STANLEY FISH

Recht will formal sein*

I. Das Erzielen deutlicher und klarer Bedeutungen

Das Recht möchte formal sein. Das bedeutet erstens, dass das Recht nicht von einer anderen, nicht-rechtlichen Struktur absorbiert oder einem anderen Anliegen untergeordnet werden möchte. Das Recht wünscht, kurz gesagt, autonom und nicht etwas anderes zu sein. Zweitens möchte das Recht in seiner Absonderung eindeutig sein, d. h. es möchte, dass die Komponenten seiner autonomen Existenz sich von selbst verstehen und nicht der Unterstützung durch einen ergänzenden Diskurs bedürfen. Denn wäre es für das Recht erforderlich, an wichtigen Punkten auf einen ergänzenden Diskurs zurückzugreifen, dann hätte dieser Diskurs die Aufgabe, zu spezifizieren, was Recht ist, und folgerichtig wäre seine Autonomie mittelbar gefährdet. Es macht wenig aus, ob man schlicht erklärt, dass die Prinzipien und Mechanismen des Rechts in den Verästelungen eines anderen Systems fertig bereitliegen, oder ob man gestattet, dass seine Prinzipien und Mechanismen durch etwas festgelegt werden, das in ihnen nicht enthalten ist. In beiden Fällen würde die Unabhängigkeit und Selbstbestimmtheit des Rechts verschwinden.

Das Recht hat in seiner langen Geschichte viele Bedrohungen seiner Autonomie erlebt. Aber zwei scheinen ewig zu sein: die Moral und die Auslegung. Die Gefahren, die von beiden ausgehen, sind, wenigstens auf den ersten Blick, verschieden. Moral ist etwas, worauf das Recht bezogen sein möchte, aber nicht zu eng. Ein Rechtssystem, dessen Folgen an jedem Punkt mit unseren moralischen Vorstellungen aneinander geraten, so dass die Kategorien „gesetzmäßig" und „moralisch richtig" nie (oder fast nie) zusammenfallen, wäre sofort verdächtig. Aber ein Rechtssystem, dessen Urteile sich völlig mit unseren moralischen Vorstellungen decken, wäre eben deswegen überflüssig.

---

* STANLEY FISH, The Law Wishes to Have a Formal Existence, in: *There's no such Thing as Free Speech and it's a Good Thing Too.* New York 1994, 141–179 (Ndr. aus: AUSTIN SARAT/THOMAS R. KEARNS (Hrsg.), *The Fate of Law.* Ann Arbor 1991). Ins Deutsche übersetzt von Colin Sample und Dieter Simon.

Der Supreme Court von Utah hat dies in einem Fall, in dem behauptet wurde, dass die grundlose Zahlung einer Partei auf die Hypothek einer anderen den Begünstigten rechtlich zur Rückzahlung verpflichte, prägnant auf den Punkt gebracht. Der Gerichtshof wies das Argument mit der Begründung zurück, „dass durch die Anerkennung einer von der rechtlichen Bindung verschiedenen, rein moralischen Verpflichtung als wirksame *consideration*[*] die Notwendigkeit, eine Vertragspflicht zu finden, praktisch bis zum Verschwinden ausgehöhlt würde"[1]. Mit anderen Worten heißt dies, dass es für das Rechtssystem nichts zu tun gibt, wenn man von jemandes moralischer Pflicht in einer bestimmten Situation direkt auf jemandes rechtliche Verbindlichkeit schließen kann; das Moralsystem hat schon alles erledigt. Es mag scheinen (wie es für viele Naturrechtstheoretiker der Fall ist), dass ein solcher Zusammenfall der Kategorien sich empfiehlt, und sei es auch nur aus Gründen der Effizienz (warum soll man zwei Systeme haben, wenn man auch mit einem zurechtkommt?). Der Verteidiger einer gesonderten Rechtswelt wird indes sofort antworten, dass, weil die Moralvorstellungen notorisch verschieden und umstritten sind, die Gleichsetzung von Recht und Moral jedem Individuum zubilligt, sein eigener Richter zu sein. Statt eines einzigen unerschütterlichen Maßstabes, auf den die streitenden Parteien zurückgreifen können, würden wir viele Maßstäbe haben, ohne die Möglichkeit, zwischen ihnen zu entscheiden. Kurzum: Viele Moralmaßstäbe würden viele Rechte bedeuten, und dem Recht würden die wichtigsten wünschenswerten Eigenschaften fehlen: Allgemeinheit und Stabilität.

An dieser Stelle begegnet die Gefahr, die die Moral dem Recht – oder genauer: dem Rechtsstaat und der Rechtsregel – bereitet, der Gefahr, die von der Auslegung ausgeht. Bindeglied ist der Wunsch, eine breitere und stabilere Perspektive zu finden, als es die Perspektive lokaler oder individueller Betroffenheit ist. Moral frustriert diesen Wunsch, weil in einer Welt mit mehr als einer Kirche der Rückgriff auf Moral immer den Rückgriff auf die anfechtbare Moralvorstellung einer Person oder einer Gruppe bedeutet. Auslegung frustriert diesen Wunsch, weil in jenem pejorativen Sinne, den sie üblicherweise in solchen Diskussionen annimmt, „Auslegung" der Name für das ist, was sich ereignet, wenn die in einem Sachverhalt oder Text eingebetteten Bedeutungen zugunsten jener Bedeutungen beiseite geschoben werden, die von einem beeinflussten, parteiischen Ziel gefordert werden. Auslegung ist in dieser Sicht der Versuch einer Moral, einer besonderen, interessierten Zielsetzung, sich selbst in die Welt hinein auszudehnen,

---

[*] Vgl. unten II. (Zwei Geschichten, ein Vertrag) [157] (C.S./D.S.)

[1] *Manwill v. Oyler,* 11 Utah 2d 433, 361 P.2d 177 (1961).

indem sie ihre Botschaft jedem verfügbaren Raum einschreibt. Es folgt dann, dass irgendein Punkt des Widerstands gefunden werden muss, um die Herrschaftsambitionen aller Sondermoral zu bremsen.

Das ist der Grund, weshalb der Formalismus sich als so anziehend erweist. Der Formalismus behauptet, dass es möglich ist, so selbstgenügsam eindeutige Zeichen zu formulieren, dass sie auslegungsresistent sind. Er behauptet, dass man Sätze von solcher Präzision und Schlichtheit schreiben kann, dass ihre Bedeutung so augenfällig ist, dass niemand – ungeachtet seiner Stellung oder Perspektive – sie ignorieren kann. Der Formalismus meint, dass man Verfahren ersinnen kann, die selbstläufig in dem Sinne sind, dass ihr Ablauf unabhängig ist von den Unterschieden unter den Handelnden, die sie in Gang setzen. In Gegenwart (im starken Sinne Derridas) eines derartigen Zeichens oder Satzes oder Verfahrens wird der interpretierende Wille gestoppt und gezwungen, seine Ziele innerhalb jener Grenzen zu verfolgen, die unübertrumpfbar vorgegeben sind. Er muss die Zeichen in Betracht ziehen, er muss die sich selbst erklärenden Gründe respektieren, er muss dem von den unnachgiebigen Verfahren vorgezeichneten Weg folgen, und wenn er dann gewinnt, wird der Sieg fair, gerecht und begründet sein.

Offenkundig besteht die Attraktivität des Formalismus in der Zahl der Probleme, die er löst oder wenigstens zu lösen scheint. Er stattet das Recht mit einer greifbaren Manifestation seines basalen Anspruchs, stabil und allgemein zu sein, aus; d. h. nicht schwankend und wechselnd, sondern als Referenzpunkt feststehend, auf den bezogen der Wechsel bewertet und kontrolliert werden kann. Er befähigt das Recht, widersprüchliche inhaltliche Standpunkte in Schach zu halten, durch die Errichtung prozeduraler Schwellenerfordernisse, die jene Ansprüche zwingen, eine Form anzunehmen, die das System anerkennt. Der Gedanke ist, dass dann, wenn eine Frage erst einmal als *Rechtsfrage* gestellt wurde, wenn sie in die richtige *Form* gebracht wurde, die Antwort auf sie durch Folgerungsbeziehungen zwischen dieser Form und anderen Formen des Systems gegeben wird. Wie Kelsen es in einem Buch, das treffend „Reine Rechtslehre" heißt, sagte:

> „Das Recht (ist) eine Ordnung ... und ... daher sind alle Rechtsprobleme als Ordnungsprobleme gestellt und zu lösen ... Die Rechtstheorie wird so zu einer von allen ethisch-politischen Werturteilen befreiten, möglichst exakten Strukturanalyse des positiven Rechts."[2]

Kelsens letzte Formel sagt alles: Das Reich des Ethischen, das Reich des Politischen und das Reich der Werte im Allgemeinen sind Bedrohun-

---

[2] HANS KELSEN, *Reine Rechtslehre*. 2. Auflage, Wien 1960, 195.

gen der Integrität des Rechts. Sie repräsentieren das, was ferngehalten werden muss, wenn Recht etwas anderes sein soll als eine falsche Bezeichnung für den lokalen (und illegitimen) Triumph eines partikularen Standpunktes.

Es gibt wenigstens zwei starke Argumente gegen diese Rechtskonzeption: Das erste, welches wir das humanistische Argument nennen könnten, wendet ein, dass ein so aufgefasstes Rechtssystem verarmt ist und dass, wenn man erst einmal die Verfahren von den Werten abgetrennt hat, es sich als außerordentlich schwer, wenn nicht unmöglich erweist, sie in Einzelfällen wieder miteinander zu verbinden. Da die von einem rein formalen System erzeugten Antworten inhaltsleer sein werden (das ist schließlich der formalistische Anspruch), wird die Wiedereinführung von Inhalt immer willkürlich sein. Das zweite Argument, das wir „radikal" oder „kritisch" nennen könnten, würde einfach feststellen, dass ein rein formales System unmöglich ist und dass jedes System, das auf diesen Status Anspruch erhebt, bereits mit dem behaftet ist, was es auszuschließen beansprucht. Werte, seien sie ethischer oder politischer Art, befinden sich immer schon diesseits der Mauer, und die Anhänger des Systems wissen entweder nichts von dessen Quellen oder sie sind damit befasst, sie mittels einer politischen Anstrengung zu verdunkeln, indem sie eine Scheinreinheit behaupten.

Im Folgenden werde ich eine Version der zweiten Antwort ausarbeiten und darlegen, dass das Recht, wie sehr es auch immer formal sein möchte, damit keinen Erfolg haben kann, weil – auf jeder Ebene, von der höchsten Abstraktion bis zum Einzelnen und Detailliertesten – jede Konkretisierung des Rechts bereits durch Auslegung infiziert und deshalb in Frage gestellt ist. Gleichwohl wird mein Ergebnis nicht sein, dass es dem Recht nicht gelingt, formal zu sein, sondern dass es, in einem Sinne, den ich erläutern werde, damit immer erfolgreich ist, obwohl die Natur dieses Erfolges – er ist eine politisch-rhetorische Leistung – dem Formalisten bitter schmeckt.

Was in Auseinandersetzungen über den Formalismus auf dem Spiel steht, können wir begreifen, wenn wir uns einer jüngeren (Juli 1988) Entscheidung des Richters Alex Kozinski vom Berufungsgericht der Vereinigten Staaten für den 9. Bezirk zuwenden.[3] Der Fall betraf die Absicht einer Baugesellschaft namens Trident Center, ein Darlehen zu günstigeren Raten als den ursprünglich vereinbarten zurückzuzahlen. Unglücklicherweise (so schien es jedenfalls) unterband der Wortlaut der Originalvereinbarung ein solches Vorhaben mit folgender Klausel:

---

[3] *Trident Center v. Connecticut General Life Insurance Company, 847 F.2d 564* (9th Cir. 1988).

> „Der Hersteller soll nicht das Recht haben, von jetzt an die Kapitalsumme ganz oder teilweise innerhalb der ersten 12 Jahre zurückzuzahlen."[4]

Der Anwalt von Trident stützte sich auf eine andere Stelle in der Vereinbarung, wo es heißt: „im Falle einer Vorwegzahlung wegen Nichterfüllung ... vor dem 10. Januar 1996, beträgt die Vertragsstrafe für die Vorwegzahlung 10 %"[5]. Er behauptete, dass diese Klausel Trident die Option einräume, das Darlehen vorfristig zurückzuzahlen, unter der Voraussetzung, dass Trident bereit sei, eine Strafe wie vorgesehen zu bezahlen. Kozinski zeigte sich vollkommen unbeeindruckt von dieser Argumentation und wischte sie, wie er selbst sagte, „ohne weiteres" vom Tisch,[6] indem er zu seiner Rechtfertigung den klaren und eindeutigen Wortlaut des Vertrages zitierte. Unter Bezugnahme auf die Behauptung von Trident, dass die Gesellschaft berechtigt sei, Nichterfüllung herbeizuführen, indem sie den Kontoausgleich einschließlich der 10% Buße anbiete, erklärte Kozinski, dass „der oben zitierte Wortlaut des Vertrages keinen Raum für eine solche Konstruktion lässt"[7], ein Urteil, das durch den Umstand Lügen gestraft wurde, dass Tridents Anwalt es fertig brachte, für gerade diese Konstruktion in seiner Argumentation Raum zu schaffen.

Es ist ein Charakteristikum von Fällen wie diesem, bei denen es um das Problem geht, was gesagt wurde und was nicht „ausdrücklich" gesagt wurde, dass die Verkündung einer unbestreitbaren Meinung immer während eines Streites über eben diese erfolgt. Im Hinblick auf Kozinskis rhetorische Haltung könnte das „bloße Zitieren" (das ist sein Ausdruck und zwar ein ziemlich gefährlicher für seine Position) des Vertragswortlautes ausreichend sein, allen Streit zu beenden. Aber was er selbst unmittelbar in Gang setzt, ist Argumentation, indem er eine Folge von Analysen anbietet, die dafür bestimmt sind, seine Behauptung zu stützen, dass es

> „schwer ist, sich eine Sprache vorzustellen, die klarer und eindeutiger die Idee zum Ausdruck bringt, dass es Trident nicht gestattet ist, einseitig [dieses Wort ist verräterischer als Kozinski erkennt] das Darlehen während der ersten zwölf Jahre zurückzuzahlen".[8]

Wenn dies tatsächlich so wäre, dann wäre es kaum zu begreifen, warum Kozinski sich genötigt fühlen sollte, wieder und wieder seine Meinung darzulegen. Ich werde seine Argumente nicht aufnehmen und sage nur allgemein, dass sie nicht sonderlich überzeugend sind und re-

---

[4] *Trident Center v. Connecticut General* (Fn. 3), 566.
[5] Ebd.
[6] Ebd.
[7] Ebd., 567.
[8] Ebd., 566.

gelmäßig dazu führen, gerade jenen Interpretationsspielraum zu eröffnen, den Kozinski für nicht vorhanden erklärt. So behauptet er zum Beispiel, dass die Interpretation von Trident [145] „auf einen Widerspruch zwischen zwei Vertragsklauseln hinausläuft", während die

> „normale Verfahrensregel ... die ist, dass die Gerichte Verträge, wenn möglich, so interpretieren müssen, dass innere Widersprüche vermieden werden".[9]

Aber es ist überhaupt kein Trick (oder wenigstens kein besonders raffinierter), die zwei Klauseln so zu interpretieren, dass sie sich auf zwei verschiedene vorweggenommene Situationen beziehen und nicht widersprüchlich sind (genau dies tun die Juristen von Trident): Bei normalem Verlauf der Dinge, wie er durch die Raten und den im Vertrag festgelegten Zeitplan der Zahlungen definiert ist, hat Trident kein Recht auf vorzeitige Zahlung; aber im außergewöhnlichen Fall der Nichterfüllung soll die Strafklausel mit vorzeitiger Zahlung wirksam werden. Selbstverständlich ist Kozinski mit Einwänden gegen diese Argumentationslinie gewappnet, aber diese Einwände umreißen ihrerseits eine Argumentationslinie und haben die Funktion (nicht weniger als die Interpretationen, die er zurückweist), den Wortlaut, dessen Vollständigkeit er ständig beschwört, aufzufüllen.

