantischen Kämpfen überhaupt nicht um simple Querelen um die ‘eigentliche’ oder auch die übliche Bedeutung eines Wortes, die sich prinzipiell mit dem Griff zum Wörterbuch beilegen ließen.¹³² Semantische Kämpfe werden nicht darüber

¹²⁸ Zum Begriff des „Wortführers“ Bourdieu, Delegation und politischer Fetischismus, in: *ders.*, Rede und Antwort, 1987, S. 183.

¹²⁹ A. Strauss, Spiegel und Masken, 1974, S. 25.

¹³⁰ Jhering, Kampf ums Recht, 1992, S. 9.

¹³¹ Vgl. Serres, Der Parasit, 1981, S. 338 f zur derart treibenden Logik: „Die Logik des Kampfes ist die des ausgeschlossenen Dritten.“

¹³² Dies soll nur noch einmal als Hinweis auf die schon oben erwähnte Übung juristischer Bedeutungsermittlung. Ansonsten Christensen, Was heißt Gesetzesbindung?, 1989, S. 77 ff. Sprachwissenschaftlich zum Problem der „Kodifizierung von Gebrauchsweisen in Wörterbüchern“ Wimmer, Gebrauchsweisen sprachlicher Ausdrücke, in: Heringer / Öhlschläger / Strecker / Wimmer, Einführung in die prakti-

geführt, welche Bedeutung ein Ausdruck *hat*¹³³, sondern darum, welche Bedeutung einem Ausdruck nach dem Willen der Kontrahenten zukommen *'soll'*. Sprachnormierung eben statt Auslegung und Interpretation.

Entsprechend geht es den Prozeßgegnern vor Gericht nicht um ein richtiges Verständnis des Gesetzestextes; sondern darum, von all den möglichen Gebrauchsweisen der sprachlichen Ausdrücke jeweils die in ihrem Interesse liegende zu *der* maßgeblichen zu machen, sie so als „die Bedeutung“ des betreffenden Ausdrucks durchzusetzen. Es geht ihnen also nicht einmal um die Sprache; sondern um das Recht auf Sprache, auf eine Sprache, die sie sich mit den Worten des Gesetzestextes samt dem das Gesetz umgebenden Feld eines juristischen Idioms zurechtlegen. Damit ist auch der Weg von der Geltung des Gesetzestextes zu seiner Bedeutung als Recht in dem als Fall vor Gericht zu entscheidenden Konflikts bezeichnet. Es ist der Weg des semantischen Kampfs darum, in dem der Sieg über alle Rede des anderen genau diese Bedeutung als Gewinn verspricht.

2.4 Von der Geltung zur Bedeutung

Imgrunde genommen ist damit die Bedeutung des Gesetzestextes auch gar nicht der ‘Gegenstand’ der Auseinandersetzung vor Gericht. Sie ist es allenfalls in dem Sinn, in dem etwa die Ressourcen eines feindlichen Landes ‘Gegenstand’ eines darum geführten Krieges sind. Indem den Kontrahenten das Gesetz Mittel wird und auch werden muß, ihr Interesse durchzusetzen, markiert für den Kampf vor Gericht die Bedeutung seiner Formulierungen und Ausdrücke eher den Einsatz im

sche Semantik, 1977, S. 34 ff.

¹³³ Auch hier soll nur eine gängige Redeweise angesprochen sein und nicht das bedeutungstheoretische Problem aufgeworfen werden. Eine Analyse von *Bedeutung haben* gibt Lutzeyer, Linguistische Semantik, 1985, S. 12 ff. Zur grundsätzlichen Kritik Wittgenstein, Das Blaue Buch, Werkausgabe, Band 5, 1984, Das Blaue Buch, S. 52

Sinne Lyotards: „Der mit einer Diskursart verbundene Einsatz vermöchte die Verkettungen zwischen den Sätzen bestimmen. Er bestimmt sie aber nur so, wie der Zweck Mittel bestimmen kann: Durch Ausschluß derer, die nicht angebracht sind.“¹³⁴

Für die Beteiligten am Prozeß der Rechtserzeugung anhand des Gesetzes einschließlich den entscheidenden Richter ist der vor Gericht zu verhandelnde Konflikt in die Sprache gezwungen. Der Konflikt nimmt nicht seinen auch in Hinblick auf das Mittel brachial instrumenteller Gewalt freien Lauf. Vielmehr ist unter dem Signum der Rechtsförmigkeit jedes auf den Konflikt bezügliche Anliegen in Worte zu fassen. Das Gelingen dieser Passage vom ungehemmten ‚Krieg der Bürger‘ gegeneinander in die Semantik von Recht hängt davon ab, über diese Worte dann auch im jeweiligen Interesse verfügen zu können. Deren Bedeutung wird so Anlaß und ‚Zündstoff‘ für den nun eben sprachlich auszutragenden Kampf. Es geht um nicht weniger als darum, den eigenen Einlassungen und „Sätzen“ zur Sache jene unbedingte Geltung und Berechtigung zu verschaffen, die die des anderen in seinem Interesse als ausschlaggebend und überhaupt nur beachtlich ausschließt.

