

Schriften zur Rechtstheorie

Heft 179

Rechtstext und Textarbeit

Von

**Friedrich Müller
Ralph Christensen
Michael Sokolowski**



Duncker & Humblot · Berlin

MÜLLER / CHRISTENSEN / SOKOLOWSKI

Rechtstext und Textarbeit

Schriften zur Rechtstheorie

Heft 179

Rechtstext und Textarbeit

Von

Friedrich Müller
Ralph Christensen
Michael Sokolowski



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Müller, Friedrich:

Rechtstext und Textarbeit / von Friedrich Müller ; Ralph Christensen ;

Michael Sokolowski. – Berlin : Duncker und Humblot, 1997

(Schriften zur Rechtstheorie ; H. 179)

ISBN 3-428-09132-9

Alle Rechte vorbehalten


© 1997 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fotoprint: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0582-0472

ISBN 3-428-09132-9

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 

*Zum Gedenken an
Bernd Jeand'Heur
1956 - 1997*

HERAKLIT
KAI AIKH EPIN
UND IST RECHT STREIT

Vorwort

Was geschieht *tatsächlich*, wenn Juristen einen Rechtsfall entscheiden?

Für den als Theorie schon lange nicht mehr haltbaren Positivismus ist die Antwort nicht schwer: Was im Gesetzbuch steht, sind schon die Normen. Ihr Inhalt ist als sprachliche Bedeutung objektiv erkennbar. Der Jurist legt die gesetzlichen Formeln aus, erkennt so die Bedeutung des Gesetzes für den gegebenen Fall und wendet es auf diesen an. Die Subsumtion ist dann gerechtfertigt, wenn er sie kognitiv richtig vollführt. Die Brücke zwischen der Geltung der Vorschrift und der Legitimität juristischen Entscheidens wird also von der Bedeutung gebildet; von der des *Rechtstextes*, der als Norm schon im Gesetzbuch steht. Für Anwendungsschlüsse solcher Art erübrigen sich Begriffe wie „*Textarbeit*“.

Die Sprache des Rechts - eine von fachsprachlichen Elementen durchsetzte natürliche Sprache - ist durch solche Erwartungen jedoch überfordert. Traditionelle Juristen achten nicht auf die Grenzen der Leistungsfähigkeit natürlicher Sprache, zu sehr ist ihre unterstellte Sprachtheorie vom Bedürfnis nach Legitimierung bestimmt. So sehen sie nicht, daß nicht schon Gesetze die Gesetzbücher anfüllen. Was dort steht, sind nur Textformulare für später zu erzeugende Normen; sind nur „Normtexte“ als nicht-normative Vorformen dessen, was dann einen bestimmten Konfliktfall auf bestimmte Weise verbindlich entscheiden wird: Vorform der Rechtsnormen. Diese können nur *im Fall* erarbeitet werden; im Rahmen eben des realen Falles, der sie überhaupt provoziert und den sie regeln sollen.

Wenn es etwas gibt, das - zusätzlich zum avancierten Stand der wissenschaftlichen Debatte - geradezu dazu nötig, das rechtstheoretisch/rechtsmethodische Paradigma zu wechseln, dann ist es das endlich zu leistende Eingehen auf Sprache: auf das, was natürliche Sprache nicht können kann und auf das, was sie wirklich kann.

Juristisches Entscheiden ist in all seinen Aspekten - auch in den vorgeblich „rein kognitiven“ - Handeln; Handeln zudem, das auf Gewalt aufruht, das Gewalt umwandelt und das sie ausübt. Es erscheint nicht als austauschbar, nicht nur als Redensart, wenn das deutsche Grundgesetz von „Staatsgewalt“, von vollziehender und rechtsprechender „Gewalt“ spricht. Demgegenüber sind Terme wie „Macht“ euphemistisch. Die in einem Staatsapparat riesig angehäufte Gewalt muß erst einmal domestiziert werden, und das immer wieder; sie ist nicht etwa durch ein ursprüngliches Berufen auf „verfassunggebende Gewalt des Volkes“ und durch die rituelle Gestik, Legitimität global zu beschwören, ein für alle Mal aus „roher“ Gewalt in wohlthätige „Macht“ transsubstantiiert. In jedem rechtlich zu lösenden Fall eines sozialen Konflikts, der als solcher ein Potential an Gewalt in Bewegung setzt, ist nicht nur diese, sondern zugleich auch die des sich einmischenden Staates erneut zu domestizieren¹: durch rechtsstaatliche Arbeit demokratischer Juristen. Deren Tun ist - erzwungen durch das, was natürliche Sprache nicht kann - notwendig eine semantische Praxis, ist Semantisierungsarbeit; ist Arbeit nicht nur mit, sondern an Begriffen, nicht nur mit Hilfe von Sprache, sondern mitten in ihr; nicht nur Arbeit über Texte (*travail sur des textes*), sondern unmittelbare Textarbeit (*travail de textes*).²