Kurzum (und das ist ein Punkt, auf den ich noch öfter zurückkommen werde): Kozinskis Behauptung der Existenz passfertiger, formaler Schranken wird von seinen Bemühungen Lügen gestraft, das zu stabilisieren, worauf er angeblich vertraut, nämlich die eindeutige Bedeutung einer absolut klaren Sprache. Der Akt der Konstruktion, von dem er sagt, dass für ihn kein Raum sei, wird von ihm kontinuierlich vollzogen. Mehr noch: Er vollzieht ihn in einer Weise, die sich nicht von jener unterscheidet, die er tadelt. Trident, so klagt er, versuche „eine gerichtliche Unbedenklichkeitsbescheinigung für die beabsichtigte Nichterfüllung zu erreichen",[10] und die Lesart, die ihre Juristen vorschlagen, sei eher eine Verlängerung dieser Absicht als eine treue Wiedergabe dessen, was die Urkunde enthalte. Die Folgerung ist, dass *seine* Lesart nicht die Verlängerung von irgendetwas ist, von keinerlei Zweck ausgeht, abgesehen vom Zweck, skrupulös wörtlich sein zu wollen. Aber schon seine nächsten Worte enthüllen einen anderen, weniger desinteressierten Zweck:

---

[9] *Trident Center v. Connecticut General* (Fn. 3), 566.
[10] Ebd., 568.

> „Aber Nichterfüllung ist eine schmutzige Angelegenheit und sollte es sein ... Angst vor diesen Sanktionen ist eine kräftige Medizin, die die Schuldner davon abhält, sich vor ihren Verpflichtungen zu drücken ..."[11]

Und er ist natürlich jetzt dabei, diese kräftige Medizin durch seine Lesart zu verschreiben, eine Lesart, die nicht durch Vereinbarung erzeugt wurde, sondern durch seinen vorausgehenden Entschluss, Vertragspflichten, wann er kann, durchzusetzen. Der Widerspruch besteht also nicht (wie er es darzustellen sucht) zwischen der Rücksichtnahme auf das, was „der Vertrag offenkundig ... vorsieht",[12] und dem Verdrehen des Wortlauts gemäß einem von vornherein festgelegten Ziel, sondern zwischen zwei Verdrehungen, von denen eine kraft ihrer institutionellen Position – schließlich ist Kozinski der Richter – den Sieg davontragen wird.

Nur – sie tut es nicht. In der zweiten Hälfte seines Urteils gibt es eine überraschende Wende, die uns die weitere Problematik, die Kozinski in dem Fall sieht, zu Bewusstsein bringt und die Heftigkeit seiner Sprache (in der öfter der Zorn anklingt) erklärt. Die Wende besteht darin, dass Kozinski für Trident entscheidet, indem er die Erklärung des Bezirksgerichts kassiert, dass die klare und eindeutige Natur des Dokuments Trident keinen Klagegrund biete, und indem er auch die vom selben Gerichtshof verhängte Strafe wegen leichtfertigen Prozessierens außer Kraft setzt.

Mit dieser Handlung reagiert Kozinski auf das zweite Argument von Trident, welches lautet, dass „auch wenn die Sprache des Vertrages eindeutig zu sein scheint, doch die Vereinbarung, die die Parteien wirklich trafen, davon [146] ziemlich verschieden ist" und dass „externe Beweise" zeigen,

> „dass die Parteien übereingekommen sind, Trident könne jederzeit innerhalb der ersten 12 Jahre zurückzahlen, indem sie den vollen Betrag plus einer 10%igen Buße wegen Vorwegzahlung zahlt".[13]

Kozinski macht klar, dass er dieses Argument zurückweisen und auf das traditionelle Vertragsprinzip der Mündlichkeitsbeweisregel* bauen möchte, jene Regel (nicht des Beweises, sondern des Rechts), nach der „externer Beweis nicht zugelassen wird, um die Worte einer unzwei-

---

[11] *Trident Center v. Connecticut General* (Fn. 3), 568.

[12] Ebd., 567, Anm. 1.

[13] Ebd., 568.

* *Parol evidence rule*: das Dogma, dass gegen eine Urkunde mündlicher Beweis einer abweichenden früheren oder gleichzeitigen mündlichen Vereinbarung nicht zulässig ist (CS/DS).

deutigen, integrierten* schriftlichen Vereinbarung zu interpretieren, zu ändern oder zu ergänzen".[14]

Er räumt allerdings ein, dass diese Regel in Kalifornien seit dem Fall *Pacific Gas & Electric Co.* gegen *G. W. Thomas Drayage & Rigging Co.*[15] nicht mehr befolgt worden ist, ein Fall, in dem der staatliche Oberste Gerichtshof bekanntlich erklärte, dass es so etwas wie ein klares und eindeutiges Dokument nicht gebe, weil es „unmöglich ist, die Bedeutung, die die Parteien den Worten gaben, allein aus der Urkunde zu entnehmen".[16] Mit anderen Worten (meinen, nicht denen des Gerichts): Eine Urkunde, die oberflächlich besehen klar und eindeutig zu sein scheint, scheint deshalb so, weil „externes Beweismaterial" – also Informationen über die Bedingungen ihrer Errichtung einschließlich der Lage und des Gemütszustandes der Vertragsparteien – schon vorhanden und als Hintergrund vorausgesetzt ist. Was die Mündlichkeitsbeweisregel ausschließen soll, ist schon, und zwar notwendigerweise, in jenem Augenblick zitiert, in dem der Schriftsinn verstehbar wird. Mit einer bravourösen Geste drückt Kozinski zunächst seinen Abscheu vor jener Entscheidung aus („sie zerbröselt das Fundament unseres Rechtssystems"[17]) und dann verstößt er gegen sie, indem er sich ihr beugt.

> „Obschon wir unsere Zweifel an der Weisheit von *Pacific Gas* haben, haben wir keine Schwierigkeiten, den Sinn auch ohne einen externen Beweis, der uns führt, zu verstehen .... Wir müssen kassieren und an das Distriktgericht zurückverweisen, um dem Kläger Gelegenheit zu geben, einen externen Beweis über die Absichten der Parteien anzutreten."[18]

Das heißt:

> „Sie sagen, dass Worte keine klare und feststehende Bedeutung haben können und dass deshalb ein externer Beweis nicht ausgeschlossen werden darf. Ich denke, Sie haben Unrecht und weise Sie hiermit zurück, indem ich streng der Regel folge, die Sie mit Ihren Worten festgelegt haben."

Aber natürlich hat er das nicht getan. Die ganze Geschichte der Mündlichkeitsbeweisregel – die Zwecke, denen sie dienen soll, die Ängste, auf die sie eine Antwort ist, die Hoffnungen, die sie birgt – bildet das externe Beweismaterial, bei dessen Annahme der Text des Falles jenen Sinn ergibt, den Kozinski „buchstäblich" nennt. Wenn er seine abschließende Formulierung einleitet (das richterliche Äquivalent zu „Du

---

* Von erfolgter *integration* spricht man, wenn die Bedingungen der getroffenen Übereinkunft in das Schriftstück aufgenommen wurden (CS/DS).

14 *Trident Center v. Connecticut General* (Fn. 3), 568.

15 *Pacific Gas & Electric Co. v. G. W. Thomas Drayage & Rigging Co.*, 68 Cal.2d 33, 442 P.2d 641 (1968).

16 *Trident Center v. Connecticut General* (Fn. 3), 568 (zitiert: 69 Cal.2d 38).

17 Ebd., 569.

18 Ebd., 569–570.

kannst mich"), indem er sagt, „wie wir die Regel lesen", erkennt er an, dass das, was er tut, *lesen* ist und nicht bloß entgegennehmen.[19] Und dies anzuerkennen bedeutet anzuerkennen, dass *Pacific Gas* auch anders gelesen werden kann. Nichtsdestoweniger ist Kozinskis an Richter Traynor[*] adressierte Herausforderung belangvoll. Denn er sagt, dass die Frage, ob es möglich ist oder nicht, „eine ‚perfekte mündliche Äußerung'"[20] zu machen – eine Äußerung, die [147] als „wirksame Einschränkung für öffentliches und privates Verhalten"[21] dienen soll – nicht durch das Urteil eines Gerichtes geklärt werden wird. Entweder ist es möglich oder ist es nicht möglich; entweder können ein Gerichtshof oder ein Gesetzgeber oder eine verfassunggebende Versammlung Worte in der Weise anordnen, dass sie einschränken, was Interpreten mit ihnen machen können, oder sie können dies nicht. Der Beweis wird in der Sache liegen, in dem, was Texten zustößt oder Teilen von Texten, die die Zuflucht dieser (formalistischen) Hoffnung sind. Die Mündlichkeitsbeweisregel wird die erwünschte Wirkung nicht haben, wenn niemand in der Lage ist, ihr zu folgen.

Dass dies tatsächlich der Fall ist, zeigt allein schon der Versuch, die Regel zu formulieren. Man betrachte zum Beispiel die Formulierung, die sich in Abschnitt 2-202 des Uniform Commercial Code findet:

> „Den Bedingungen, denen die Bestätigungsschreiben der Parteien zustimmen oder die in anderer Weise in einem Schriftstück festgelegt wurden, das von den Parteien als gültiger Ausdruck ihrer Vereinbarung hinsichtlich der darin aufgenommenen Bedingungen angesehen wurde, kann nicht unter Berufung auf eine frühere Vereinbarung oder eine gleichzeitige mündliche Absprache widersprochen werden. Aber sie können erläutert oder ergänzt werden a) im Wege von Verhandlungen oder durch den Handelsbrauch (Abchnitt 1-205) oder im Wege der Leistung (Abschnitt 2-208) und b) durch den Nachweis konsistenter zusätzlicher Bedingungen, es sei denn, das Gericht findet, dass das Schriftstück als vollständige und ausschließliche Erklärung der Vertragsbedingungen angesehen worden ist."[22]

Man könnte nahezu an jeder Stelle innehalten, um die Schwierigkeiten sichtbar zu machen, die für jeden potentiellen Nutzer dieses Abschnittes bereitliegen – beginnend etwa mit der Gegenüberstellung von „Schriftstück" und „angesehen wird", welche den Konflikt reproduzieren, der gelöst werden soll (hat das Schriftstück sich zu seiner eigenen Bedeutung und Vollständigkeit zu äußern oder haben wir hinter es auf

---

[19] *Trident Center v. Connecticut General* (Fn. 3), 569.

[*] Richter Traynor saß dem State Supreme Court vor, der die Pacific Gas-Entscheidung fällte (CS/DS).

[20] *Trident Center v. Connecticut General* (Fn. 3), 569 (zitiert: 69 Cal.2d 37).

[21] Ebd., 569.

[22] *Uniform Commercial Code*, 10. Aufl., St. Paul (Minnesota) 1987, 71.

die Absichten der Parteien zu blicken?). Gestatten Sie, dass ich mich gleichwohl auf den Unterschied zwischen Erläutern oder Ergänzen und Widersprechen oder Variieren konzentriere.

Die Frage ist, wie man sagen kann, dass ein umstrittenes Beweisstück das eine oder das andere bewirkt. Die Antwort ist, dass man dies nur sagen könnte, wenn das Dokument, auf das bezogen der Beweis als dieser oder jener bezeichnet wurde, seine eigene Bedeutung erklären würde, denn nur dann könnte man auf „es" sehen und dann auf den Beweis und anschließend diesen als erläuternd oder widersprüchlich bezeichnen. Aber wenn die Bedeutung und Vollständigkeit des Dokuments selbstevident (ein wundervoll genauer Ausdruck) wären, dann wäre ein erläuternder Beweis überflüssig und das Problem würde niemals entstehen. Und auf der anderen Seite, wenn Bedeutung und Vollständigkeit des Dokuments nicht selbst-evident sind – wenn „es" nicht vollständig ist, sondern zusammengestückelt werden muss, um zu werden, was „es" ist – dann kann die Beziehung eines Stücks des so genannten äußeren Beweises zu „ihm" erst bestimmt werden, nachdem der Beweis zugelassen wurde und nicht mehr äußerlich ist. Entweder gibt es kein Problem oder es kann nur unter Rückgriff auf das, worüber gestritten wird, gelöst werden.

[148] Genau dasselbe Schicksal erwartet die Unterscheidung zwischen „konsistenten zusätzlichen Bedingungen" und zusätzlichen Bedingungen, die inkonsistent sind. „Konsistent in Beziehung wozu?", ist die Frage; die Antwort lautet: „Konsistent in Beziehung zum Dokument". Aber wenn das Dokument klar genug wäre, um seine eigenen Bedingungen zu formulieren, wären keine zusätzlichen Bedingungen nötig, um sie zu erläutern (Unterabschnitt b] ist, wie Sie sich erinnern werden, eine Erklärung für „erläutert oder ergänzt"), und wenn zusätzliche Bedingungen erforderlich sind, dann ist noch nichts da, wozu sie konsistent oder inkonsistent sein könnten. Das unterschwellige Problem hier hängt mit der – vorausgesetzten, aber nie in diesem Zusammenhang geprüften – Unterscheidung zwischen innen und außen zusammen, zwischen dem, was das Dokument enthält und was extern ist. Es ist klar, dass die Bestimmung dessen, was „innen" ist, immer eine Funktion dessen sein wird, was als „außen" befindlich schon vorausgesetzt wurde (Ich benutze Anführungszeichen, um anzudeuten, dass die Unterscheidung eine interpretatorische und keine absolute ist). Wie es ein Kommentar formuliert:

> „Fragen, die die Zulässigkeit des Mündlichkeitsbeweises betreffen, können nicht gelöst werden, ohne die Natur und den Umfang des Beweises, der angeboten wird, zu berücksichtigen."

Und:

> „Deshalb muss das Gericht über das Schriftstück hinausgehen, um zu entscheiden, ob das Schriftstück als endgültiger Ausdruck der Übereinkunft der Parteien angesehen werden kann."[23]

Das ist nirgends offensichtlicher als im Bereich des *Handelsbrauches,* des ersten Wissenskomplexes, den der Commercial Code als besonders erklärungswirksam auszeichnet. *Handelsbrauch* bezieht sich auf Bedeutungskonventionen, die routinemäßig von den Mitgliedern eines Handelszweigs oder einer Industrie zugrundegelegt werden. Er wird in Gegensatz zum *Normalgebrauch* gesetzt, das heißt, zu den Bedeutungen, die Worte normalerweise aufgrund ihres Platzes in der Struktur des Englischen haben. Die Bereitschaft der Gerichte, *Handelsbrauch* als legitime Erläuterung der Vertragssprache anzusehen, scheint nur ein kleines Zugeständnis an den Wunsch des Rechts zu sein, eine öffentliche – d. h. objektive – sprachliche Basis zu finden, aber tatsächlich ist sie tödlich, denn sie stößt eine Tür auf, die nicht mehr geschlossen werden kann (und es niemals gewesen ist).