Damit steht Bedeutung zugleich auch für den ‚Preis‘, der in die „Wagschale“¹³⁵ geworfen und riskiert wird. In dem Maß, in dem es den Prozeßbeteiligten gelingt, sich mit ihren Bedeutungsgebungen für den Gesetzestext durchzusetzen, verfügen sie zugleich darüber, was als Einlassung in der Sache zählt. Der semantische Kampf vor Gericht zielt auf die Entscheidung von Recht durch Entscheiden *über* die Bedeutung des Gesetzestexts. Alles in allem handelt es sich weder um bloße Wortklauberei noch um sprachliche Rechthaberei¹³⁶; eben nicht

¹³⁴ Lyotard, *Der Widerstreit*, 1987, S. 149.

¹³⁵ *Ihering*, *Der Kampf ums Recht*, 1992, S. 9.

¹³⁶ *Stötzel*, *Semantische Kämpfe im öffentlichen Sprachgebrauch*, in: *IdS-Jahrbuch* 1989, 1990, S. 45 macht darauf aufmerksam, daß solche Dispute in der Öffentlichkeit häufig so empfunden werden: „Mit semantischen Kämpfen hat die sog. Öff-

um das „Wortgezänke“, gegen das sich Jhering für seine Anerkennung des Kampfes als „Arbeit des Rechts“ verwahrt.¹³⁷ Und zwar deshalb, weil diese Kämpfe allen Ernstes geführt werden und nicht als ein „Streit um ein Nichts“¹³⁸ und so auch nicht nur als rhetorische Scheingefechte.¹³⁹ Der Kampf geht darum, die Gebrauchsweisen der relevanten Normtextausdrücke im eigenen Sinn durchzusetzen; er ist „Mittel und Weg“, in dem zur Lösung anstehenden Fall zum Recht zu kommen.

Semantische Kämpfe vor Gericht werden durch die mit der Versprachlichung des Konflikts erzeugte Unvereinbarkeit im Sprachgebrauch von den Parteien provoziert. Mit dem Antagonismus der Bedeutungen erklären diese einander vor dem Forum des Gerichts jenen ‘semantischen Krieg’, den ihnen der Übergang des Streits in das juristische Spiel um das Recht erlaubt. Entsprechend geht es ihnen auch nicht darum, bloß einen semantischen Streit zu schlichten, indem sie zu einer gemeinsamen Sprache finden. Es handelt sich nicht um einen *Wettstreit* um die ‘Sache’ der Bedeutung. Wenigstens solange nicht, als sich der semantische Kampf frei entfaltet und nicht etwa durch ihn konterkarierende Vergleichsangebote unterlaufen wird.

Es geht den Kontrahenten darum, den im Streit um die Worte des Gesetzestextes angezettelten ‘Bürgerkrieg der Sprache’¹⁴⁰ mit sich fentlichkeit ihre Schwierigkeiten. Manche Zeitgenossinnen und -genossen nennen es freiweg dekadent, daß sich Leute allen Ernstes darüber streiten, mit welchem Wort irgendwas oder irgendwer zu bezeichnen sei, oder auch darüber, was eigentlich ein Wort bedeutet. Warum nur - so fragen sie - streitet man sich nur um Worte (oder Wörter) statt gleich über die Sachen zu reden, statt ‘zur Sache zu kommen’.“ Zu diesem Vorurteil schon bei *Aristoteles* siehe *Lübbe*, *Der Streit um Worte*, in: *Heringer (Hg.)*, *Holzfeuer im hölzernen Ofen*, 1982, S. 48. Es ist sicher aufgrund der Hermetik des juristischen Idioms und damit verbunden aufgrund der Undurchsichtigkeit des praktischen Sinns juristischer Wortkämpfe für den Bereich des Rechts noch eher verbreitet. Wie berechtigt es ist, sei hier dahingestellt.

¹³⁷ *Jhering*, *Der Kampf ums Recht*, 1992, S. 100.

¹³⁸ *Ebd.*, S. 100.

¹³⁹ So wie etwa häufig in Wahlkämpfen, dazu *Gruner*, *Inszenierte Polarisierung*, 1990.

¹⁴⁰ Vgl. *Lyotard*, *Der Widerstreit*, 1987, S. 236.

selbst für sich zu entscheiden; und auch die Taktiken von Entlastungsverhandlungen, wie sie in Prozeßabsprachen in den Kanzleien und bei Vereinbarungen auf den Fluren des Gerichts durchaus üblich sind, bleiben noch diesem strategischen Ziel unterworfen. Solange er ausgetragen wird, geht es im semantischen Kampf darum, den Sprachgebrauch des Gegners aus dem Feld der berechtigten Redeführung zu schlagen.