Eingangsdatum des Konkretisierungsvorgangs ist der Normtext; zu Beginn dieser juristischen Textarbeit kann er nicht schon Bedeutung („Normativität“) haben, sondern erst Geltung. Normativität für den Fall, der zu regeln ist, kann dem juristischen Handeln nicht vorgeordnet sein; sie ist dessen Ergebnis. Es gibt keine *lex ante casum*. *Geltung* der legislatorischen Vorschrift, *Bedeutung* der zu entwickelnden Rechtsnorm und die *Rechtfertigung* des entscheidenden Juristen sind gesonderte Probleme; sie sollten demgemäß abgeschichtet und einzeln untersucht werden.

Rechtsentscheidung ist Erzeugung von Rechtsnormen. Diese werden nicht im Gesetzbuch „gefunden“; auch nicht nur, als präexistente, auf den Einzelfall hin verengt, „individualisiert“. Sie werden produziert. Der Richter ist Konstrukteur der Rechtsnorm, nicht Mund des Gesetzes. Er ist es, der spricht, nicht die Kodifikation. Er ist es, der entscheidet; und nicht der Normtext, der das Ergebnis der Vorarbeit in der Legislative gewesen war. Es muß auch so

¹ In einem Staat wie dem des Grundgesetzes, der sich, um sich zu legitimieren, auf das Volk beruft, sollte der Satzfehler „demonstizieren“ stehen bleiben dürfen.

² Dazu *Jouanjan*, *Présentation du Traducteur*, in: *F. Müller*, *Discours de la Méthode Juridique*, 1996, S. 5 ff, 20.

sein: anders könnte die stets latente, mit dem Konflikt aufgebrochenene und durch die im Verfahren hinzukommende staatliche nur noch verstärkte Gewalt nicht rechtsstaatlich gefaltet werden - bestimmt nicht durch einen stummen Tatbestandstext, den man beim Blättern im Gesetzbuch aufstöbert. Die Entscheidung, die zur Erzeugung von normativem Recht nötig, spielt sich ab als semantischer Kampf um die Bedeutung der Vorschrift für den Konflikt - wie gesagt, eine nicht zu findende, sondern zu schaffende Bedeutung.

Da dieser Vorgang produktiv ist, sollte es nicht verwundern, daß er nie dem Magnetfeld der Gewalt entkommt. Der Gang vom Normtext zum Text der Rechtsnorm ist zugleich der Weg, den die ursprüngliche Gewalt des Konflikts durch die Sprache zu nehmen hat. Dabei enthält Sprache selbst schon Gewalt, ist ferner überformt durch Gewaltverhältnisse und übt schließlich - als Ergebnis einer Arbeit mit Texten in der staatlichen Institution - selber Gewalt aus.

Diesen Vorgängen gilt hier eine insistente Analyse des *semantischen Kampfes*, als der sich das gerichtliche Streitverfahren herausstellt, sowie eine linguistische und rechtstheoretische Untersuchung dazu, wie sich die Entscheidung in die *rechtsstaatliche Textstruktur* einschreibt. Einige Elemente dieser Vorgänge werden abschließend in sorgfältiger Darstellung und Kritik einer *Serie kontroverser obergerichtlicher Urteile* aus dem Verwaltungsrecht exemplifiziert.

Diesseits der schrecklichen Vereinfachungen des Positivismus, der Resignation der Reinen Rechtslehre, der theoriefeindlichen Übersteigerungen des Dezisionismus und jenseits der auf dem Markt befindlichen antipositivistischen Halbheiten wird - mit Blick auf allmählich auszuformulierende Theorie - induktiv die Realität der alltäglichen semantischen Kämpfe im Sprachspiel „Recht“ untersucht; wird verfolgt, was in dem alles durchdringenden Medium der Sprache mit Rechtstext und Textarbeit *tatsächlich* geschieht, wenn eine Rechtsordnung in Tätigkeit ist, wenn sie „funktioniert“.