In einem typischen Handelsbrauch-Fall wird einer Partei die Möglichkeit gegeben, zu „beweisen", dass die Worte einer Vereinbarung nicht das bedeuten, was sie zu bedeuten scheinen, da sie aus einem speziellen Kontext stammen, einem Kontext, der durch die Erwartungen der Parteien definiert ist. So wurde z. B. in einem bestimmten Fall behauptet, dass aufgrund von *Handelsbrauch* der Begriff des Seehandels „Juni bis August" in einer Vereinbarung als „unter Ausschluss der Lieferung im August" zu lesen sei,[24] und in einem anderen Fall brachte die Einführung des Handelsbrauches das Gericht dazu, zu behaupten, dass ein Auftrag über Einundneunzig-Zentimeter-Stahl durch die Lieferung von Vierundneunzig-Zentimeter-Stahl erfüllt worden sei.[25] Aber wenn „Juni bis August" unter bestimmten, zweifellos überzeugenden Umständen so verstanden werden kann, dass der August ausgeschlossen ist und „Einundneunzig" „Vierundneunzig" bedeutet, dann kann alles alles bedeuten, sobald ein einigermaßen ausgearbeitetes Argument zur Stelle ist: „Einundneunzig" kann „Einhundertneunzig" bedeuten oder, im Falle eines Code, der so feststehend eingeführt ist, dass er die Erwartungen der Parteien beherrscht, könnte „Einundneunzig" auch heißen: „Zünde die Atombombe!"

---

[23] GORDON D. SCHABER/CLAUDE D. ROHER, *Contracts in a Nutshell*, 2. Aufl., St. Paul (Minnesota) 1984, 243.

[24] *Warren's Kiddie Shoppe, Inc. v. Casual Slacks, Inc.*, 120 Ga. App. 578, 171 S.E. 2d 643 (1969).

[25] *Dekker Steel Co. v. Exchange National Bank of Chicago*, 330 F.2d 82 (1964).

Wem diese Argumentationsbahn allzu überstürzt einen schlüpfrigen Hang hinabzuführen scheint, [149] der betrachte den oft zitierten Fall *Columbia Nitrogen Corporation* gegen *Royster Company*.[26] Die beiden Firmen hatten einen Vertrag geschlossen, nach welchem Columbia auf drei Jahre von Royster jährlich 31.000 Tonnen Phosphat kaufen sollte, mit einer Option, die Vertragsdauer zu verlängern. Die Vereinbarung war mit „detaillierten Vorschriften betreffend den Grundpreis, Steigerungen, Mindesttonnage und Liefertermine"[27] versehen, aber als die Phosphatpreise fielen, bestellte Columbia und nahm nur ein Zehntel dessen ab, was vereinbart war. Royster klagte verständlicherweise wegen Vertragsbruchs und erhielt ein Urteil des Landgerichts, das ihm 750.000 $ zusprach. Columbia legte Berufung ein, mit der Behauptung, dass in der Düngemittelindustrie

> „aufgrund ungewisser Ernten und Wetterbedingungen, Anbaumethoden und landwirtschaftlicher Regierungsprogramme ausdrückliche Preis- und Mengenbedingungen in Verträgen ... bloße Projektionen sind, die entsprechend den Marktgegebenheiten berichtigt werden müssen".[28]

Man möchte annehmen, dass dieses Argument versagen würde, denn es läuft darauf hinaus, festzustellen, dass der Vertrag das Papier nicht wert ist, auf dem er geschrieben steht. Wenn neu auftretende Umstände immer als bestimmend angesehen werden könnten, selbst angesichts sorgfältig ausgehandelter Bedingungen – warum soll man dann überhaupt verhandeln? Royster bringt diesen Punkt nicht direkt, sondern versucht, den (scheinbar) kürzeren Weg des Abschnitts 2-202 zu gehen. Schließlich ist selbst ein Handelsbrauch nach diesem Abschnitt dann unzulässig, wenn er den Bedingungen der Vereinbarung eher widerspricht, als dass er sie erklärt, und wie eine Autorität beobachtete,

> „ist es schwer, sich einen ... Handelsbrauch vorzustellen, der direkter einer ausdrücklichen Vertragsbedingung widerspricht, als es der der *Columbia Nitrogen Corporation* tut".[29]

Der Gerichtshof sah es allerdings nicht so. Obwohl das Urteil behauptet, dass es „die wohlbegründete Regel" bestätige,

> „wonach der Nachweis eines Handelsbrauchs ausgeschlossen werden soll, wenn nicht vernünftig dargelegt werden kann, dass er mit den Vertragsbedingungen übereinstimmt"[30],

widerlegt diese Bestätigung sich selbst. Denn indem der Gerichtshof das Vorbringen eines „vernünftigen Konstrukts" anstatt einer offen-

---

[26] *Columbia Nitrogen Corporation v. Royster Company*, 451 F.2d 3 (1971).
[27] *Columbia Nitrogen v. Royster Company* (Fn. 26), 9.
[28] Ebd., 7.
[29] STEVEN EMANUEL/STEVEN KNOWLES, *Contracts*. Larchmont (New York) 1987, 160.
[30] *Columbia Nitrogen v. Royster Company* (Fn. 26), 9.

kundigen Unvereinbarkeit (wie 31.000 unvereinbar ist mit 3.100) zur Zulässigkeitsschwelle macht, räumt er mehr oder weniger ein, dass das, was zur Erfüllung des Abschnitts erforderlich ist, nicht die Darlegung einer formalen Kongruenz, sondern eine Übung in rhetorischen Fähigkeiten ist. Solange eine Partei eine Geschichte erzählen kann, die hinreichend umfassend ist, so dass sie erlaubt, die Vertragsbedingungen und den Nachweis des Handelsbrauchs komfortabel in ihren Rahmen einzupassen, solange wird jener Nachweis für konsistent und nicht für widersprechend angesehen werden. Was ein „vernünftiges Konstrukt" ist oder nicht, erweist sich als Funktion der Überzeugungskraft des Konstrukteurs und nicht als Funktion irgendeiner formalen Tatsache, die schon deutlich ist, bevor irgendein Überredungsakt stattgefunden hat.

Der Umfang, in welchem dieser Gerichtshof bereit ist, der Übung rhetorischen Einfallsreichtums Raum zu geben, zeigt sich an seiner endgültigen Zurückweisung der Behauptung von Royster, dass es in dem Vertrag keinerlei Vereinbarung über die Anpassung seiner Bedingungen gebe, um damit [150] auf einen nachgebenden Markt zu reagieren. „Genau so ist es", sagte das Gericht, es gibt dafür keinen Hinweis im Vertrag und eben deshalb ist ihre Einbringung weder ein Widerspruch noch eine Inkonsistenz. Eben weil

> „der Vertrag über die Anpassung von Preisen und Quantitäten schweigt ... erlaubt er weder eine Anpassung noch verbietet er sie, und diese Neutralität liefert eine günstige Gelegenheit für den Rückgriff auf den Handelsbrauch, um den Vertrag zu ergänzen und seine Bedingungen zu erklären".[31]

Unnötig zu sagen, dass eine solche Auslegung als Interpretationsstrategie nahezu alles autorisieren könnte. Sie ist ihrerseits durch den ersten offiziellen Kommentar zu Abschnitt 2-202 autorisiert (und weshalb eine Vorschrift, die doch dazu bestimmt ist, den Vorrang vollständig integrierter Schriftstücke anzugeben, ihrerseits kommentierungsbedürftig ist, ist eine derart offenkundige Frage, dass es sich erübrigt, sie zu stellen):

> „Dieser Abschnitt weist endgültig die Annahme zurück, der Umstand, dass ein Schriftstück ausgestellt wurde, das bezüglich einiger Materien endgültig ist, könne gestatten, es so zu behandeln, als enthalte es alle getroffenen Vereinbarungen."[32]

Oder mit anderen Worten: Der Umstand, dass ein Schriftstück etwas Relevantes zum Sachverhalt sagt, bedeutet nicht, dass es alles dazu sagt; es mag zu einigen Dingen schweigen, und in Bezug auf diese Dinge ist die Mündlichkeitsbeweisregel zulässig. Aber natürlich ist die

---

[31] *Columbia Nitrogen v. Royster Company* (Fn. 26), 9–10.
[32] *Uniform Commercial Code* (Fn. 22), 71.

Zahl der Dinge unendlich, über die ein wie auch immer interpretiertes Dokument schweigt, und folgerichtig gibt es keinen Stop für die Informationen, die eingeführt werden können, wenn sie sich nur erzählerisch mit dem Dokument verbinden lassen, das jetzt zu einer bloßen (wenngleich einer bedeutsamen) Komponente in einem breiteren vertraglichen Kontext wird.

Ein Weg, dies zu bewerkstelligen, wird durch die Mehrheitsmeinung im Fall Masterson gegen Sine[33] veranschaulicht. In diesem Fall wurde dem Versuch eines Konkursverwalters, ein Vorkaufsrecht auf ein bestimmtes Grundstück auszuüben (mit der Begründung, dass das Vorkaufsrecht der Konkursmasse zustehe), mit externen mündlichen Beweisen widersprochen, die nahe legten, dass es die Absicht der vertragschließenden Parteien war, das Eigentum in der Familie zu halten (Herr Masterson und Frau Sine waren Bruder und Schwester) und „dass deshalb das Vorkaufsrecht ein persönliches für die Treugeber ist und durch den Verwalter nicht ausgeübt werden kann".[34] Das Instanzgericht ließ den Beweis mit der Begründung nicht zu, der schriftliche Vertrag sei eine vollständige und endgültige Verkörperung der Vertragsbedingungen und sage nichts über die Abtretbarkeit des Vorkaufsrechts. Das Berufungsgericht in der Person von Chief Justice Traynor (derselbe Traynor, der in Kozinskis Augen die Schurkerei mit Pacific Gas beging) antwortete mit der Feststellung: Ja, „die Urkunde schweigt zur Frage der Abtretbarkeit",[35] aber gerade dieses Schweigen sei ein Grund gewesen, die Beweisführung zuzulassen, nicht als Kommentar zu der schriftlichen Vereinbarung, sondern als Beweis einer Nebenabrede – einer Abrede zu einer verwandten, aber benachbarten Angelegenheit – die mündlich getroffen worden war.

Die Schönheit dieser Neubeschreibung der Situation besteht darin, dass sie es fertig bringt, gleichzeitig die Integrität der in die Urkunde aufgenommenen Vereinbarung zu retten und eine andere Vereinbarung zu schaffen, deren Einlösung den Effekt hat, dass sie das, was die integrierte Vereinbarung zu sagen scheint, kassiert. Dies alles wurde erreicht, indem eine andere Geschichte über die Verhandlungen erzählt wurde. Die Parteien führten nicht eine, sondern zwei Verhandlungen. In der einen wurden die Fragen der Abtretung [151] des Landes und der Option des Abtretenden auf Rückkauf geregelt; in der anderen (mündlich geführten) wurde die Frage der Reservierung der Option für Familienmitglieder geregelt. Die Erfordernisse des Formalismus sind zugleich erfüllt und vermieden; ein Resultat, das zwei Richter veran-

---

[33] *Masterson v. Sine*, 65 Cal. Rptr. 545, 436 P.2d 561 (Cal. Sup. Ct. 1968).
[34] *Masterson v. Sine* (Fn. 33), 562.
[35] Ebd., 565.

lasste, in abweichenden Voten darüber zu klagen, dass die Mündlichkeitsbeweisregel ausgehöhlt werde, dass die Entscheidung alle Abtretungsurkunden suspekt mache, ganz gleich wie vollständig und komplett diese seien, und dass das Vertrauen, das man früher in geschriebene Dokumente gesetzt haben mochte, materiell untergraben worden sei.

Es mag den Anschein haben, dass es diese Schlussfolgerung ist, zu der ich für meine Person im Laufe der Vorstellung dieser Beispiele gelangte. Denn gewiss ist die Moral von Columbia Nitrogen, Warren's Kiddie Shoppe, Dekker Steel, Pacific Gas und Masterson v. Sine (und von zahllosen anderen, die angeführt werden könnten) die, dass die Mündlichkeitsbeweisregel als Schranke gegen interpretative Angriffe auf die explizite Sprache von Verträgen und Verordnungen vollständig ineffektiv ist. Aber die Lehre, die ich daraus ziehen möchte, geht in eine völlig andere Richtung, eine, die sowohl die Macht der Mündlichkeitsbeweisregel bekräftigt (wenn auch nicht in einer Weise, die Formalisten angenehm finden werden) als auch die der Sprache, deren „Rechte" sie schützen möchte, um „eine wirksame Schrankenziehung für öffentliches und privates Verhalten zu liefern".[36]

Es ist sicher so, dass Masterson gegen Sine sowie Columbia Nitrogen und die anderen lehren, dass ein Vertrag, gleichgültig, wie sorgfältig er aufgesetzt wurde, seiner Einbettung in eine überzeugend erzählte Geschichte nicht widerstehen kann und dass sich im Laufe der Entfaltung dieser Geschichte die ursprüngliche Bedeutung ändert. Aber dieselben Fälle deuten auch an, dass die so erzählte Geschichte nicht irgendeine beliebige Geschichte sein kann. Es muss eine sein, die ihre Kohärenz aus jenen Materialien gewinnt, deren Berücksichtigung von ihr verlangt wird. Der bedeutende Umstand beim Masterson-Fall ist nicht, dass es hier dem Gericht gelungen ist, der Mündlichkeitsbeweisregel auszuweichen, sondern dass es die Mündlichkeitsbeweisregel ist – und nicht das erste Kapitel der Genesis oder das erste thermodynamische Gesetz –, der auszuweichen es sich verpflichtet fühlt. Das heißt, angesichts der Zwänge der institutionellen Umwelt – Zwänge, die dazu beitragen, das zu beurteilende Problem zu formen – konnte das Gericht auf seinem Weg nicht voranschreiten, ohne die Mündlichkeitsbeweisregel zu zitieren und zu behandeln (und das wäre selbst dann wahr, wenn die Regel nicht von jenem eifrigen Treuhänder zitiert worden wäre); folglich wird der Pfad zu jenem Ergebnis, das das Gericht schließlich erzielt, teilweise gerade von der Lehre gebahnt, die dieses Ergebnis nicht billigt.

---

[36] *Trident Center v. Connecticut General* (Fn. 3), 569.