Wenn es denn also ein hermeneutisches Moment juristischer Textarbeit geben sollte, so ist es ein negatives: eines, das die Negativität der Praxis von Gewalt, überführt in Sprache, semantisch in sich aufhebt. Der Kampf um die Bedeutung des Gesetzes geht darauf aus, mittels negativer Semantisierung durch den Ausschluß des Sprachgebrauchs des Gegners den eigenen ins alleinige Recht zu setzen. Die Sprechweise des Gegners soll in ihrer Bedeutung *diskreditiert* und als „unsinnig“¹⁴¹, als sprachlich ausgeschlossen *delegitimiert* werden. Ziel ist es, mit der eigenen Sinngebung sich auf dem Feld der ‘Artikulation’¹⁴² in Sachen Recht zu behaupten. Semantische Kämpfe „dienen funktional der Rechtsgewinnung im System sprachlicher Selbstverständlichkeiten“.¹⁴³ Selbstverständlichkeiten, die sich in den Standards

¹⁴¹ Zum Begriff des Unsinnigen hier *Wittgenstein*, Philosophische Grammatik, Werkausgabe, Band 4, 1984, § 137: „Zu sagen, ‘diese Wortverbindung hat keinen Sinn’, schließt sie aus dem Bereich der Sprache aus und umgrenzt dadurch das Gebiet der Sprache.“

¹⁴² Zum Begriff der „Artikulation“ vgl. *Laclau*, Politik und Ideologie im Marxismus, 1981, S. 207: „Der typische Fall der Artikulation ist das *Zeichen*, in welchem die Beziehung zwischen Signifikant und Signifikat völlig arbiträr (...) ist. Jede Artikulation ist deshalb eine *Sinnbeziehung*.“ Siehe auch *Ch. Taylor*, Bedeutungstheorien, in: *ders.*, Negative Freiheit?, 1988, S.74: „Es sind somit drei Dinge, die durch die Sprache zuwege gebracht werden: die Erzeugung von Artikulationen und damit das Hervorbringen expliziten Bewußtseins; das Hineinstellen der Dinge in den öffentlichen Raum und auf diese Weise die Konstitution eines solchen öffentlichen Raums; das Treffen von Unterscheidungen, die grundlegend für die menschlichen Anliegen sind und uns daher für diese Anliegen öffnen. Dies sind Funktionen, für die die Sprache unentbehrlich scheint.“

¹⁴³ *Frese*, Politisches Sprechen, in: *Rucktäschel (Hg.)*, Sprache und Gesellschaft, 1972, S. 105 allgemein zum „politischen Handeln“.

des juristischen Idioms und in den Gepflogenheiten der juridischen Sprechweise am Leben halten.

Der semantische Kampf hat also zum Ziel, auf dem Weg der Durchsetzung der eigenen Bedeutungsvariante für den Gesetzestext auch die ganze Wahrheit des entsprechenden Bezugsrahmens, des mit dem fraglichen Gesetz formulierten und durch seinen Erlaß in Geltung gesetzten sachgesprägten Ordnungsmodells¹⁴⁴ für sich einnehmen zu können. Ist dem semantischen Kampf der Erfolg beschieden, eine bestimmte Ausdrucksverwendung als einzig berechtigte durchzusetzen, so ist auch die damit vorgebrachte, ehemals partikular parteiliche, Rechtsversion zur wahren erhoben. Sie zurückzuweisen fehlen im wahrsten Sinne die Worte; es sei denn, der Kampf um die Sprache wird in einem weiteren Verfahren erneut aufgenommen. Dank der Sprachgewalt kann sich so die Gewalt als Sprache vergessen machen. Damit ist Rechtserzeugung in der juristischen Textarbeit von allen Zügen symbolischer Gewalt gezeichnet. Symbolische Gewalt ist eben genau jene „Macht“, „der es gelingt, Bedeutungen durchzusetzen und sie als legitim durchzusetzen, indem sie die Kräfteverhältnisse verschleiert, die ihrer Kraft zugrunde liegen“; und die damit „diesen Kräfteverhältnissen ihre eigene, d.h. eigentlich symbolische Kraft hinzufügt.“¹⁴⁵

Eben das ist die Funktion der Kämpfe in der semantischen Praxis der Rechtsarbeit, der Gang des Kampfes als „Arbeit des Rechts“¹⁴⁶ an seiner Sprache, in der und nicht anders es ist. Und es ist zugleich die Lage, in der sich der Richter wiederfindet, wenn er sich anschickt seines Amtes zu walten. In dieser Lage kann der Richter dann auch gar nicht anders, als mit der ganzen ihm mit dem Amt verfassungsmä-

¹⁴⁴ Dazu *F. Müller*, Strukturierende Rechtslehre, 2. Aufl. 1984, S. 168 ff., 231 ff.

¹⁴⁵ *Bourdieu / Passeron*, Grundlagen einer Theorie der symbolischen Gewalt, 1973, S. 12.

¹⁴⁶ Vgl. *Jhering*, Der Kampf ums Recht, 1992, S. 100.

ßig verbrieften Gewalt¹⁴⁷ eine Entscheidung über die Bedeutung des Gesetzes als Recht in dem ihm vorgebrachten Fall zu treffen. In einer zweiten, nunmehr aus dem verfassungsmäßig konstituierten und als Justizapparat instituierten Autoritätsgefälle heraus ‚vertikalen Polarität‘ quer zu der als Anlaß und Auslöser des Rechtsgangs ersten ‚horizontalen Polarität‘¹⁴⁸ des Antagonismus der Parteien und überkreuz im Dreh- und Angelpunkt des Gesetzestextes, als dem im Ermessen des Falls und dem Zumessen von Recht selbst erst zu verfertigenden Maßstab¹⁴⁹, hat der Richter kraft seines Amtes den Kampf um die Bedeutung des Gesetzes gegen ihren widerstreitenden Besetzungen durch die Parteien aufzunehmen. Der Richter hat, um Recht sprechen zu können, im wahrsten Sinne des Wortes die Absichten der Parteien zu ‚durchkreuzen‘, sich das Gesetz als Mittel für ihre Zwecke, die Durchsetzung ihres Interesses ‚zu eigen‘ zu machen. Und der hat dagegen eben diese Parteien umgekehrt dem Zweck zu unterwerfen, durch die Entscheidung ihres Konflikts in der Sprache Recht zu schaffen.