Heidelberg, im April 1997

Friedrich Müller

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|-----------|
| Der Anfang liegt mitten in den Texten..... | 15 |
| I. Rechtstext: Der Rechtstext ist nicht Behälter der Rechtsnorm, sondern Durchzugsgebiet konkurrierender Interpretationen..... | 19 |
| 1. Für den Positivismus bildet die objektivierbare Bedeutung die Brücke zwischen der Geltung des Gesetzes und der Rechtfertigung juristischen Handelns..... | 19 |
| 1.1 Der Normtext repräsentiert die Rechtsnorm..... | 19 |
| 1.2 Die juristische Textarbeit wird auf einen Erkenntnisvorgang eingeschränkt..... | 21 |
| 1.3 Der Richter ist gerechtfertigt, soweit er die im Text verlorene Präsenz der Rechtsnorm wiederherstellt..... | 22 |
| 2. Die sprachliche Bedeutung ist mit dieser Rolle überfordert..... | 22 |
| 2.1 Die Sprachtheorie der Juristen ist von Legitimationsbedürfnissen bestimmt..... | 22 |
| 2.2 Die sprachliche Ordnung kann die Erwartungen der Juristen nicht erfüllen..... | 25 |
| 2.3 Legitimation ergibt sich nicht aus der Sprachtheorie, sondern allenfalls in der Sprachpraxis..... | 26 |
| 3. Geltung, Bedeutung und Rechtfertigung sind als Probleme voneinander zu trennen..... | 29 |
| 3.1 Die sprachliche Bedeutung ist dem juristischen Handeln nicht vorgeordnet..... | 30 |
| 3.2 Das juristische Handeln ist eine semantische Praxis..... | 31 |
| 3.3 Der Normtext hat am Beginn juristischer Textarbeit nicht schon Bedeutung, sondern nur Geltung..... | 32 |
| II. Textarbeit: Der Richter ist nicht der Mund des Gesetzes, sondern Konstrukteur der Rechtsnorm..... | 37 |
| 1. Die Praxis der Rechtserzeugung hat ihren Sinn in der Semantik des Kampfs um die Bedeutung des Gesetzes..... | 38 |

| | | |
|--|---|-----------|
| 1.1 | Der Richter trifft auf die ursprüngliche Gewalt des Konflikts und kommt für eine Rechtsfindung zu spät..... | 39 |
| 1.2 | Der Richter zwingt den Konflikt in die Sprache und wendet ihn zu einem Kampf ums Recht..... | 55 |
| 1.3 | Der semantische Kampf um die Bedeutung des Gesetzestextes ist symbolische Gewalt und bringt das Recht zur Sprache..... | 59 |
| 2. | Das Gesetz ist nicht Gegenstand einer Rechtserkenntnis, sondern Arena für den Kampf um das Recht im Raum der Sprache..... | 68 |
| 2.1 | In der semantischen Praxis sind Sprache und Sprecher intern relationiert..... | 69 |
| 2.2 | Zwischen Normtext als Textformular und Rechtsnorm als Textbedeutung liegt das juristische Handeln als semantische Praxis..... | 72 |
| 2.3 | Die Bedeutung des Normtextes wird nicht mechanisch angewendet oder frei erfunden, sondern durchgesetzt..... | 74 |
| 3. | Der Gang vom Normtext zum Text der Rechtsnorm ist der Weg, den die Gewalt durch die Sprache nimmt..... | 76 |
| 3.1 | Grund und Grundlage der Rechtserzeugung ist die Gewalt der Sprache..... | 77 |
| 3.2 | Um des Rechts Herr zu werden, übt der Richter Gewalt über Text und Fall und gibt damit das Gesetz..... | 80 |
| 3.3 | Mit seinem Urteil schneidet der Richter das Wort zum Konflikt ab... | 94 |
| III. Die Textstruktur des Rechtsstaats: Von der Verleugnung zur Teilung und Kontrolle richterlicher Gewalt..... | | 99 |
| 1. | Die Erschwerung der Gewalt durch die Sprache begründet die Hoffnung auf das Recht..... | 99 |
| 1.1 | Die Gerechtigkeit kann die Gewalt nicht in einen Metacode einbinden..... | 100 |
| 1.2 | Die Wahrheit der Rechtsbehauptung hebt die Gewalt nicht auf..... | 104 |
| 1.3 | Trotz seines Entscheidungscharakters ist das Recht mehr als reine Gewalt..... | 112 |
| 2. | Der Rechtsstaat bildet eine Textstruktur..... | 116 |
| 2.1 | Zurechnungstext ist der Normtext als „geltende“ Zeichenkette..... | 118 |
| 2.2 | Der Rechtfertigungstext muß den Zusammenhang von Geltung und Bedeutung begründen..... | 121 |
| 2.3 | Der Anordnungstext wird mittels des Rechtfertigungszwangs in die rechtsstaatliche Textstruktur eingeschrieben..... | 125 |