Man sieht dies klar an dem Weg, den das Gericht zu der Entdeckung einschlägt, dass es nicht eine, sondern zwei Vereinbarungen gegeben hat. Es ist nicht hinreichend, sagt das Gericht, zu beachten, dass, wenn eine Vereinbarung zu einem Punkt schweigt, auf ihn bezügliche Informationen zugelassen sind, weil der offizielle Kommentar zu Abschnitt 2-202 hinzufügt:

> „Wenn die zusätzlichen Bedingungen von der Art sind, dass, wenn sie vereinbart worden wären, sie aus Sicht des Gerichts sicher in den Vertrag aufgenommen worden wären, dann muss der Beweis ihrer behaupteten Vereinbarung vom Beweisverfahren ausgenommen werden."[37]

Mit anderen Worten: Das Gericht muss festlegen, ob jene zusätzlichen Bedingungen [152], die eine Nebenabrede bilden könnten, von der Art sind, dass Personen, welche die Originalvereinbarung betrachten, ihre Einbeziehung in Betracht gezogen hätten, weil, falls sie dieser Art waren und nicht einbezogen wurden, ihr Ausschluss absichtlich geschah und die Originalurkunde als vollständig angesehen werden muss. Im Masterson-Fall argumentiert das Gericht damit, dass die Unerfahrenheit der Parteien im Grundstückshandel es unwahrscheinlich mache, dass sie sich der Nachteile des Versäumnisses, die gesamte Vereinbarung in die Urkunde aufzunehmen, bewusst gewesen seien, und entscheidet deshalb, „der Fall ist kein solcher, bei dem die Parteien sicherlich die Nebenvereinbarung aufgenommen hätten"[38], wenn sie gemeint hätten, sie getroffen zu haben.

Wiederum ist der entscheidende Punkt nicht so sehr die Überzeugungskraft einer solchen Argumentation (in einer anderen Leitentscheidung fand das Gericht von New York die Argumentation nicht überzeugend)[39] als der Umstand, dass sie vorgebracht werden muss – und dies wäre selbst dann erforderlich gewesen, wenn die Argumentation zurückgewiesen worden wäre. Es stand dem Gericht frei (wie eine Anmerkung zur Entscheidung zeigt), zu befinden, dass das, was die Parteien natürlicherweise getan hätten, tatsächlich in einer bestimmten Situation nicht getan wurde und dass „das Unnatürliche wirklich geschah"[40]. Aber hätte das Gericht so entschieden, wäre der offizielle Kommentar gerade in dem Augenblick befolgt worden, in dem er für nicht einschlägig erklärt worden wäre, weil diese Entscheidung (oder irgendeine andere auf derselben Linie liegende) durch die Existenz eines Kommentars verbindlich geworden wäre. Es ist immer möglich, den Kommentar zu umgehen, so wie es immer möglich ist, der Münd-

---

[37] *Uniform Commercial Code* (Fn. 22), 72.
[38] *Masterson v. Sine* (Fn. 33), 731–32.
[39] *Mitchill v. Lath*, 247 N.Y. 377, 160 N.E. 646 (1928).
[40] *Masterson v. Sine* (Fn. 33), 731n.

lichkeitsbeweisregel zu entkommen – beide stellen keine absolute Sperre gegen das Erreichen eines bestimmten Resultats dar; es gibt immer etwas, das getan werden kann –, aber der Umstand, dass es der Kommentar ist, den man umgeht, macht ihn zu einer Interpretationsschranke, auch wenn er im strikten Wortsinne nicht zwingend ist.

Kurzum, die Mündlichkeitsbeweisregel ist dem Wunsch des Rechts, formal zu sein, in größerem Umfang zu Diensten, als man dies aufgrund dieser Beispiele denken möchte. Der Dienst, den sie leistet, ist jedoch nicht (wie manchmal behauptet wird) der Dienst, einen Formalismus zu retten, der schon vorhanden ist, sondern der schwächere (wenngleich anspruchsvollere) Dienst, den Weg zu bahnen, auf dem der Formalismus gestaltet werden kann. Ich bin mir natürlich bewusst, dass dieser Begriff des Formalen für jene seltsam klingen muss, für die Formalismus etwas „Gegebenes" im Gegensatz zu etwas Gemachtem ist. Aber tatsächlich sind wirksame Formalismen – Zeichen und Töne, die Bedeutungen verkünden, denen alle maßgeblichen Parteien zustimmen – immer das Produkt von Kräften – Wunsch, Wille, Absichten, Umstände, Interpretation –, die in Schach gehalten werden sollen. Niemand hat das klarer gesehen als Arthur Corbin, der, als er feststellte, dass

> „gelegentlich behauptet wird, die Gerichte würden weder die klare Sprache eines Vertrages missachten noch etwas interpolieren, was nicht in ihm enthalten ist",[41]

für jenes Diktum folgenden Ersatz anbot:

> „Wenn nach der sorgfaltigen Prüfung der Worte eines Vertrages im Licht aller maßgeblichen Umstände und aller vorläufigen Interpretationsregeln, die auf der Erfahrung der Gerichte und der Sprachwissenschaftler beruhen, eine klare und eindeutige Bedeutung [153] durch das Gericht erzielt ist, eine Bedeutung nämlich, die von einer Partei den Worten wirklich beigelegt wurde, wie die andere Partei Grund hatte zu erkennen, dann wird das Gericht jene klare und endgültige Bedeutung nicht missachten und etwa eine andere weniger überzeugende an seine Stelle setzen."[42]

Es gibt viele Wörter und Sätze in diesem bemerkenswerten Ausspruch, über denen man innehalten möchte *(maßgeblich, vorläufig, Erfahrung, wirklich)*, aber für unsere Zwecke ist das bezeichnendste Wort *erzielt* und danach *überzeugend*. *Erzielt* ist eine Überraschung, weil für die Mehrheit in der Literatur eine klare Bedeutung etwas ist, das eine Interpretation einschränkt oder sogar ausschließt, während sie in Corbins Feststellung etwas ist, das die Interpretation zu gestalten hilft. Sobald

---

[41] ARTHUR L. CORBIN, *Corbin on Contracts*. One volume edition. St. Paul (Minnesota) 1952, 496.

[42] CORBIN, Corbin on Contracts (Fn. 41), 497.

die klare Bedeutung gestaltet ist, kann die Mündlichkeitsbeweisregel mit ursprünglicher Kraft angerufen werden: Du sollst diese Bedeutung nicht missachten – d. h., die Bedeutung, die im Laufe des Auslegungsprozesses hergestellt wurde – zugunsten einer, die so nicht hergestellt wurde. *Überzeugend* bezeichnet die geforderte (tatsächlich die einzige) Art der Herstellung – den Modus – der Überzeugung, und wovon jemand überzeugt ist, das ist eine Darstellung (Geschichte) der Umstände („maßgeblich" nicht vor der Darstellung, sondern als ihr Ergebnis), auf die bezogen die Worte einer Übereinkunft nur eine Bedeutung haben können. Natürlich, wenn eine alternative Darstellung vorgelegt würde, mehr statt weniger überzeugend – vielleicht im Zuge einer Berufung –, dann würden die Bedeutungen, die aus *deren* Herstellung folgen, durch das Gesetz vor jenen Bedeutungsbehauptungen geschützt werden, von denen das Gericht nicht überzeugt wurde. Wie Corbin in einer anderen Passage bemerkt:

> „Wenn ein Gericht sagt, dass es einen Vertrag in Übereinstimmung mit der ‚klaren und eindeutigen' Bedeutung seiner Worte durchsetzen wird ... dann hat die unterlegene Partei lediglich das Ziehen von Schlüssen angeregt ..., die das Gericht nicht ziehen will."[43]

Das heißt, die unterlegene Partei hat eine nicht überzeugende Geschichte erzählt und folgerichtig erscheinen die Bedeutungen, die sie anregt – d. h., die Schlüsse, die sie ziehen möchte – dem Gericht eher gezwungen und dunkel als klar.

Die Leistung der Mündlichkeitsbeweisregel läuft also über zwei Stationen: In der ersten bewirkt ihre Anwesenheit in der „Auslegungsszene", dass der Pfad eingeschränkt wird, den die Ausleger auf ihrem Weg zur Erzählung einer überzeugenden Geschichte (einer Darstellung aller „relevanten" Umstände) nehmen müssen; dann, nachdem die Geschichte einmal plausibel erzählt worden ist, wird die Regel gerufen, um die Bedeutungen zu schützen, die aus dieser Geschichte stammen.

Die Wendung, die noch erläutert werden muss, lautet: *überzeugende Geschichte.* Was ist das, und wie wird sie, in Corbins Worten, *erzielt*? Die Überzeugungskraft einer Geschichte ist nicht lediglich das Produkt der Argumente, die sie explizit präsentiert, sondern der Beziehung zwischen diesen Argumenten und anderen mehr verschwiegenen Argumenten – gleichbedeutend mit Vorurteilen – die weniger vorgebracht als vorausgesetzt werden. Es ist diese zweite, verborgene Stufe von Argumenten – von Überzeugungen, die so sehr ein Teil des Hintergrundes sind, dass sie teilweise darüber entscheiden, was als Argument gehört wird –, die eine Hauptrolle bei der Gestaltung einer überzeu-

---

[43] CORBIN, Corbin on Contracts (Fn. 41), 515.

genden Geschichte spielt und deshalb auch die Hauptrolle [154] bei der Erläuterung der Kategorie der „klaren und deutlichen" Bedeutung übernimmt.

Welche Sorte von Argumenten oder (tiefsitzenden) Annahmen ist das? Es ist schwer zu generalisieren (und gefährlich, da Generalisierung das falsche Versprechen einer *formalen* Erklärung der Überzeugungsbildung enthält), aber man könnte sagen, dass sie an erster Stelle unter anderem Glaubenssätze enthält, die man als Moral bezeichnen könnte – Überzeugungen über die Art und Weise, in der die Dinge sind oder sein sollten, die in Maximen und Slogans gefasst sind wie etwa: „Ordnung muss sein" oder „Redefreiheit" oder „der amerikanische Weg" oder „die jüdisch-christliche Tradition" oder „wir müssen irgendwo eine Grenze ziehen". Daraus folgt, dass, wann auch immer ein Disput über die klare Bedeutung eines Vertrages abläuft, auf irgendeiner Ebene eine Auseinandersetzung zwischen zwei (oder mehr) Visionen von dem, was das Leben ist oder wie es sein sollte, stattfindet.

Betrachten wir zum Beispiel noch einen anderen berühmten Fall der Auslegung: *In Re Soper's Estate.*[44] Die Fakten sind Stoff für eine Seifenoper. Nach zehn Ehejahren täuschte Ira Soper einen Selbstmord vor und tauchte in einem anderen Bundesstaat unter dem Namen John Young wieder auf. Dort heiratete er eine Witwe, welche drei Jahre später starb; danach heiratete er eine andere Witwe, mit der er fünf Jahre zusammenlebte, wonach er wiederum Selbstmord beging, diesmal aber wirklich. Der Rechtsstreit geht um eine von Soper-Young mit einem Geschäftspartner getroffene Vereinbarung, derzufolge beim Tode eines von beiden die Erträge aus der Lebensversicherung des Verstorbenen seiner Ehefrau ausbezahlt werden sollten. Die Frage lautet natürlich: Wer ist die Ehefrau – Frau Young oder die seit langem verlassene Frau Soper, die zu jedermanns Überraschung auftauchte, um ihre rechtmäßige Erbschaft einzufordern?

Die Mehrheit entschied für die zweite Ehefrau, Gertrude, obwohl ein scharfes abweichendes Votum zugunsten der verlassenen Adeline protokolliert ist. In beiden Meinungen gibt es eine Tendenz, den Fall so zu präsentieren, als sei er eine Lehrbuchillustration des klassischen Konflikts des Vertragsrechts zwischen der Ansicht (die normalerweise mit Williston in Verbindung gebracht wird), dass Festlegungen über den Integrationsumfang und die Bedeutung einer Vereinbarung so zu treffen sind, dass man die Vereinbarung selbst betrachtet, und der (später mit Corbin in Verbindung zu bringenden) Ansicht, dass solche Probleme nur dadurch entschieden werden können, dass man sich der Ab-

---

[44] *In Re Soper´s Estate*, 196 Minn. 60, 264 N.W. 247 (1935).

sichten der vertragschließenden Parteien vergewissert, das heißt, indem man von der Vereinbarung zugunsten von Umständen abweicht, die zwar nicht in ihr stehen, in deren Licht sie jedoch gelesen wird.

Aber was der Fall tatsächlich illustriert, ist die Unmöglichkeit gerade dieser Unterscheidung. Die Minderheit hält das Banner der Buchstäblichkeit hoch, indem sie argumentiert, dass, nachdem ein Mann nur eine gesetzliche Ehefrau haben kann und nachdem Adeline im Zeitpunkt der Vereinbarung „die einzige damals lebende Ehefrau von Soper war",[45] das Wort *Ehefrau* sich auf sie beziehen muss. Die Mehrheit erwidert, dass, denselben Standard von Buchstäblichkeit vorausgesetzt, die Vereinbarung einen Herrn Soper nicht erwähnt, sondern sich nur auf einen Herrn Young bezieht, als dessen einzige Ehefrau eine Dame namens Gertrude in Betracht kam. Richter Olson sagt, das Dokument könne tatsächlich nur als auf Adeline bezüglich gelesen werden, indem er dieselbe Art von mündlichem Beweis einbringt, die ihre Anwälte (und der abweichend Votierende) jetzt auszuschließen wünschen. Ein Beobachter, der lediglich [155] auf die Urkunde sieht, könnte durchaus schließen, „dass zwei verschiedene Männer betroffen sind", denn schließlich

> „auf welche Weise ... möchte eine Frau ihre Beziehung zu dem Verstorbenen als ‚Ehefrau' anders begründen als mittels mündlichen Beweises ... Adeline wurde, um ihre Beziehung darzustellen, notgedrungen aufgefordert, zu beweisen und bewies auch, hauptsächlich mündlich, dass ihr Ehemann, Ira Collins Soper, tatsächlich dasselbe Individuum war wie John W. Young, [und] Gertrude versuchte mit ähnlichen Mitteln, ihren Anspruch zu bekräftigen."[46]

Die Moral der Geschichte ist offenkundig, auch wenn sie das Gericht nicht wirklich gezogen hat: Es handelt sich weniger um einen Disput zwischen einer Lesart, die sich auf das Dokument beschränkt, und einer solchen, die darüber hinaus auf die Umstände achtet, unter denen es entstanden ist, als um einen Disput zwischen zwei widersprüchlichen Versionen der Umstände. Abhängig davon, welche dieser Versionen überzeugender ist – das heißt, abhängig davon, welche der beiden Geschichten über die Welt, die Verantwortung und die Ehefrauen fester steht –, wird die Urkunde eine der zwei wörtlichen Bedeutungen annehmen, die für sie vorgeschlagen wurden. Die Mehrheit ist von Gertrudes Geschichte überzeugt und kann daher ganz aufrichtig erklären, dass die „Vereinbarung auf niemand anderen zielt als auf Gertrude als Youngs ‚Ehefrau'"[47] und Richter Olsen mit einem *e* (ich wider-

---

[45] *In Re Soper´s Estate* (Fn. 44), 433.
[46] Ebd., 431.
[47] Ebd.

stehe der Versuchung, auf die *différance* dieser Differenz einzugehen) kann mit vergleichbarer Aufrichtigkeit erklären: „Ich bin außerstande, diesem Wort eine andere Bedeutung beizulegen als lediglich: die einzig derzeit lebende Ehefrau von Soper".[48] In der Tat, er *ist* außerstande, weil er als jemand, der sich zu der moralischen Sicht bekennt, die dem Anspruch der Adeline zugrunde liegt – eine Sicht, für die einmal eingegangene Verpflichtungen nicht durch nachfolgend eingegangene Verbindlichkeiten geschwächt werden können –, das Wort *Ehefrau* nur auf die erste in einer Reihe beziehen kann, die für ihn eine Nichtreihe ist; genau so, wie für Richter Olson mit einem *o* – in dessen Moral Verbindlichkeiten, die zum Zeitpunkt einer Vereinbarung bestehen, Vorrang haben vor Verbindlichkeiten, die ein gesetzlicher Formalismus anerkennt – *Ehefrau* sich nur auf jene Person beziehen kann, die „alle Freunde und Bekannten ... als seine Ehefrau ... anerkannt haben"[49].