2.5 Der Richter als Kombattant im „Kampf ums Recht“

Wenn sich der Richter anschickt, seinen Platz als Herrn des Verfahrens und damit sprachlich als Subjekt des Normtextes einzunehmen, findet er diesen Platz schon besetzt. Er muß so diesen Platz, der ihm formaliter von Amts wegen angewiesen ist und allein ihm gebühren soll, muß er in der Praxis seiner Semantik des Normtextes für den ‚Moment des Rechts‘ überhaupt erst einnehmen. Er muß sich die ihm gebührende Stellung als entscheidende Kraft im Konflikt förmlich erst erkämpfen, indem der den Streitparteien das Heft einer je eigennützi- gen Arbeit am Text aus der Hand nimmt. Der Richter nimmt sich des

¹⁴⁷ Siehe Art. 92 GG.

¹⁴⁸ Zum ‚Prinzip der Polarität‘ *Clausewitz*, Vom Kriege, 1991, S. 28 f.

¹⁴⁹ Zu diesem internen Verhältnis von Gemessenem und Maßstab als zwei Seiten der einen Medaille einer Praxis des Messens *Wittgenstein*, Tractatus logico-philosophicus, Werkausgabe, Band 1, Philosophische Untersuchungen, 1984, S. 361.

Konflikts also nicht etwa nur als ein neutraler, über den Parteien gewaltfrei schwebender Verhandlungsführer an, der sich anschickt, mit seinem Urteil deren Streit darüber zu entscheiden, wer in der Sache Recht hat.

Dieses Recht haben die Kontrahenten *sich* längst schon genommen, wenn es zum Rechtsstreit kommt. Sie haben dafür auch längst schon den Normtext *für sich* eingenommen. Mit ihren Einlassungen und Erklärungen zu Sache und Person, mit ihren kontroversen und einander konterkarierenden Einlassungen in der Sache, seien sie nun professionell beraten in Form gebracht oder seien sie unbeholfen laienhaft; selbst noch mit der schlichten Unschuldsbeteuerung des Angeklagten, mit dem inkriminierenden Schrei und Fingerzeig, aber auch mit dem reumütigen Eingeständnis haben die Parteien dem Gesetz längst schon die Bedeutung ihres Interesses an einer Entscheidung des Konflikts gegeben. Mit ihren Schriftsätzen haben sie sich den Text des Rechts in *ihrer* Bedeutung des Gesetzes verfaßt und mit Blick auf den Richter ausdrücklich festgeschrieben. Mit der Klageerhebung und der Klageerwiderung machen die Kontrahenten je diesen Text unüberhörbar geltend und setzen ihn als Feldzeichen der Auseinandersetzung, des Kampfes ums Recht in ihrer Sprache vor die Schranken des Gerichts. Mit ihren Anträgen und Vorträgen im Prozeß setzen sie diesen Kampf in eigener Sache mit den Mitteln juristischer Textarbeit in das Verfahren hinein fort. Und mit den Plädoyers schließlich suchen sie ihren Text als den alleinigen zu setzen; suchen sie so die Entscheidung, indem sie im Vorgriff des Urteils versuchen, ihren Widerpart in seinem Recht unter den Text des je eigenen zu beugen und damit aus dem Feld zu schlagen.

Dagegen also hat sich der Richter Zug um Zug in der ihm von Amts wegen übertragene Gewalt über den Normtext selbst erst einmal durchzusetzen und auch zu behaupten. Denn ignorieren kann er die

Parteien nicht. Vor dem Gesetz kann der Richter den Parteien ihre jeweilige Erwartung von Recht nicht verwehren, das "rechtliche Gehör", für die sie das Wort des Gesetzes und für die sie das Gesetz beim Wort nehmen. Diese Erwartung von Recht drücken die Parteien durch die Texte aus, in denen sie sich zur Bedeutung des Gesetzes erklären.

Der Richter kann sich nicht der Entscheidung verweigern¹⁵⁰, die die Parteien auf dem Feld der Semantik mit ihrer jeweiligen Erklärung der Bedeutung¹⁵¹ des Gesetzeswortlauts suchen. Mit der eigenen Erklärung, was unter diesem zu verstehen sei, wollen sich die Parteien eben die Sprache verschaffen¹⁵², die jeweils ihnen allein den Zuspruch an Recht sichern soll. Diese ‚horizontale‘ Polarität des beiderseitigen Anspruchs auf das ungeteilt und unangefochten Ganze der Berechtigung macht eine Entscheidung in der ‚vertikalen‘ unausweichlich. Damit der Richter sie indes zu seiner Entscheidung über das Recht machen kann, das die Streitenden meinen schon auf ihre Seite gebracht zu haben, hat er das "Gesetz des Handelns" an sich zu ziehen. Er hat die Parteien aus dem vorgeblichen Sinnzentrum des Normtextes zu verbannen, um Raum zu schaffen für seinen Text einer Rechtsnorm. Er hat dafür vor allem die Gewalt der Bedeutung an sich zu bringen und gegen die Parteien mit ihrer de facto ergriffenen Gesetzgebung zu wenden, die sie sich zunächst einmal eher angemäßt als zugemessen haben.