| | |
|---|------------|
| 3. Die richterliche Gewalt wird der Teilung und Kontrolle unterworfen..... | 127 |
| 3.1 Läßt sich innerhalb der juristischen Textarbeit eine Praxis der Grenze denken?..... | 128 |
| 3.1.1 Die Wortlautgrenze wird nicht von der Sprache definiert..... | 129 |
| 3.1.2 Das methodisch Mögliche ist unbegrenzt..... | 130 |
| 3.1.3 Die Grenze juristischer Textarbeit ist ihr als Praxis aufgegeben..... | 133 |
| 3.2 Die rechtsstaatliche Textstruktur erlaubt eine praktische Kritik der Legitimität richterlicher Gewalt..... | 138 |
| 3.2.1 Die Dezision mit Normtextunterstellung verletzt den gewaltenteilenden Aspekt..... | 139 |
| 3.2.2 Die Dezision durch Rechtsverbiegung verletzt den gewaltkontrollierenden Aspekt..... | 144 |
| 3.2.3 Methodenehrlichkeit verlangt, daß auch eine richtige Entscheidung ausreichend begründet wird..... | 155 |
| 3.3 Die rechtsstaatliche Textstruktur bewirkt eine doppelte Faltung der Gewalt..... | 166 |
| 3.3.1 Die Entscheidungsgewalt wird zwischen Gesetzgeber und Richter geteilt..... | 166 |
| 3.3.2 Die Entscheidungsgewalt kann an den methodischen und verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Rechtserzeugung kontrolliert werden..... | 167 |
| 3.3.3 Das Paradox der Gesetzesbindung liegt darin, daß sich die richterliche Gewalt selbst die Hände bindet..... | 169 |
| Das Ende liegt in einer praktischen Alternative..... | 173 |
| Literaturverzeichnis..... | 175 |
| Personenverzeichnis..... | 185 |
| Sachverzeichnis..... | 189 |

Der Anfang liegt mitten in den Texten

Die Strukturierende Rechtslehre ist keine abgeschlossene Theorie, die ausgehend von ihren Grundbegriffen deduktiv ableiten wollte, was ein Rechtstext seinem Wesen nach ist und wie eine darauf bezogene Tätigkeit juristischer Funktionsträger beschaffen sein müßte. Sie beginnt vielmehr inmitten juristischer Texte mit dem Wissen, daß auch die von ihr produzierte Zeichenkette die vorgefundene Vielfalt nicht auf den einzigen Text hin reduzieren kann, sondern nur unabschließbar vermehren. Der Ausgangspunkt ist folglich ein „induktiver“¹. Die Strukturierende Rechtslehre versteht sich als begleitende Reflexion einer Praxis des Rechts, in der die entscheidenden Maßstäbe juristischer Rationalität als verstreute bereits vorhanden sind. Ihre Aufgabe sieht sie in der Bündelung dieser Momente zu einem vorläufigen und für neue Entwicklungen offenen Modell. Damit sind theoretische Annahmen nicht Voraussetzung, sondern Folge einer Analyse der Praxis und ist der Rationalitätsmaßstab kein aus der Philosophie importierter und nachträglich auf das Recht angewendeter², sondern ein sprachspielimmanenter. Es ist daher im folgenden keine auf das sogenannte Wesen bezogene Doppelpunktdefinition von Rechtstext und Textarbeit zu erwarten, wohl aber eine Analyse des praktischen Funktionierens dieser Größen.

Diese Analyse kann und braucht nicht bei Null zu beginnen. Es gibt schon immer Reflexion über die praktische Tätigkeit der Juristen³, allerdings mit politischen Legitimationsproblemen von großem Gewicht belastet. Denn 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 von der „rechtsprechenden Gewalt“, die er den Richtern anvertraut. Der Begriff Gewalt hat dabei im Deutschen nicht notwendig eine

¹ F. Müller, *Juristische Methodik*, 6. Aufl., 1995, S. 10.

² Vgl. zur Kritik solcher Ansätze: *ebenda*, S. 309 ff.