Die Mehrheit sagt zwar, dass die „Frage nicht ist, was Wörter buchstäblich bedeuten, sondern wie sie praktisch in Bezug auf den Sachverhalt wirken sollen"[50], aber ihre eigene Argumentation zeigt, dass Wörter *niemals* eine buchstäbliche Bedeutung haben, außer im Kontext der Absicht, die sie verwirklichen sollen, und dass der intendierte Kontext – so wie er feststeht, wenn die eine oder andere Partei bei der Überzeugungsarbeit erfolgreich ist – die Bedeutung der Wörter bestimmt, statt durch die Bedeutung, die die Wörter schon (zu Recht) haben, bestimmt zu werden. Kurzum, das Problem ist nicht und kann niemals die angebliche Wahl zwischen wörtlicher und kontextgebundener Lektüre sein, sondern die relative Überzeugungskraft alternativer Kontexte, wie sie in ideologisch beladenen Erzählungen dargestellt sind. Deshalb ist es nicht verwunderlich, zu sehen, dass der Vertrauenserklärung von Richter Olsen in sprachliche Klarheit („ich bin außerstande, zu konstruieren") eine Verkündung der moralisierenden Geschichte, die diese Klarheit bewirkt, vorausgegangen ist [156].

> „Die Entscheidung sagt viel über das Unrecht, das er der unschuldigen Frau antat, die er zu heiraten vorgab. Nichts wurde gesagt über das Unrecht, das er seiner gesetzlichen Ehefrau antat. Von ihrem Mann verlassen zu werden, der dann eine andere angeblich heiratet und mit ihr in Gemeinschaft zusammenlebt, war so ziemlich das größte Unrecht, das ein Mann seiner Ehefrau antun kann."[51]

---

[48] *In Re Soper´s Estate* (Fn. 44), 433.

[49] Ebd., 431.

[50] Ebd., 433 (unter Bezug auf *City of Marshall v. Gregoire,* 193 Minn. 188, 198–199, 259 N.W. 377, 381–382).

[51] Ebd., 433.

Die Mehrheit glaubt, dass etwas anderes (wobei die Beziehung zwischen dem Verstorbenen und Gertrude als belanglos beiseite geschoben wird) ein größeres Übel ist, und denkt daher, wie die Minderheit, dass die Bedeutung des Vertrages offenkundig und unumgehbar ist.

Auch hier geht es mir weder darum, die Überlegungen einer der beiden Parteien zu diskreditieren, noch darum, die Behauptung beider abzutun, sie hätten sich auf einen formalen sprachlichen Umstand gestützt. Ich möchte lediglich ein weiteres Mal klarstellen, dass solche formalen Fakten immer „erzielt" sind und dass sie gerade durch jene Mittel erzielt werden – ein parteiisches Plädoyer für irgendeine ideologische Überzeugung –, denen sie dann rhetorisch (und nicht ohne Grund) entgegengesetzt werden.

II. Zwei Geschichten, ein Vertrag

Man muss sagen – und indem ich es sage, verkünde ich den Kern meiner Argumentation –, dass das Recht sich ständig selbst erzeugt und neu erzeugt aus dem wirklichen Stoff und den Kräften, die es gerade durch den Wunsch, Recht zu *sein,* vertreiben muss. Das Resultat ist ein Schauspiel, das als Farce beschrieben werden könnte (wozu die Anhänger der Critical Legal Studies-Bewegung neigen). Aber ich möchte es anders beschreiben, nämlich als leuchtendes Beispiel für die Art, in der menschliche Wesen in der Lage sind, die Bahn, auf der sie voranschreiten, zu konstruieren – so weitgehend, dass sie während ihrer Herstellung „beweisen", dass sie immer schon vorhanden war. Der Misserfolg sowohl der Rechtspositivisten als auch der Naturrechtler, das Ensemble neutraler Verfahrensweisen oder basaler moralischer Prinzipien zu finden, die dem Recht zugrunde liegen, sollte nicht so verstanden werden, als bedeute er, dass das Recht selbst ein Misserfolg ist, sondern eher so, dass es eine verblüffende Art von Erfolg ist. Die Geschichte der Lehre und der Anwendung des Rechts ist weder eine Geschichte rationalistischer Reinheit, noch eine solche von Inkohärenz und Bösgläubigkeit, sondern eine fast Ovid'sche Geschichte der Wandlung unter dem Druck enorm komplizierter sozialer, politischer und ökonomischer Zwänge, eine Geschichte, in der der Sieg – in der Form des anhaltenden Weitergehens – stets einem Umstand abgerungen wurde, der aussieht wie eine sichere Niederlage, und mit strategischen Mitteln abgerungen wurde, die umso bemerkenswerter sind, als sie, statt verborgen zu sein, fast immer voll sichtbar sind. Nicht bloß, dass das Recht seine Identität aus dem Material erkämpft, das es verachtet, es tut dies auch noch öffentlich.

Wenn dies hinsichtlich der Beziehung des Rechts zu seiner Auslegung wahr ist, so ist es in gleicher Weise wahr in seiner Beziehung zur Moral, wie man ohne weiteres sehen kann, wenn man sich in die Lehre der *consideration* vertieft. *Consideration* ist ein Kunstausdruck und bezieht sich auf das Tauschelement [157] bei einer Transaktion, die X vornahm oder vorzunehmen versprach als Gegenleistung für etwas, das Y tat oder zu tun versprach. Es ist ein Glaubensartikel des modernen Vertragsrechts, dass nur Vereinbarungen, die eine *consideration* aufweisen – eine Wechselseitigkeit des ausgehandelten Austauschs –, gesetzlich durchsetzbar sind. Mit diesem Erfordernis wird die Absicht verfolgt, das Reich der rechtlichen Verbindlichkeiten von dem größeren und mutmaßlich subjektiveren Bereich der moralischen Verpflichtungen zu trennen. Die Trennung wird dadurch vollendet (oder jedenfalls wird dies behauptet), dass formale (im Gegensatz zu wertgeladenen) Kriterien des Rechtsbindungswillens vorgesehen werden. Es gibt jede Art von Gründen, aus denen jemand Versprechen abgibt oder Handlungen vornimmt, die einem anderen Vorteile bringen und jede Art von Post-factum-Analysen, was das Versprechen bedeutete oder die Handlung beabsichtigte. Aber sobald im Gegenzug zu etwas Greifbarem, das nachgefragt wurde, etwas Greifbares angeboten wird, ist der Vorgang ein Rechtsgeschäft, und die Maschinerie der Rechtsverbindlichkeit schnappt zu.

> „Das Vorhandensein einer *consideration* hilft, einen *objektiven Beweis* zu liefern, dass die Parteien die Absicht hatten, eine verbindliche Vereinbarung zu treffen. Sie hilft den Gerichten, Vereinbarungen, die nach dem Willen der Parteien rechtlich durchsetzbar sein sollen, von ... Schenkungsversprechen zu unterscheiden, von denen keine Partei erwartete, dass sie gerichtlich durchsetzbar sind."[52]

Durch die Kennzeichnung einer Region der Rechtsverbindlichkeit, die verschieden und unabhängig ist von der breiteren Matrix von Verpflichtungen, die unsere soziale Existenz bestimmen, spielt die *consideration* eine Rolle, die derjenigen ähnelt, die von der Mündlichkeitsbeweisregel gespielt wird (wenn sie gespielt werden könnte). Genau wie Richter Kozinski zu Trident sagt (oder sagen möchte):

> „Sie mögen die Vereinbarung, die Sie getroffen haben, vielleicht nicht schätzen, Sie mögen wünschen, Sie könnten alles noch einmal machen oder Sie hätten ein anderes Verhandlungsteam angestellt – jedenfalls ist dies die Vereinbarung, die Sie unterzeichnet haben und das ist ihr Inhalt und das war es",

so könnte ein anderer Richter sagen:

---

[52] EMANUEL/KNOWLES, Contracts (Fn. 29), 72.

> „Sie mögen Ihr Geschäft bereuen, weil Sie wissen, dass jemand mehr für das Automobil zahlen will, aber Sie haben versprochen, es herzugeben, wenn er Ihnen 500 $ zahlen würde; er hat Ihnen 500 $ gezahlt und Sie müssen es hergeben."

Wie eine absolut eindeutige Sprache (wenn es die geben könnte) ist *consideration* ein Werkzeug, um das Moment des Rechtsgeschäfts von den es umgebenden Umständen abzuschneiden und es auf eine Form zu reduzieren, die über die Umstände hinausragt, in denen es später von einem Gericht untersucht wird.

Consideration ist demnach ein Teil der allgemeinen Anstrengung des Rechts, sich selbst von der Geschichte zu befreien und (im doppelten Sinne) eine Form anzunehmen, die die Zeit nicht ändern kann. *Consideration* kann als eine solche Form bezeichnet werden, weil sie keinen Inhalt hat, oder besser (es läuft auf dasselbe hinaus), weil sie keinen Inhalt, welcher Art auch immer, haben kann, vorausgesetzt, dass ein Austausch stattfindet und dass er freiwillig ist. Deshalb erklären Gerichte häufig, dass sie nicht die Angemessenheit der *consideration* prüfen werden,[53] d. h. sie werden nicht prüfen, ob die beiden Parteien gleichermaßen informiert waren, ob sie gleichwertige Vorteile durch den Austausch erhielten, [158] ob sie gleichgewichtige Akteure am Markt waren oder nicht. Dies zu tun, bedeutete, genau jene Probleme – Fragen der Billigkeit, der Mittelverteilung, der Fairness, der relativen Leistungsfähigkeit, der Moral – wieder einzuführen, die *consideration* bestimmt ist auszuklammern (Studenten des Vertragsrechts wissen sehr wohl, dass alle diese Probleme auf Umwegen wiederkehren werden, aber der Umstand, dass ein solcher indirekter Weg erforderlich ist, ist wesentlich). Durch die Ausklammerung dieser Probleme wird (oder wird angeblich) der Akt des Vertragsschlusses insofern rein rational, als die Parteien ihre formalen Rollen im Hinblick auf ein mechanisches Erfordernis spielen: das Erfordernis von *consideration.* Dies verlangt im Gegenzug vom Gericht ähnlich mechanisch (formal) zu sein, damit es nicht einem Geschäft, das zwei freie Akteure rational geschlossen haben, ein Geschäft substituiert, das ihm, wenn sie es geschlossen hätten, lieber gewesen wäre.

> „Wo eine Partei einen Vertrag über den Vollzug einer Handlung abschließt ... sollte ihre Schätzung des Wertes unberührt bleiben .... Es gibt ... absolut keine Regel, durch die die Gerichte geleitet werden könnten, wenn sie erst einmal von dem Wert abweichen, den der Vertragschließende festgelegt hat. Wenn sie versuchen, einen Standard festzulegen, muss er notwendig willkürlich sein, und ... dann ist das Resultat, dass das Gericht sein eige-

[53] *Restatement of the Law Second, Contracts Second*, Vol. L. St. Paul (Minnesota) 1981, sec. 79.

nes Urteil an die Stelle des Vertragschließenden setzt, und wenn es dies tut, macht es einen neuen Vertrag."[54]

Das heißt, die Parteien hatten vermutlich Gründe, so zu verhandeln, wie sie es taten, und das Gericht sollte diese Gründe nicht aus Gründen beiseite schieben, die ihm überzeugender erscheinen. Die Verantwortung des Gerichts besteht darin, den Vertrag nur in einem schwachen Sinne zu „beurteilen", zu entscheiden, ob er der erforderlichen Form der *consideration* genügt oder nicht. Würde es sein Urteil in einem strengeren Sinne ausüben, indem es die Bedingungen des Vertrages überprüft, würde sich das Gericht von einem Instrument des Rechts zu einem Instrument der Moral wandeln. Wenn dies geschähe, wäre das Resultat genau dasselbe, das eintritt, wenn die Zügelung der Interpretation versäumt wird: die Herstellung eines neuen Vertrages anstelle jenes Vertrages, den durchzusetzen Aufgabe des Rechts ist. Als Schlussfolgerung ergibt sich, worauf ich von Anfang dieses Aufsatzes an aufmerksam zu machen versucht habe: Interpretation und Moral sind nicht einfach doppelte Bedrohungen für die Autonomie und die Integrität des Rechts – sie sind dieselbe Bedrohung. Interpretation ist der Name für eine Tätigkeit, mit der eine bestimmte moralische Vision ihren hegemonialen Weg in Gebiete bahnt, aus denen sie formal verbannt worden ist.

Wenn Interpretation und Moralität dieselbe Bedrohung für das Selbstverständnis des Rechts darstellen, dann gilt das, was für das eine gilt, wahrscheinlich auch für das andere. Wie wir sahen, gilt für die Interpretation, dass sie sich bereits innerhalb der Grenzen befindet, welche sie ausschließen möchten. Die Mündlichkeitsbeweisregel funktioniert nicht und kann nicht funktionieren, weil die aufgenommene Vereinbarung, die sie beschützen soll, nur existent werden kann – Integration erreichen kann – durch eben die (interpretativen) Mittel, die sie stigmatisiert.

Ähnlich funktioniert auch die Unterscheidung zwischen rechtlicher und moralischer Verpflichtung nicht, weil jede Spezifikation einer rechtlichen Verpflichtung schon selbst [159] mit Moralität verknüpft ist. Der weitergehende Punkt, auf den ich hier nicht eingehen kann (obwohl dies von mir und anderen anderswo dargelegt wurde), ist der, dass der Forderung nach Verfahren, die zwischen widerstreitenden Moralprogrammen neutral sind, nicht entsprochen werden kann, weil diese Verfahren, um überhaupt Form anzunehmen, bestimmte Beweggründe bevorzugen und den anderen ein blindes Auge zuwenden müssen. Das gilt in spektakulärer Weise von den Verfahren, die um die

[54] *Wolford v. Powers*, 85 Ind. 294 (1882), 303.

Lehre von der *consideration* errichtet wurden, eine Lehre, die schließlich nicht als eine Alternative zur Moral sinnvoll ist, sondern gerade als Verkörperung der Moral auf dem Markt, eine Moral des rein geschäftlichen Interagierens von Agenten ohne eigene Geschichte, Geschlecht oder Klassenzugehörigkeit. Was immer man von dieser Konzeption von Geschäft und Handlung denkt, es ist schwerlich eine, die Moralfragen ausgeklammert hat; eher hat sie sie in einer besonderen Weise entschieden, und, darüber hinaus, in einer Weise, die weder notwendig noch unausweichlich ist. Wie B. Allan Farnsworth unterstreicht: Das Prinzip des „direkten bilateralen Austauschs" ist nicht die „einzig mögliche Basis für ein ökonomisches System". Andere Gesellschaften haben

> „ihre Ressourcen eher durch Aufteilung auf der Grundlage von Begriffen der Großzügigkeit verteilt als durch Verhandlung auf der Grundlage von Begriffen des Eigeninteresses"[55].