¹⁵⁰ Zum Rechtsverweigerungsverbot z.B. *F. Müller*, Juristische Methodik, 6. Aufl., 1995, S. 137 f; im Zusammenhang mit der Gesetzesbindung dazu *Christensen*, Was heißt Gesetzesbindung?, 1989 S. 27, 36.

¹⁵¹ Im Sinn von *L. Wittgenstein*, Philosophische Grammatik, Werkausgabe, Band 4, 1984, § 26; *ders.*, Tractatus logico-philosophicus, Werkausgabe, Band 1, Philosophische Untersuchungen, 1984, § 560; *ders.*, Das Blaue Buch, Werkausgabe, Band 5, 1984, Das Blaue Buch, S. 15 f.

¹⁵² Zu Erklärungen derart, daß man sagt, was man unter einem Wort versteht und mit ihm meint als „Erklärungen der Grammatik, Erklärungen, die die Sprache *schaffen*“ *L. Wittgenstein*, Philosophische Grammatik, Werkausgabe, Band 4, 1984, § 95.

Ebensowenig wie sich der Richter des Gesetzestextes annimmt, um aus ihm bloß abzulesen, was es mit diesem hier auf sich hat, ebensowenig nimmt er sich der Sache der Parteien an, um lediglich auf das Recht in ihrem Fall zu erkennen. Und ebenso wie er den Normtext in Arbeit nimmt und das Gesetz in seiner konkret normativen Wirkung erst "macht", ebenso nimmt er den Konflikt in Arbeit und "macht" so eigentlich den Parteien den "Prozeß".

Schritt für Schritt, vom konfliktuellen Sachverhalt an bis zur Verfertigung und Ausfertigung von Recht als Text, unterwirft der Richter die Parteien seiner Amtsgewalt. "Neutral" ist er dabei allein darin, daß er ihnen in gleicher Weise die Waffe einer sich jeweils ausschließenden Semantik des Normtextes entwindet, und diese Waffe der Semantik unterschiedslos gegen alle Kontrahenten gleichermaßen richtet. Im übrigen ist er alles andere als neutral. Auch er ist Kombattant im Kampf um das Recht mit den Mitteln der Sprache. Er steht nicht über der mit dem Konflikt verhandelten Sache. Er macht sie sich von Amts wegen zu eigen. "Führend" ist der Richter in der Verhandlung des Konflikts allerdings, indem er sich mit der Macht seiner Worte zu der ausschlaggebenden Kraft einer Erzeugung von Recht profiliert; und "führend" vor allem auch dadurch, daß zunehmend nur noch er zur Sache spricht, während allen anderen zunehmend Schweigen geboten wird. So "gibt" denn der Richter im wahrsten Sinne des Wortes "das Gesetz". Er gibt es den Parteien. Er gibt ihnen das Gesetz der Handhabung des Konfliktstoffs und derjenigen ihres Streits darum. Er gibt es ihnen dadurch, daß er sie seinem "Willen zum Gesetz" unterwirft.¹⁵³

¹⁵³ Praxeologisch zum Begriff des „sich das Gesetz geben“ im Sinn der wechselseitigen „Entwaffnung“ und des gegenseitigen „Niederwerfens“ Clausewitz, Vom Kriege, 1991, S. 20.

Das "Dispositiv"¹⁵⁴ des Rechts ist das des semantischen Kampfes. In ihm hat das Recht seine Praxis. Juristische Textarbeit bringt das Gesetz als Normtext zu seiner Bedeutung als Rechtsnorm und macht es damit als das Recht geltend, den zur Lösung anstehenden Konflikt zu regeln. In diesem Sinn verschafft der Richter dem Gesetz das Gehör, das es für sich verlangt. Und juristische Textarbeit bringt das Gesetz zur Bedeutung einer Entscheidungsnorm und macht es damit für ein Urteil in dem anstehenden Konflikt gültig. Im Urteil verschafft der Richter dem Gesetz den Gehorsam, nach dem es für sich verlangt. Er kommt so der Anforderung an die juristische Textarbeit nach, Recht zu sprechen.

Es ist dieser, sein „Kampf ums Recht“, der dem Richter dann allerdings auch die ganze Gewaltförmigkeit einer „Arbeit“ abnötigt. Der Richter „arbeitet“ *am Text*, über den schlichten Sinn von Arbeit als einer sich in der Zeit erstreckenden Anstrengung hinaus.¹⁵⁵ In seiner Arbeit am Normtext wandelt er den rohen Stoff des amtlich gesetzten Wortlauts in das Produkt seines Textes einer den Fall entscheidenden Rechtsnorm, ein Produkt im übrigen, das er sogleich wieder in Arbeit nimmt. Zur Seite des Konflikts hin nimmt der Richter seinen Text als Stoff für die Schlußfolgerung hin zur Entscheidungsnorm. Zur Seite des 'Rechts als Text'¹⁵⁶ hin liefert ihm sein Erzeugnis einer Rechts-

¹⁵⁴ Zum Begriff des „Dispositivs“ *Deleuze*, Was ist ein Dispositiv, in: *Ewald / Waldenfels* (Hrsg.), *Spiele der Wahrheit*. Michel Foucaults Denken, 1991, S. 153 ff.