³ Deswegen wird eine Systematisierung erst nach extensiver Diskussion des gegenwärtigen Standes der Methodik in der Rechtsprechung und in der Literatur entwickelt. Vgl. *ebenda*, S. 34 ff.

pejorative Bedeutung. Auch der zu positiven Zwecken ausgeübte Zwang oder das Walten der guten Obrigkeit können als Gewalt bezeichnet werden.⁴ Im Unterschied zum Englischen, das mit *violence, force, power, authority* schon im Hauptwort Unterschiede markiert, benötigt das Deutsche Beiwörter, um legitime und illegitime Gewalt voneinander unterscheiden zu können. Umstritten ist allerdings nicht nur die Frage, wie die Absichtung von legitimer und illegitimer Gewalt durchgeführt werden soll und kann, sondern schon die vorausgehende, ob der Richter mit seiner Entscheidung überhaupt Gewalt ausübt und weiterhin, ob es die Notwendigkeit oder Möglichkeit einer Rechtfertigung dieser Gewalt gibt. Im Rahmen der früheren Ansätze zur Selbstreflexion juristischen Tuns behauptet der Positivismus, daß der Richter gar keine Gewalt ausübe, sondern nur das Gesetz anwende, während der Dezisionismus in der Entscheidung nur die richterliche Gewalt sieht und dem Gesetz keine nennenswerte Rolle zubilligt. Einig sind sich beide Auffassungen aber darin, eine richterliche Entscheidung werfe keine Rechtfertigungsprobleme auf. Entweder, weil der Richter als Gesetzesanwender schon gar keine Gewalt ausübt, oder weil die unvermeidliche Gewalt nicht an einem Umstand gerechtfertigt werden kann, der außerhalb der Entscheidung liegt.

Die Immunisierung richterlichen Handelns ist somit der Konvergenzpunkt der scheinbar gegensätzlichen klassischen Theorien. Hier setzt die Strukturierende Rechtslehre mit der Frage ein, ob das rechtstheoretische Wissen wirklich auf der Höhe des praktischen Könnens ist.⁵ Wenn man 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 systematisch verkannt werden⁶, die auf eine Definitionskompetenz des Richters für den

⁴ Vgl. als Beispiel für die positiv besetzten Varianten der Verwendung des Gewaltbegriffs: *Grimm / Grimm*, Deutsches Wörterbuch, Band 4, 1. Abt., 3. Teil, 1911, Stichwort Gewalt, Spalte 4922 - 4926. Mit dieser Bandbreite des Gewaltbegriffs spielt auch *W. Benjamin*, Zur Kritik der Gewalt, in: *ders.*, Gesammelte Schriften, Band II 1, 1980.

⁵ Vgl. dazu *F. Müller*, Fragen einer Theorie der Praxis, in: *ders.*, Rechtsstaatliche Form - Demokratische Politik, 1977, S. 128 ff.

⁶ 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.

„Inhalt“ des Gesetzes hinweisen. Genauso opfert der Dezisionismus 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.

Um die ganze Bandbreite des juristischen Könnens im theoretischen Wissen auftauchen zu lassen, muß sich die Analyse der Praxis von der theoretischen Vorentscheidung zugunsten eines bestimmten Richterbildes befreien. Das Richterbild und die Entscheidung über den Legitimationsbedarf juristischen Handelns dürfen nicht am Beginn, sondern erst am Ende der Rechtstheorie stehen.⁷ Am Anfang ist nur ein vorläufiges und für Korrekturen durch die Praxis offenes Modell juristischen Handelns möglich. Dabei kann sich ein Neuansatz zunutze machen, daß viele Beschreibungselemente in den klassischen Theorien schon vorhanden sind⁸, nur eben verteilt auf zwei gegensätzliche Theorien, die zur Aufrechterhaltung eines imaginären Richterbildes die jeweils anderen Komponenten juristischen Handelns systematisch verkennen. Die vorhandenen Elemente gilt es neu zu ordnen und in ihrer praktischen Ausprägung zu untersuchen. Dieser Aufgabe stellt sich die Strukturierende Rechtslehre ausgehend von drei Fragen:

- Welche Vorgaben liefert der Gesetzestext für juristische Entscheidungen?
- Wie funktioniert die auf Texte bezogene Arbeit juristischer Entscheidungsträger?
- Gibt es dabei eine Festsetzungskompetenz der Gerichte, welche als Gewaltausübung der Teilung, Kontrolle und Rechtfertigung bedarf?

⁷ Deswegen wird neuerdings sogar das Wort vom „Richterbild“ gemieden. Vgl. *Schmidt-Jortzig*, Aufgabe, Stellung und Funktion des Richters im demokratischen Rechtsstaat, in: NJW, 1991, S. 2377 ff sowie *Hoppe (Hg.)*, Rechtssprechungslehre, 1988.

⁸ Wenn auch nicht selten unter falscher Flagge; vgl. dazu etwa am Beispiel der Wirklichkeitselemente in juristischen Entscheidungen: *F. Müller*, Thesen zur Struktur von Rechtsnormen, in: *ders.*, Rechtsstaatliche Form - Demokratische Politik, 1977, S. 257 ff.