Historisch triumphierte die Moral des Eigeninteresses und mit ihr das Erfordernis der *consideration* nach einer letzten Anstrengung von Lord Mansfield, vertragliche und moralische Pflichten für ein und dasselbe zu erklären. Der Umstand, dass er unterlag, bedeutet nicht, dass die Moral als Problem im Vertragsrecht eliminiert wurde, sondern dass eine bestimmte Moral – die Moral der separierten Einmal-Geschäfte – so fest etabliert wurde, dass sie das Recht erhielt, sich „reines Verfahren" zu nennen und in der Lage war, einen Wachhund – genannt *consideration* – aufzustellen, dessen Job es ist, jede andere Moral in Schach zu halten. In gewisser Weise ist dieses Ergebnis unausweichlich, wenn man voraussetzt, was wir bereits über das Recht bemerkt haben. Um Recht zu sein, muss es sich selbst *gegen* partikulare moralische Traditionen definieren. Daraus folgt, dass das erste, was eine moralische Tradition machen muss, nachdem sie das Recht (oder einen bestimmten Teil seines Territoriums) besetzt hat, darin besteht, sich selbst als jenseits oder unter (es kommt nicht wirklich darauf an) der Moral befindlich zu präsentieren. Dies wiederum diktiert die Strategie, nach der jede alternative Moral ihren Weg zu machen hat: Sie wird materiell das Recht ändern, während sie die ganze Zeit behauptet, dass sie bewahrt, was sie ändert. Genau wie die siegreiche Auslegung eines Vertrages das Gericht überzeugen muss, dass sie keine Interpretation ist, sondern die einfache und klare Bedeutung, so muss die siegreiche Moral das Gericht überreden (oder das Gericht dahin lenken, sich selbst zu überzeugen), dass es sich keineswegs um eine bestimmte Moral handelt, sondern um einen eindeutigen Fall der Treue zur Form des Rechts.

---

[55] E. ALLAN FARNSWORTH, *Contracts.* Boston 1982, 6.

Das Vertragsrecht vollbringt diese Großtat der Taschenspielerei, indem es in die *consideration*-Theorie eine bestimmte Zahl subversiver Begriffe einbringt, von denen der wichtigste der Begriff des „im Gesetz vorgesehenen Vertrages" ist. Nominell ist ein im Gesetz vorgesehener Vertrag ein Typ in der Taxinomie der Verträge, aber in der Praxis übersteigt er die Taxinomie und droht, sie widersprüchlich zu machen. Den Typ kann man am besten [160] verstehen, wenn man ihn mit seinen zwei Nachbarn vergleicht, dem ausdrücklichen Vertrag und dem faktischen Vertrag. Ein ausdrücklicher Vertrag ist eine schriftliche oder mündliche Vereinbarung, deren Begriffe explizit die Basis für *consideration* bilden: Ich werde dies tun oder ich verspreche, dies zu tun, wenn Du jenes tun wirst oder darauf verzichtest, es zu tun oder wenn Du versprichst, jenes zu tun oder versprichst, darauf zu verzichten, es zu tun. Nun kann es sein, dass die Parteien keine förmliche Vereinbarung getroffen haben, aber sich selbst in Bezug zu einem anderen in einer Weise verstehen, die nur mit dem Vorhandensein der erforderlichen Vertragsabsichten erklärt werden kann. Wenn Du einen zerbrochenen Gegenstand zu einer Reparaturwerkstatt bringst und sie wieder verlässt, dann ist Deine Handlung und die des Angestellten nur unter der Voraussetzung verständlich, dass Du Dich, im Austausch gegen dessen berufliche Fähigkeiten, zur Zahlung eines vernünftigen Betrages verpflichtet hast. Kurzum: Du und die Werkstatt – ihr habt einen Vertrag geschlossen, auch wenn dies nicht ausdrücklich ausgesprochen wurde. Es ist ein in den Fakten begründeter Vertrag; „begründet" heißt: durch das Verhalten der Vertragsparteien zustande gekommen.

Ausdrückliche Verträge und faktische Verträge sind demnach verschiedene Wege, um die Absicht kundzutun, Partei eines ausgehandelten Leistungsaustausches zu sein. Faktische Verträge andererseits sind keine Versuche, die Vorstellungen der Parteien hinsichtlich eines beabsichtigten Geschäfts festzustellen und durchzusetzen, sondern werden von einem Gericht den Parteien auferlegt, ohne Rücksicht auf die Absichten, die sie hatten oder die Handlungen, die sie vornahmen. Tatsächlich ist ein faktischer Vertrag das Urteil eines Gerichts, dass eine Partei eine bestimmte Absicht gehabt haben sollte oder in einer bestimmten Weise gehandelt haben sollte und dass aus Gründen der Gerechtigkeit und der Billigkeit diese Absicht oder diese Handlung ihr jetzt zusammen mit den Verpflichtungen, die daraus folgen, zugerechnet werden. Der Begriff des faktischen Vertrages sprengt alle Riegel, die *consideration* bestimmt ist, zu sichern, und liefert einem Gericht die Mittel, zu tun, was ein Gericht im Vertragsrecht nicht tun sollte, nämlich einen neuen Vertrag in Übereinstimmung mit seiner eigenen Moralvorstellung herzustellen. Der faktische Vertrag ist eine ins Herz der

Vertragslehre eingesenkte Joker-Kategorie, und Gerichte, die sie oft anwenden, geben dies vielfach zu:

> „Ein faktischer Vertrag ist keineswegs ein Vertrag, sondern eine Verpflichtung, die durch das Gesetz auferlegt wird, zu dem Zweck, Gerechtigkeit und Gleichheit ohne Bezugnahme auf die Absichten oder Vereinbarungen der Parteien und in einigen Fallen trotz einer Vereinbarung zwischen den Parteien durchzusetzen ... Es handelt sich um eine nicht-vertragliche Pflicht, die prozessual so behandelt werden muss, als sei sie ein Vertrag ..."[56]

Mit anderen Worten: Der Begriff des faktischen Vertrags gehört nicht zum Vertragsrecht, so wie es Stanley Henderson ausdrückt: „Das materielle Recht, Vorteile zu erhalten, die einem anderen verliehen sind, respektiert gesetzliche Kategorien, insbesondere jene des Vertragsrechts, nicht."[57]

Was aber hat er dann hier zu suchen? Die Frage impliziert, dass es dem Vertragsrecht [161] besser ginge, wäre er nicht da oder es würde sein Vorhandensein in einer Weise gerechtfertigt, die die Behauptung von Konsistenz besser stützen könnte. Konsistenz ist allerdings kein Charakteristikum des Vertragsrechts, sondern sein (immer prekäres) Ergebnis, und zwar ein Ergebnis, dessen Möglichkeit davon abhängt, die Konflikte *nicht* zu lösen, die die Vertragstheorie enthält. Eben deshalb, *weil* es eine Welt ist, die aus Materialien besteht, die in verschiedene Richtungen drängen, kann das Vertragsrecht bei seinem endlosen Vorhaben, sich selbst in ein formales Ganzes zu verarbeiten, erfolgreich sein. Das Vorhandensein kontradiktorischer Fassungen des Unternehmens im Vertragsrecht ist eher eine Gelegenheit als eine Verlegenheit. Die Räume, die durch das Nebeneinander von scheinbar unvereinbaren Impulsen – rein formal und intuitiv moralisch zu sein – eröffnet werden, befähigen das Recht, seinen Einfallsreichtum zur Geltung zu bringen.

Diese Räume bleiben selbst in Dokumenten offen, die vermutlich dazu entworfen wurden, sie zu schließen. Hierher gehört zum Beispiel Abschnitt 86 des *Restatement Second,* ein Abschnitt, der verspricht, die Spannung zwischen dem gesetzlichen und dem moralischen Begriff von Pflicht zu regeln, der aber damit endet, sie zu reproduzieren:

---

[56] *Continental Forest Products, Inc. v. Chandler Supply Company*, 95 Idaho 739, 743, 518 P.2d 1201 (1974), 1205.

[57] STANLEY HENDERSON, Promises grounded in the Past: The Idea of Unjust Enrichment and the Law of Contracts, in: *Virginia Law Review 57* (1971), 1141.

„86. Versprechen wegen empfangenen Vorteils

(1) Ein Versprechen, das in Anerkennung des Umstandes gemacht wird, dass der Versprechende vom Versprechensempfänger früher einen Vorteil empfangen hat, ist in dem Umfang bindend, der erforderlich ist, um Ungerechtigkeit abzuwenden.

(2) Ein Versprechen nach Absatz (1) ist nicht bindend,

(a) wenn der Versprechensempfänger den Vorteil als Geschenk gegeben hat oder der Versprechende aus anderen Gründen nicht ungerechtfertigt bereichert wurde, oder

(b) in dem Maße, als sein Wert gegenüber dem Vorteil unverhältnismäßig ist."[58]

Obwohl der Abschnitt eine direkte und feststellende Form hat, ist sein Inhalt, wie Grant Gilmore beobachtete, zögerlich und sogar schizophren.[59]

Durch die Anerkennung von Versprechen wegen empfangener Vorteile scheint der Absatz (1) entschieden in die Richtung eines weiten Begriffs von Rechtspflichten zu weisen (nach „klassischer Lehre" sind solche Versprechen nicht durchsetzbar, weil der Vorteil nicht gesucht wurde und nicht Teil eines zweiseitigen Tauschverhältnisses ist). Aber langsam: „Was Absatz (1) gab, nimmt Absatz (2) größtenteils wieder."[60] Ein solches Versprechen ist nicht bindend, wenn der Vorteil in Form eines Geschenkes an den Versprechenden gefallen ist, das heißt, in einer Form, die nicht in ein zweiseitiges Geschäft eingebunden war, das heißt, in einer Form ohne *consideration.* Wie Henderson feststellt, bedeutet die Forderung von Absatz (2), „dass das Geschehen einem *consideration*-Test unterworfen werden muss, um festzustellen, welche Versprechen in die Kategorie von Versprechen, die ohne *consideration* bindend sind, eingeordnet werden müssen", und er schließt, dass die Einschränkung, so wie sie formuliert ist, „die verlautbarte Wachstumspolitik" des Absatz (1) „aushöhlt"[61] Aber das heißt, den Abschnitt zu betrachten, als wäre er ein logisches Statement (oder wollte eines sein), während er tatsächlich ein Bündel von Anweisungen ist, um eine besonders schwierige (aber wichtige) Aufgabe zu bewältigen, die Aufgabe nämlich, die formale [162] Basis des Vertragsrechts aufrechtzuerhalten, obwohl er gleichzeitig für die materiellen Anliegen Platz schafft, die der Formalismus auszuschließen wünscht. Indem zunächst die Tür für eine moralische Verbindlichkeit (für Versprechungen wegen emp-

---

[58] *Restatement Second, Contracts Second* (Fn. 53), 233.
[59] GRANT GILMORE, *The Death of Contract.* Columbus (Ohio) 1974, 74–75.
[60] GILMORE, The Death of Contract (Fn. 59), 74–75.
[61] HENDERSON, Promises Grounded in the Past (Fn. 57), 1127.

fangener Vorteile) geöffnet wird und ihr dann der Eintritt nur erlaubt wird, wenn sie mit einem Ursprung in einem Tauschhandel ausgestattet werden kann, liefert Abschnitt 86 eine Botschaft, und tut dies nicht trotz, sondern wegen seiner Schizophrenie. „Schränke das Erfordernis der *consideration* ein, aber tue es unter dem Vorwand ihrer Hochschätzung." Diese Botschaft wird im offiziellen Kommentar wiederholt und erhält eine in ihrer Durchsichtigkeit fast bezaubernde Rechtfertigung (a):

> „Die Durchsetzung von Zahlungsversprechen wegen erlangter Vorteile wurde gelegentlich als auf ‚früherer *consideration*' oder der 'moralischen Verpflichtung' des Versprechenden beruhend bezeichnet, und es gibt in einigen Staaten Gesetze mit entsprechenden Begriffen. Diese Begriffe werden hier nicht benutzt: ‚frühere *consideration*' ist unverträglich mit der Bedeutung von *consideration,* wie sie in Abschnitt 71 festgelegt wurde, und es scheint keine Übereinstimmung darüber zu geben, was eine ‚moralische Verpflichtung' begründet."[62]

Oder mit anderen Worten:

> „Sieh her – wenn wir die Absicht haben, die Vertragslehre zu revidieren, um sie mehr auf die Linie unserer moralischen Vorstellungen zu bringen, werden wir gut beraten sein, wenn wir das mit Begriffen tun, die die Vertragslehre, so wie sie gegenwärtig formuliert ist, akzeptabel findet. Weder *frühere consideration* noch *moralische Verpflichtung* sind solche Begriffe. Der erste versagt, weil er zu offenkundig ein Ex-post-facto-Begriff ist im Hinblick auf das Austauschmoment, das einen Vertrag konstituiert. Er fordert uns zu unverblümt auf, einfach zu deklarieren, dass das, was nicht aus einem früheren Tauschhandel hervorgeht – ein unerbetener Vorteil –, tatsächlich die Basis eines Geschäftes gewesen ist. Der zweite versagt, weil er uns nicht mit einem Standard ausstattet – es sieht so aus, als gebe es keinen Konsens darüber, was eine ‚moralische Verpflichtung' begründet – und zu unverblümt anerkennt, dass die Basis des Rechts schwankend ist. Es ist wahr, dass in einigen Zonen diese Begriffe benutzt wurden, aber die Nachteile, die sie mit sich bringen, sind größer als der Vorteil ihrer Benutzung. Wenn wir unsere moralischen Intuitionen dem Recht inkorporieren wollen, dann müssen wir sicherstellen, dass sie so aussehen, wie das Recht möchte, dass sie aussehen."

Das heißt: Sie müssen in eine Form gebracht werden, die zum Bild von *consideration* passt, dem Bild von einer frei gewählten Leistung im Gegenzug zu einer ebenso frei erbrachten. Der Umstand (wie ich ihn sehe), dass die Vorstellung, jemand wähle seine Verbindlichkeiten unabhängig von historischen Zwängen, eine Fiktion ist, dass die „Innenseite" des isolierten und „freien" Geschäfts immer determiniert wird von einer „Außenseite", die sie nicht anerkennt, mag philosophisch zwingend sein; aber die Moralität von *consideration* – von einem Austausch, der durch nichts anderes beeinflusst wird als durch die im Augenblick

---

[62] *Restatement Second, Contracts Second* (Fn. 53), 233–234.

des Geschäfts vorhandenen Gegebenheiten – ist zu fest in die Vertragslehre eingebettet, als dass sie durch irgendeine Analyse in Verlegenheit gebracht werden könnte. Sie ist so fest eingebettet, dass Gegenimpulse zur *consideration* in der Vertragslehre beherbergt und sogar ernährt werden können [163], wo sie dann die orthodoxe Sicht der Dinge mit der erforderlichen Flexibilität ausstatten, statt sie auszuhöhlen.

Henderson bemerkt, dass „das Gerichtsverfahren trotz konsistenten Festhaltens am Austauschkriterium eine wiederkehrende Tendenz zeigt, an einen Kodex von moralischen Pflichten zu appellieren, um die Durchsetzung eines einzelnen Versprechens zu rechtfertigen".[63] Henderson nennt dies eine „fundamentale Inkonsistenz", die in die „Vertragsanalyse eingebaut"[64] wurde. Aber wie die meisten „Bauten" ist diese Struktur weder zufällig noch unproduktiv. Um zu sein, was es behauptet zu sein – nämlich etwas anstatt alles oder nichts –, muss das Vertragsrecht eine Sicht auf die Geschäfte aufrechterhalten, in der seine Charakteristika rein formal sind; aber um zu sein, was es zu sein wünscht – nämlich sensibel gegenüber unseren immer wechselnden Vorstellungen darüber, wie die Menschen sich verhalten sollten –, muss das Vertragsrecht kontinuierlich alles, wovon es behauptet, dass es es ausschließt, einschmuggeln.