¹⁵⁵ Für einen entsprechenden Arbeitsbegriff hierzu *H. Arendt*, *Vita activa*, 1987, S. 76 ff. In deren Sinn erweist es sich im übrigen als treffend, von einer „Erzeugung“ und nicht etwa von einem „Herstellen“ von Recht zu sprechen. Zum zweiten vgl. *ebenda*, S. 124 ff. Der Richter hinterläßt, wie schon an seinem eigenen Handeln erkennbar, mit dem von ihm gesetzten Recht kein bleibendes Monument, er schöpft nichts. Er hinterläßt ein flüchtiges Produkt, das sogleich wieder dem Aufgehen in der sich unablässig umwälzenden Textmasse namens Recht preisgegeben ist: sei es als Stoff für die Erzeugung wiederum von *Recht*; sei es als Vorwurf zum Hervorbringen von *Rechtssprache* in der wissenschaftlichen Literatur oder sei es als Material zur Produktion von unmittelbarer *Gewalt* in der Anweisung auf die Vollstreckung. Zu vergessen ist zudem auch und gerade hier nicht *Wittgensteins* ständige Rede vom „Arbeiten der Sprache“.

¹⁵⁶ Ausführlich dazu *D. Busse*, *Recht als Text*, 1992.

norm sogleich wieder das Material für das Abfassen der Urteilsbegründung; er verbraucht es sozusagen für die Erzeugung von Legitimität. Für das Umwandeln von Sprache als Stoff in Gestalt des Normtextes zu Sprache als Produkt in Gestalt seines Textes der Rechtsnorm hatte er bereits Sprache in ihrer lebendigen Energie der Semantisierung¹⁵⁷ aufgezehrt. Der Richter schließt alle Einreden und Widerworte zum Konflikt in *seinen* Ausdruck von rechtlicher Bedeutung ein, auch in der Negation. Damit absorbiert er all diese Worte der Erklärung und des Widerspruchs in ihrer Bedeutsamkeit für den Fall. Er stellt sie dadurch in ihrer Fähigkeit still, in den gärenden, noch ‘lebendigen’ Lauf der Rechtserzeugung im Gang der Verhandlung des Konflikts einzugreifen¹⁵⁸ und ihm eine Wendung im Sinn ihrer Rede zu geben. Der Richter hinterläßt so von vielen Äußerungen zum Fall nur die tote Materie ‘leerer’ Worte. Die mögen dann dadurch wieder zum Leben erweckt werden, daß sie den Stoff für Revisionsgründe abgeben und damit für eine neuerliche Rechtserzeugung gebraucht werden. Damit erledigt er eben die ihm von Amts wegen übertragene und ihn zugleich auch unbedingt verpflichtende Aufgabe mit der Rechtsprechung das Gesetz zu „vollziehen“.

Um geltendes Recht zu ”vollziehen”, um als Recht zu ”tun”, was das Gesetz ”sagt”, schafft es sich der Rechtsarbeiter aus dem Text und gibt ihm seine Wirkung für den Fall. Damit setzt er sich zugleich mit seiner Arbeit am Recht gegen die der Parteien durch. Im Zug der Konkretisierung der Norm konkretisiert sich nicht minder handgreiflich der Rechtsarbeiter zum leibhaftigen Richter über die Parteien. Im Ganzen schließt der Richter sie von der Lösung des Konflikts aus. Er

¹⁵⁷ Das ist ohne vitalistische Mystifizierung handfest im Sinn des *Humboldtschen* Begriffs der Sprache als *energaia* zu nehmen. Dazu *W. v. Humboldt*, Einleitung zum *Kawi-Werk*. Über die Verschiedenheit des menschlichen Sprachbaues und ihren Einfluß auf die geistige Entwicklung des Menschengeschlechts, in: *ders.*, *Schriften zur Sprache*, 1973, S. 36.

¹⁵⁸ Allgemein so zu Bedeutung und Gebrauch *L. Wittgenstein*. *Philosophische Grammatik*, Werkausgabe, Band 4, 1984, § 29.

baut sich seinen Rechtsfall auf. Im Vorgang dieser Einrichtung von Text und Konflikt auf sein Urteil hin arbeitet der Richter die Parteien als Protagonisten eines je eigenmächtigen Gesetzes klein, bis von ihnen nichts mehr als der Gegenstand bleibt, gegen den er nun seinen Urteilsspruch richtet. Damit erfüllt der Richter den mit dem Ausdruck „Willen zum Gesetz“ hier zunächst noch allzu vage und mentalistisch gefaßten Zweck wiederum juristischer Textarbeit, mit dem „Vollzug“ des Gesetzes durch die Rechtsprechung die ganze Gewalt des Rechts zu exekutieren.

Die Bemächtigung der Bedeutung des Gesetzeswortes durch den Richter vollendet sich im Urteilsspruch, den der Richter gegen alle fällt. Mit ihm schafft er das Faktum Recht als die in seinem Spruch vollendete Tatsache. Juristische Textarbeit institutionalisiert durch diesen Sieg im semantischen Kampf daraus immer wieder neu die imaginäre Bedeutung¹⁵⁹ des Rechts der Moderne, aktuell realisierte Gewalt in institutionell konstitutionelle umzuwenden und zu bannen¹⁶⁰, indem diese Arbeit am Text auch noch dem kleinlichsten Krieg der Bürger untereinander selbst wieder den semantischen Kampf ansagt und diesen Kampf mit der Auferlegung der ganzen Bedeutung des Gesetzes durch seinen durchsteht und ihn mit seinem Urteilsspruch im Sieg über die Parteien um des Gewinns an Recht durch seinen Text einer Norm willen auch besteht.

3. Kai dike erin

Das Urteil schafft Recht als Faktum. Recht zieht sich in den Punkt zusammen, den der Richter mit seinem Spruch unter das Verfahren setzt und wird, just in dem Moment, doch wieder nur zum „bloßen“ Wort,

¹⁵⁹ Allgemein zum Zusammenhang von imaginärer Bedeutung und der permanent praktischen Selbstschöpfung von Institutionen *Castoriadis*, Gesellschaft als imaginäre Institution, 1984.

¹⁶⁰ Vgl. *F. Müller*, Recht - Sprache - Gewalt, 1975, S. 20 f.

zu Text. Der Preis für seine Geltung ist der Ausschluß aller aus der Sprache des Rechts. Von aller Bedeutungserklärung und Auseinandersetzung darum bleibt nurmehr das Verdikt darüber, was "als" Bedeutung des Normtextes zu gelten hat und zählt. Es bleibt allein "die" Bedeutung des Normtextes, die sich in der Rechtsnorm und der Entscheidungsnorm durchsetzt. Ob dies zurecht "Recht" genannte werden kann, steht damit gleich wieder als einer der Behauptungen darüber, was das Gesetz sagt dahin.

Was für die Theorie das Dilemma der Einheit im Gegensatz des Positivismus und Dezisionismus sein mag, erweist sich in der Praxis schlicht als der Weg, den Recht immer wieder erst vom Gesetz, das als sein Ausgangspunkt und nicht mehr gerade nicht schon sagt, was Recht ist, zur richterlichen Entscheidung, die schon nicht mehr unbedingt sagt, was Recht ist, sondern sich dafür erst wieder als eine legitime ausweisen muß. Das Gesetz ist der Stein, den Juristen mit jedem Wort zum Recht zu wälzen haben.

Das macht auch die „Arbeit“ des Rechts so „unausgesetzt“¹⁶¹ und läßt Recht eben nie „sein“, sondern immer nur in seiner Erwartung werden. Es macht, um sich hier für den Schluß noch einmal ein wenig vom Pathos Jherings zu gönnen das Recht zum „Saturn, der seine eigenen Kinder verspeist.“¹⁶² Und er fügt hinzu: „Ein konkretes Recht, das, weil es einmal entstanden, unbegrenzte, also ewige Fortdauer beansprucht, ist das Kind, das seinen Arm gegen die Mutter erhebt; es verhöhnt die Idee des Rechts, indem es sich auf sie beruft, denn die Idee des Rechts ist ewiges Werden, das Gewordene aber muss dem neuen Werden weichen.“ Und er fügt hinzu: „So vergegenwärtigt uns also das Recht in seiner historischen Bewegung das Bild des Suchens, Ringens, Kämpfens, kurz der gewaltsamen Anstrengung.“¹⁶³

¹⁶¹ Vgl. *Jhering*, *Der Kampf ums Recht*, 1992, S. 9.

¹⁶² *Ebd.*, S. 15.

¹⁶³ *Ebd.*, S. 16.

Von daher „gibt“ es auch nicht „das“ Recht, wie es der Positivismus behauptet, um den Richter lediglich als dessen Sprachrohr und willfährigen Diener des Gesetzes zu stilisieren. Und in der Logik des Existenzsatzes fällt damit auch der Sinn zu sagen, daß es „das“ Recht „nicht gibt“, wie es sich der Dezisionismus angelegen sein läßt, um sich nach seinem Bild den Richter zum allmächtigen Schöpfer des Rechts zu machen. Es sei denn man wollte sich so immer wieder nur eine Ontologie des Rechts als Mythos wenden.¹⁶⁴ Und mehr als ein Mythos, ein mächtiger allerdings weniger im Wort als vielmehr in seiner Wirkung, die er sich dank geborgter staatlicher Gewalt immer wieder verschaffen kann, ist die Idee vom Recht als dem irdischen Treiben entzogenes Maß ebenso nicht, wie die vom Recht als ein auf Erden wandelnder Gott, als Herrscher über alle menschlichen Geschehnisse.

Entschieden weltlich betrachtet „ist“ Recht nichts anderes als der Einsatz, der in einer Auseinandersetzung um seinen Text auf dem Spiel steht, und es „ist“ nicht anders Recht. Recht besteht, und es hat seinen Stand und Bestand allein in dem Gewinn, der sich aus einer solchen Auseinandersetzung um den Text des Rechts ebenso, wie um das Recht als Text ziehen läßt. Und die wiederum gerät allein dadurch zu einem Verfahren von Recht, daß sie solchen Gewinn in Aussicht stellt, ihn in ihrem Verlauf gewährt und ihn durch ihren Ausgang zu garantieren vermag. Das ist auch schon alles, was Recht an Bedeutung für sich hat. Die liegt allein in seinem praktischen Sinn, als dem Sinn eben für die auf dem Feld der Auseinandersetzung darum „zu realisierenden Einsätze und Gewinnmöglichkeiten“.¹⁶⁵ Darüber hinaus ist nichts am Recht, das dem Verfahren erst zu seiner wahren Bedeutung

¹⁶⁴ Allgemein zum Problem damit *W. V. Quine*, Was es gibt, *in: ders.*, Von einem logischen Standpunkt, 1979, S. 9 ff.