Ich muss erneut betonen, dass die so genannte formale Sicht der gesetzlichen Verbindlichkeit niemals wirklich formal gewesen ist, sondern die Erweiterung einer sozialen Vision war, von der sie im Augenblick des Triumphs dieser Vision losgelöst wurde. Die Spannung zwischen der *consideration*-Lehre mit ihrer Privilegierung des autonom und egoistisch Handelnden und der Lehre von der moralischen Verbindlichkeit mit ihrer Anerkennung von immer schon bestehenden Verantwortlichkeiten ist eine Spannung zwischen zwei konkurrierenden Lebenskonzepten: Aber nur eines von ihnen hat das Recht erhalten, den als formal markierten (d. h., nicht mit einem besonderen Programm verbundenen) Pol in einer machtvollen (weil konstitutiv für einen institutionellen Raum) Opposition zu besetzen. In Anbetracht dieses Sieges ist der Umstand ohne praktische Folgen, dass die Behauptung der *consideration*-Lehre, sie sei rein formal, letztlich nicht aufrechterhalten werden kann. Sie wird durch die rhetorische Struktur, die sie erzeugt hat, aufrechterhalten, und um diese Struktur zu ändern, muss man sich den Anschein geben, sie ebenfalls aufrechtzuerhalten. Wie ich schon gesagt habe: Man kann die *consideration*-Lehre nur dadurch umgehen, dass man sie feinziseliert in Ehren hält.

---

[63] HENDERSON, Promises Grounded in the Past (Fn. 57), 1122–1123.
[64] Ebd., 1122.

Und wie macht man dies? Auf vielerlei Weise – eingeschlossen einige, die wir schon betrachtet haben. Man entwickelt eine Taxinomie von Vertragsarten, von denen eine gegen die Prinzipien der Taxinomie verstößt. Man produziert einen Text (das „Restatement"), der unter dem Vorwand, die Beschaffenheit des Gesetzes zu erhellen, seine Widersprüche in einer Form präsentiert, die sie weiter institutionalisiert. Man kündigt als „Rechtsprinzip" an, dass die Melioration des Landes eines anderen keinen Anspruch auf Entschädigung begründet, und im nächsten Satz erklärt man, dass dieses Prinzip „rein technisch" (d. h. gesetzlich) ist und verwirft es zugunsten „eines Rechtsmittels aus Billigkeit".[65] Man entwickelt und erweitert Begriffe wie „vollstreckbares Versprechen", „Zwang", „fehlende Rechtsfähigkeit", „Sittenwidrigkeit" und „ungerechtfertigte Bereicherung" und dehnt sie dann so weit aus, dass es keine Handlung gibt, die nicht mit dieser Terminologie gerechtfertigt werden könnte. Man beschwört die Unterscheidung zwischen öffentlich und privat, selbst wenn man dem öffentlichen Druck erlaubt, die Grenzen der Unterscheidung zu bestimmen. Kurzum: Man erzählt zwei Geschichten zur selben Zeit, eine, in der die Freiheit der Vertragsparteien behauptet und geschützt wird, und eine andere, in der diese Freiheit als Möglichkeit negiert und durch fast alles, was das Gericht macht, unterminiert wird. Aber um [164] sie stimmig erscheinen zu lassen, erzählt man die beiden Geschichten so, als seien sie eine einzige, als ob die zweite Geschichte, statt die angeblich formale Basis des Vertragsrechts auszuhöhlen, nur die Kanten abschleife und die zentralen Behauptungen (die auch Behauptungen über die Stabilität des Rechts sind) intakt ließe.

Illustrationen für diesen Vorgang gibt es überall im Recht. Tatsächlich *ist,* wie ich dargelegt habe, dieser Vorgang das Recht. Wegen eines praktisch klaren und ungeschminkten Belegs für den Ablauf dieses Vorgangs können wir uns einem klassischen Fall von Versprechen wegen Vorteilsempfangs zuwenden: Webb gegen McGowin.[66] Webb war Angestellter einer Holzfirma, und eine seiner Pflichten bestand darin, das obere Geschoss einer Mühle dadurch freizuräumen, dass er Kieferklötze, die 75 Pfund wogen, in das darunter liegende Geschoss warf. „Bei dieser Tätigkeit" erblickte er direkt unter sich in der aktuellen Falllinie McGowin, und statt den Block seinem Fall zu überlassen, lenkte er dessen Lauf dadurch ab, dass er mit ihm fiel, „so dass er dadurch Verletzungen von McGowin zuvorkam", aber bei sich selbst „ernsthafte körperliche Verletzungen" hervorrief, in deren Gefolge er „zeitlebens übel verkrüppelt und für körperliche oder geistige Arbeit unfähig wur-

[65] *Pull v. Barnes,* 142 Colo.272, 350 P.2d 829 (1960).
[66] *Webb v. McGowin*, 27 Ala. App. 82, 168 So. 196 (1935).

de". Ein dankbarer McGowin versprach „in Anbetracht des Umstandes ..., dass er ihn vor dem Tode oder schwerem körperlichen Schaden bewahrt hatte", Webb lebenslänglich alle zwei Wochen 15 $ zu zahlen.[67] Diese Summe wurde bis zu McGowins Tod bezahlt. Danach wurden die Leistungen eingestellt, und Webb klagte auf Wiederaufnahme der Zahlungen.

Der Sachverhalt ist, wie das Gericht einräumt, dem Schriftsatz des Klägers entnommen, wodurch von Anfang an klar ist, wo die (moralischen) Sympathien des Gerichts liegen. Es ist ebenso klar, welche Hindernisse im Weg stehen, um diese Sympathien in Rechtsmittel zu transformieren. Webbs Handlungen erscheinen an ihrer Oberfläche als spontaner und freiwilliger Ausdruck von Mitgefühl und als solcher für ein Rechtsmittel ungeeignet, welches den Nachweis eines Geschäfts pekuniärer Natur verlangt. Später im Urteil erklärt das Gericht jedenfalls, dass

> „der zur Verhandlung stehende Fall deutlich von jener Klasse von Fällen unterschieden werden kann, wo die *consideration* eine rein moralische Verbindlichkeit oder eine Gewissenspflicht ist, die nicht mit einer Empfangsbestätigung durch den Versprechenden von Vorteilen materieller oder pekuniärer Natur verknüpft ist"[68].

Aber so wie die Fakten anfänglich berichtet werden, scheint die Kategorie der „reinen moralischen Verbindlichkeit oder der Gewissenspflicht" die einzige zu sein, unter die klar subsumiert werden kann. Die Klarheit, auf die sich das Gericht beruft, ist nicht eine Klarheit, die es findet, sondern eine Klarheit, die es herstellt, und dementsprechend ist die Geschichte, die das Urteil erzählt, die Geschichte dieser Herstellung.

Diese Arbeit ist schon im Gange, wenn die Fakten erzählt werden. Die Handlung, die die ganze Affäre in Gang gebracht hat, lief vermutlich in Sekundenbruchteilen ab, aber in ihrer Darstellung durch das Gericht (oder besser: in der Darstellung, die uneingeschränkt aus dem Schriftsatz des Klägers übernommen wurde) läuft diese Handlung in Zeitlupe ab: Zwischen den ersten Bericht, dass der Kläger „dabei war, den Klotz hinunterzuwerfen" (ein Ausdruck, der bereits die Dauer des Umstandes ausdehnt, der sich in einem Wimpernschlag ereignet haben muss) und seiner Entscheidung (wenn dies das richtige Wort ist), mit ihm hinunterzustürzen, schieben sich vier lange Sätze. Was diese Sätze bewirken, ist die Transformation einer augenblicklichen und instinktiven Reaktion auf eine unvorhergesehene Krisensituation in eine überlegte und bedachte Handlung.

---

[67] *Webb v. McGowin* (Fn. 66), 196–197.
[68] Ebd. 198.

Der erste Satz macht dies, indem er die Sequenz erneut beginnt und weiter ausdehnt: „Als er begann, den Block loszulassen" – „als er dabei war" hat jetzt Stufen: das Beginnen und was immer die nächste Stufe nach dem Beginnen ist (natürlich könnte das Beginnen selbst weiter unterteilt werden; es gibt kein Ende für den Prozess des Auseinanderziehens eines Prozesses). Diese Schnitttechnik führt dann zur Enthüllung dessen, was die Handlung stoppt: „Er sah J. Greeley McGowin, den Erblasser der Beklagten, auf dem Boden unten und zwar direkt auf der Stelle, auf die der Klotz gefallen wäre".

Der Bericht ist jetzt zum Drama nach Art des „Gefährdungen von Pauline"-Theaters* geworden. Wird der Klotz fallen? Was wird Webb tun? „Gefallen wäre" sagt uns, dass er nicht wirklich fiel, und weckt in uns den Wunsch, zu erfahren, wie Webb ihn am Fallen hinderte; aber bevor dieser Wunsch in Erfüllung geht, informieren uns zwei weitere Sätze. Zunächst über das, was geschehen „wäre", wenn der Klotz gefallen wäre („hätte er ihn losgelassen, hätte er McGowin mit solcher Wucht getroffen, dass er schweren körperlichen Schaden oder den Tod verursacht hätte"), und zweitens, wie (auf welchen gedanklichen Wegen) Webb zu der Serie von Handlungen gelangte, die er schließlich vollzog (von jetzt an handelt es sich um ein voll entwickeltes Melodrama).

> „Der einzig sichere und vernünftige Weg für den Beklagten, dem zuvorzukommen, bestand darin, den Klotz festzuhalten und fallend seine Richtung von dem Platz, auf dem McGowin stand, wegzulenken, und der einzig sichere Weg, ihn wegzulenken, um dem Zusammenprall mit McGowin vorzubeugen, bestand für den Revisionskläger darin, mit ihm auf den tiefer liegenden Boden zu fallen."

Ein Lehrer für Anfänger in Aufsatzkunde möchte veranlasst sein, diesen Satz und die ganze Passage als Wiederholung („der tiefer liegende Boden" oder Varianten davon erscheinen fünfmal in fast ebenso vielen Sätzen) und Weitschweifigkeit („um dem Zusammenprall vorzubeugen") zu kritisieren. Aber eine solche Kritik würde die Wirkung und die Absicht hinter ihr verfehlen, nämlich einen punktuellen Moment zu einer Sequenz zu dehnen, lang genug, um das Ausspielen von frei gewählten Alternativen und Konsequenzen zu gestatten, so dass, wenn uns im nächsten Satz gesagt wird (in einer Kürze, deren Kraft direkt proportional ist zu der Weitschweifigkeit des Vorausgehenden): „der Kläger machte dies", unsere Vorstellung von seiner Handlung hinreichend kompliziert ist, eine ausreichende Zahl von Stufen und Räumen

---

* Perils of Pauline. Es handelt sich um eine legendäre Stummfilmserie, die 1914 in zwanzig Episoden gezeigt wurde.

hat, so dass wir sie als die Handlung eines rationalen und freien Akteurs betrachten.

So weit, so gut. Aber das Gericht ist erst auf halbem Wege zum Ziel. Webb Rationalität und Wahlfreiheit zuzuschreiben ist schon ein Erfolg – aber um wahrhaft wirkungsvoll zu sein, muss er um einen anderen ergänzt werden: Es muss gezeigt werden, dass Webbs Rationalität und Wahlfreiheit [166] in einer reziproken Beziehung zu der Rationalität und der Wahlfreiheit von McGowin steht. Denn schließlich erfolgte nach dem Sachverhalt sein Versprechen zur Ersatzleistung, *nachdem* der Vorteil empfangen wurde, und das Austauschelement für eine *consideration* fehlt offensichtlich.

Das Gericht behandelt diese Schwierigkeit in zwei gleichzeitig vollzogenen Schritten: Es quantifiziert den Vorteil und es verwandelt den quantifizierten Vorteil in einen, um den der Versprechende (McGowin) gebeten hat. Der Vorteil wird nicht mit einem gesetzlichen oder auch nur ökonomischen, sondern mit einem eklatant moralischen Argument quantifiziert (erinnern Sie sich, dass das Ziel dieser Schritte darin besteht, den Fall aus dem Reich der „rein moralischen Verpflichtung" zu lösen). Schließlich ist der Schutz des Lebens, so argumentiert das Gericht, ein Umstand, für den Ärzte kassieren und Patienten freiwillig einen Preis bezahlen. Folglich „sind Leben und Unversehrtheit des Körpers materielle, pekuniäre Werte, messbar in Dollar und Cent"[69].

Das bedeutet, dass – weil, falls Webb ein Arzt gewesen wäre und McGowin sein Patient, das, was zwischen ihnen vorfiel, als ein Geschäft in Anbetracht geleisteter Dienste angesehen worden wäre – wir es so sehen werden. Im gleichen Augenblick, in dem eine Analogie so zu einem gesetzlichen Tatbestand überdehnt wird, wird der vorliegende Fall auf einen früheren bezogen, in welchem „ein Versprechen, ... für das Hüten eines Ochsen zu zahlen, der vom Gelände des Beklagten entwichen und vom Kläger versorgt worden war", mit der Begründung als gültig angesehen wurde, dass unter diesen Umständen das Versprechen „einer vorausgegangenen Bitte äquivalent"[70] war.

Das Gericht ignoriert bequemerweise jenen Umstand des Falles, der ihn von dem früheren unterschieden hätte (da der Ochse ein Verkehrsgut ist, kann sowohl sein Wert für den Eigentümer als auch der Wert der Dienste der Person, die für den Ochsen sorgt, kapitalisiert werden), und ergreift die Gelegenheit, auszurufen, dass der Dienst, den Webb McGowin erwies, „weitaus materieller war, als für seinen Ochsen zu sorgen"[71]. In dieser Feststellung vermischen sich die beiden wider-

[69] *Webb v. McGowin* (Fn. 66), 198.
[70] Ebd., 197.
[71] Ebd.

sprüchlichen Argumentationsstränge des Gerichts perfekt: Das moralische Argument, dass nichts materieller sein kann als Lebensrettung, wird (mittels der Doppeldeutigkeit des Begriffs *materiell)* ein Argument, um zu entdecken, dass der vorliegende Fall von Lebensrettung sowohl mehr als auch weniger ist als moralisch, nämlich gesetzlich und quantifizierbar. Das moralische Bedürfnis des gerichtlichen Wunsches gebiert den Taschenspielertrick, mit dem der Fall von moralischer *consideration* abgekoppelt wird. Anschließend kann das Gericht triumphierend verkünden, dass

> „der zur Verhandlung stehende Fall deutlich von jener Klasse von Fällen unterschieden werden kann, bei der die *consideration* eine rein moralische Verbindlichkeit ist“[72].