¹⁶⁵ *M. Schwingel*, Analytik der Kämpfe (Anm. 30), S. 53. Für das Recht im besonderen *D. Patterson*, Conscience and the Constitution, *in: Columbia Law Review* 93, 1993, S. 270 ff., 294.

verhelfen würde. Eine Wahrheit des Rechts liegt allein darin, die Auseinandersetzung darum zu bestehen, sie für sich zu entscheiden und damit eine Entscheidung darüber herbeizuführen, was Recht ist.¹⁶⁶ Indem sich eine Wahrheit des Rechts nicht anders als darin durchsetzt, schafft sie sich immer auch erst die Tatsache, die sie konstatiert. Und was das Recht ist, ist seinem Inbegriff nach immer wesentlich im Streit.¹⁶⁷

Heraklit, dem ohnehin alles im Fluß ist¹⁶⁸, mag eher berüchtigt als berühmt dafür sein, daß er ohnehin den Krieg für „aller Dinge Vater“ und „aller Dinge König“ ansieht.¹⁶⁹ Im Fall des Rechts zumindest scheint den Logos, als der es statt hat, einbegreifende Radikalität Heraklits, den man gern den ‚Dunklen‘ nennt, letztlich doch am ehesten geeignet, ‚Licht in die Verhältnisse seiner Praxis‘ zu bringen: „Kämpfen muß das Volk für sein Gesetz wie für die Mauer.“¹⁷⁰ Der Rechtsgang selbst mag im Gegensatz zu früheren Zeiten nicht mehr innig und unmittelbar mit dem Waffengang verwoben, sondern wie „alles“, was Sinn und Verstand machen soll, „in der Sprache“ auszutragen sein.¹⁷¹ Seine Gewaltförmigkeit indes hat der Rechtsgang damit nie abgelegt. Er hat sie in der von Clausewitz konstatierten, ‚chamäleonhaften‘ Wandelbarkeit aller Kombattanz¹⁷² nur in die Gestalt des förmlichen Gerichtsverfahren gebannt, um sie als „Kampf ums Recht im

¹⁶⁶ Ausführlich dazu *D. Patterson*, *Law and Truth*, New York/ Oxford 1996, S. 151 ff.

¹⁶⁷ Vgl. *B. Peters*, *Rationalität, Recht und Gesellschaft*, Frankfurt/M. 1991, S. 20 ff. im Anschluß an *W. B. Gallie*, *Essentially Contested Concepts*, *in*: *Proceedings of the Aristotelian Society* 46, 1955/56, S. 167 ff.

¹⁶⁸ *Heraklit*, *Fragmente*, 11. Aufl. 1995, S. 39 (65 A 3). Und er fährt fort: „Die einen erweist er als Götter, die andern als Menschen, - die einen läßt er Sklaven werden, die anderen Freie.“

¹⁶⁹ *Ebd.*, S. 19 (B 53).

¹⁷⁰ *Ebd.*, S. 17 (B 44).

¹⁷¹ Vgl. *Wittgenstein*, *Philosophische Grammatik*, Werkausgabe, Band 4, 1984, § 95.

¹⁷² Im Anschluß an *Clausewitz* zum Krieg als „Chamäleon“ *Aron*, *Clausewitz. Den Krieg denken*, 1980, S. 496 ff.

Raum der Sprache“¹⁷³ nur um so fröhlichere Urständ feiern zu lassen. So wiederholt sich vor Gericht im ‚Kleinen‘ immer wieder, was Michel Foucault im ‚Großen‘ als Folge der ‚Transformation‘ des Krieges durch seine „Verstaatlichung“ am Beginn der Neuzeit sieht. Dadurch nämlich „verschwand aus dem Gesellschaftskörper, aus den Verhältnissen zwischen den Gruppen, das, was man den Alltagskrieg nennen könnte, was man den Privatkrieg nannte.“ „Aber das heißt nicht, daß die Gesellschaft, das Gesetz, der Staat gleichsam der Waffenstillstand in diesen Kriegen ist, die endgültige Besiegelung der Siege. Das Gesetz ist nicht Befriedung. Unter dem Gesetz geht der Krieg weiter, er wütet weiter innerhalb aller Machtmechanismen, auch der geregeltesten.“¹⁷⁴

¹⁷³ In Umkehr zurück auf das Recht dies von der Definition politischen Sprechens her, die *J. Frese*, Politisches Sprechen, Thesen über einige Rahmenbedingungen, *in: Rucktäschel* (Hrsg.), Sprache und Gesellschaft, 1972, S. 102 ff., 105 gibt.

¹⁷⁴ *Foucault*, Vom Licht des Krieges zur Geburt der Geschichte, 1986, S. 8 f u. S. 11 f.