Für das Gericht bleibt nur noch übrig, seine Terraingewinne in einem letzten, atemberaubenden Zug zu konsolidieren. Nachdem gezeigt wurde, dass „der Versprechende einen materiellen Vorteil erhielt, der eine gültige *consideration* für sein Versprechen darstellt“, können wir das Versprechen als

> „eine Bekräftigung oder Bestätigung für geleistete Dienste ansehen, die die Vermutung erlauben, dass eine frühere Bitte um diesen Dienst geäußert wurde“,

und das Gericht geht sogleich daran, den Fall so zu betrachten:

> [167] „McGowins ausdrückliches Versprechen, den Kläger für die geleisteten Dienste zu bezahlen, war eine Bejahung oder Bestätigung dessen, was der Kläger getan hatte, die die Vermutung auslöst, dass die Dienste auf McGowins Bitte hin geleistet wurden.“[73]

Und wann wurde diese Bitte geäußert? Nun, in jenem unendlich ausgedehnten Moment, in dem all die alternativen Handlungsabläufe und all die begleitenden Konsequenzen Webb und, wie uns jetzt implizit erzählt wird, auch McGowin durch den Kopf gingen. Das Handelsgeschäft zwischen freiwilligen und freien Personen, das in diesem Fall so offenkundig zu fehlen schien, ist jetzt erzeugt und hat einen Platz im Geiste zweier Parteien erhalten, die niemals ein Wort miteinander sprachen.

Die Schlussfolgerung ist ebenso unausweichlich wie phantastisch: „Die vom Kläger geleisteten Dienste waren nicht unentgeltlich.“ Das heißt, sie waren ausgehandelt. Und woher wissen wir das? „Aufgrund des Einverständnisses von McGowin, zu zahlen, und der Annahme der Zahlung durch den Kläger“. Mit anderen Worten: Bedeutung und Gestalt dessen, was McGowin am 3. August 1925 tat, werden im Lichte

---

[72] *Webb v. McGowin* (Fn. 66), 198.
[73] Ebd.

dessen klar, was die zwei Parteien später taten. Unter den Bedingungen des „wirklichen Lebens“ ist die Begründung bekannt und unstrittig. Wir wissen häufig nur dann, was wir taten, wenn nachfolgende Handlungen uns mit einem retrospektiven Verständnis unserer Taten versorgen. Aber die Welt des Vertrages ist kein „wirkliches Leben“; sie ist formal (oder sollte es sein) – und in *dieser* Welt sind Ereignisse unterschieden und unterscheidbar im Sinne von punktuellen Absichten und vorhergesehenen (nicht nachträglich konstruierten) Konsequenzen.

Das Gericht kommt hier einem Absturz in die Sprache der „vergangenen *consideration*“ gefährlich nahe. Aber die Gefahr wird vermieden, weil im Kontext der Geschichte des Urteils (von der dies der Schluss ist), das Verhalten von Webb und McGowin nach dem Ereignis (ein Versprechen abzugeben und Zahlung entgegenzunehmen) zum Beweis dessen wird, was sie tatsächlich (nicht als nachträglich aufgedrängten Sachverhalt) während des Ereignisses taten: ein Geschäft abschließen.

Der Umstand, dass sie niemals miteinander sprachen oder sich jemals in irgendeinem realen Sinne trafen und der Umstand, dass das Geschäft, da sie abgeschlossen haben sollen, bizarr ist („wenn Du es auf Dich nimmst, zeitlebens verkrüppelt zu werden, werde ich Dir dreißig Dollar pro Monat zahlen“), mögen zum Innehalten veranlassen. Aber das Urteil ermutigt nicht zum Innehalten (abgesehen von jenen Augenblicken, in denen der Raum, in den dieses Geschäft eingeschoben werden soll, geöffnet wird), und das Gericht eilt schnell zu einem raschen Ende: „Aufgehoben und zurückverwiesen“.

In einer kurzen, aber aufschlussreichen abweichenden Begründung zieht Richter William H. Samford den Vorhang, der niemals wirklich geschlossen worden ist, noch weiter zurück. Er räumt ein, dass die Entscheidung, die er jetzt teilt, „nicht zweifelsfrei“ ist und erkennt an, dass in Übereinstimmung „mit dem strikten Buchstaben des Gesetzes" Webbs Wiedergutmachungsleistung eingestellt werden müsse. Aber dann verkündet er nur schlicht das „Prinzip“, dem das Gericht folgte, ein Prinzip, das er dem Chief Justice Marshall zuschreibt, welcher sagte: „Ich glaube nicht, dass Recht von Gerechtigkeit getrennt werden sollte“.[74] Die Wirkung des Zitates ist komplex, aber schnell. Was Richter Marshall sagt, [168] läuft auf eine Leugnung der Unabhängigkeit des Rechts hinaus. Aber der Umstand, dass der geachtetste Jurist in der Geschichte der Vereinigten Staaten dies sagte, macht seine Erklärung zu einer legalen und damit zu einer, die als legale Rechtfertigung für die Abweichung vom Rechtsstaat zitiert werden kann.

---

[74] *Webb v. McGowin* (Fn. 66), 199.

Erneut und auf verschiedenen Ebenen von Konstruktionen, die Konstruktionen stützen (Richter Samford legitimiert das kreative Werk seiner Kollegen, indem er es in einer Erzählung mit einem gleichermaßen kreativen Werk eines jetzt maßgeblichen Vorgängers verknüpft), bestätigt das rechtliche Establishment im Akt des Beiseiteschiebens seine Verpflichtung auf ein formales Verfahren. Wieder einmal wurden zwei Geschichten erzählt und dann in jene eine Geschichte geformt, die den Fortbestand der Tradition sichert.

III. Der verblüffende Trick

Ein übelwollender Leser des vorangegangenen Abschnitts oder sogar des ganzen Essays könnte sagen, dass ich gezeigt habe, dass das, was im Recht wirkt, das ist, womit man durchkommt. Das ist genau die Beobachtung, die von einigen Mitgliedern der Critical Legal Studies-Bewegung in Essays getroffen wurde, die, wie ich es tat, auf die Widersprüche hinweisen, die die Rechtsdogmatik spalten. Die Unterschiede zwischen jenen Essays und diesem liegen in den Schlussfolgerungen, die aus der Analyse folgen (oder angeblich folgen). Die Konklusion, die oft (aber nicht immer) von Anhängern der Critical Legal Studies gezogen wird, lautet, dass die Rechtsdogmatik unfähig ist, logisch konsistente Ergebnisse aus Regeln und Unterscheidungen mit einer klaren formalen Basis abzuleiten. Diese Unfähigkeit bedeutet, dass das ganze Verfahren zugleich nichtssagend und hinterhältig ist. Das Verfahren ist nichtssagend, weil seine Ergebnisse vollkommen ad hoc ausfallen – beim Fehlen fester Definitionen oder Grenzen können die dogmatischen Begriffe willkürlich und in beliebige Richtungen manipuliert werden –, und das Verfahren ist hinterhältig, weil diese ganzen Ad-hoc-Festlegungen uns präsentiert werden, als seien sie von einer abstrakten und gottähnlichen Maschine erzeugt worden. Eine repräsentative Bekundung aus einem wohlbekannten Essay von Clare Dalton, die viele meiner eigenen Argumente vorwegnimmt:

> „Wir müssen ... begreifen, ... dass eine dogmatische Inkonsistenz notwendig die Kraft jedes konventionellen Rechtsarguments unterminiert und dass entgegengesetzte Argumente mit gleicher Kraft vorgebracht werden können. Wir müssen auch verstehen, dass Rechtsargumente ihre eigene inhärente Unbestimmtheit verdecken und weiterhin als gangbarer Weg zu sprechen und zu überreden erscheinen."[75]

[75] CLARE DALTON, „An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine", in: *Yale Law Review 94* (1985), 1007.

Mit „dogmatischer Inkonsistenz“ meint Dalton erstens die Unfähigkeit der Dogmatik, sich selbst rein zu halten – wie sie unterstreicht, werden die Pole angeblich fester Gegensatzpaare durch den jeweils anderen Begriff definiert und können deshalb nicht das leisten, was sie vorgeben zu leisten –, und zweitens das Vorhandensein widersprüchlicher Rechtfertigungsargumente in der Dogmatik, [169] die von Rechtslehrern und Juristen ad hoc und in opportunistischer Weise eingesetzt werden. Deshalb können „entgegengesetzte Argumente mit gleicher Kraft vorgebracht werden“. Angesichts des Spielraums in der Logik der Rechtfertigung kann der Sachverhalt eines Falles dazu gebracht werden, mit gleicher Plausibilität eine beliebige Zahl von Ergebnissen zu zeitigen, von denen keines von einer festen Grundlage von Prinzipien abgeleitet wurde. Nichtsdestoweniger, so fährt Daltons Klage fort, präsentieren die Verteidiger des Rechts diese Ergebnisse, als seien sie aus einem Verfahren hervorgegangen, das ebenso bestimmt wie unpersönlich ist.

Darauf würde ich zunächst erwidern, dass dogmatische Inkonsistenz konventionelle Argumente nur dann zunichte macht, wenn diese Argumente vom partikularen Anlass ihrer Entstehung losgelöst und dann dem Konsistenzkriterium mit einem anderen Argument, unabhängig von irgendwelchen besonderen Umständen, unterworfen werden. Aber da Argumente nur unter besonderen Umständen Gewicht haben oder nicht, ist die Inkonsistenz, die Dalton dokumentieren kann, nicht fatal, und beunruhigend nur dann, wenn der Kontext nicht Recht und dessen Wirkweise ist, sondern Philosophie und deren Erfordernisse.

Recht ist jedenfalls nicht philosophisch (es sei denn, es leiht sich Argumente der Philosophie für seine eigenen Zwecke aus), sondern pragmatisch, und von einem pragmatischen Standpunkt aus ist es die Inkonsistenz der Dogmatik, die das Recht in die Lage versetzt, zu funktionieren. Dalton sagt, ohne es zu merken, dasselbe, wenn sie im gleichen Atemzug dem konventionellen Argument wegen seiner Inkonsistenz die Kraft bestreitet und dann klagt, dass das konventionelle Argument, wiederum wegen seiner Inkonsistenz, zuviel Kraft entfaltet. Das ist nicht so sehr ein Widerspruch als eine (nicht ganz ausformulierte) Unterscheidung zwischen zwei Arten von Kraft, einer guten und einer schlechten. Die gute Kraft ist die Kraft von eindeutig bestimmten Verfahren, und die fehlen dem Recht. Die schlechte Kraft ist die Kraft rhetorischer Virtuosität, und die besitzt das Recht in beschämendem Überfluß. Aber die rhetorische Natur des Rechts ist ein beschämender Umstand nur, wenn man erwartet, dass es algorithmisch arbeitet, und das ist die Forderung (von der es harte und weiche Varianten gibt) der Position, die Dalton zurückweist. Durch die Stigmatisierung des rheto-

rischen Gehalts von Recht macht sie sich von ihren Gegnern ununterscheidbar, da sie – wie jene – das Recht an einem Standard von rationaler Bestimmtheit misst. Nur dort, wo die Verteidiger dem Recht gute Noten geben, findet sie es überall versagend.

Meine These lautet, dass Daltons Beschreibung des Rechts zwar exakt ist, aber eher eine Beschreibung von Stärken als von Schwächen darstellt. Wenn Dalton feststellt, dass die normativen Aussagen des Rechts („Fairness", „Gerechtigkeitserfordernis", „guter Glaube") so vage formuliert sind, dass der Augenblick der „Normwahl" aufgeschoben wird, „bis ein individueller Richter gehalten ist, eine individuelle Entscheidung zu treffen",[76] dann will sie nur sagen, dass, obwohl die normativen Formulierungen des Rechts das Vokabular und die begriffliche ‚Umgebung' der Entscheidungsfindung spezifizieren, sie keine Grenzen dafür setzen, was ein Richter auf seinem Weg, ein plausibles (im Sinne von erkennbar legales) Resultat zu erzielen, mit diesem Vokabular tun kann. In Abwesenheit eines mechanischen Entscheidungsverfahrens besteht reichlich Raum für richterliche Manöver (obwohl, wie ich gezeigt habe, diese Manöver [170] weit davon entfernt sind, völlig frei zu sein), und wenn die „individuelle Entscheidung" stark genug ist – wenn die Geschichte, die sie erzählt, ausreichend bruchlos scheint –, wird sie die Norm geschaffen haben, die sie triumphierend zu ihrer Rechtfertigung zitiert. Das ist genau das Problem, könnte Dalton erwidern: Das Recht ist zugleich total rhetorisch und damit befasst, seine eigene Rhetorizität auszulöschen. Genau, würde ich antworten, und ist es nicht wunderbar (ein absichtlich nicht bewertendes Wort) anzusehen? Es mag wahr sein, dass

> „wir keine vertrauenswürdige und deshalb keine legitime Basis haben für die Zuteilung von Verantwortlichkeit zwischen vertragschließenden Parteien"[77],

aber auch wenn die Legitimität nicht in Form eines bestimmten Systems von Regeln und Unterscheidungen vorgefertigt ist, wird sie doch kontinuierlich durch jene Mittel erzielt, die Dalton detailliert prüft.

Betrachten Sie zum Beispiel ihre Erörterung des Zusammenspiels zwischen der Lehre von der *consideration* und dem Vertrauen. Sie hat die Geschichte des Second Restatement, Abschnitt 71 und 90 erneut erzählt (einer definiert die Vertragspflicht unter den Bedingungen von *consideration,* der andere betrifft die „Verträge ohne *consideration*") und die Vermeidung „der verwickelten Fragen, wie man sich ihre Koexistenz vorzustellen habe"[78] sowohl im Restatement selbst, als auch in den

---

[76] CLARE DALTON, An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine (Fn. 75), 1035.
[77] Ebd., 1066.
[78] Ebd., 1084.

Fällen, die es zitieren, bemerkt. Die Mechanismen der Vermeidung, die sie beschreibt, schließen die sequentielle Anwendung der dogmatischen Lehren ein, so dass jede von ihnen aufrechterhalten werden kann und ein Widerspruch zwischen ihnen für alle Zeiten abgewendet zu sein scheint. Ferner die Festsetzung verschiedener Maßnahmen der Wiedergutmachung derart, dass ein Unterschied suggeriert wird, den allerdings die Analyse der Fälle nicht stützt. Schließlich die Ausarbeitung verschiedener Begrifflichkeiten, die die Ursache dafür sind, dass die „Vertrauensrhetorik anders klingt als die *consideration*-Rhetorik", obwohl, wenn es die Gelegenheit verlangt, die beiden Begrifflichkeiten zusammengezogen werden können und „ununterscheidbar zu werden"[79] beginnen. So eindrucksvoll dies auch ist, es ist dennoch nur ein Teilkatalog der dem Recht zur Verfügung stehenden Mechanismen. Mechanismen, die es gestatten, eine Unterscheidung, die nicht endgültig aufrechterhalten werden kann, zu verstärken und bei anderer Gelegenheit abzuschwächen und zu wieder anderen Zeiten bequem zu vergessen. Die Geschichte ist verblüffend, und Dalton charakterisiert sie korrekt als „die Geschichte, wie unmöglich Scheinendes möglich gemacht wird"[80].

Es ist, kurzum, die Geschichte der Rhetorik, der Kunst, den (sprachlichen) Grund zu konstruieren, auf dem man zuversichtlich gehen kann. Bei der Durchmusterung eines Falles, der die Virtuosität des Rechts auf ihrem Höhepunkt zeigt, ruft Harry Scheiber aus:

> „Man wird ... an eine blendende Doppelfinte erinnert, den rückhändig fliegenden Überkopf-Wurf eines Unsterblichen des Basketballs. Erst bei Wiedergabe in Zeitlupe versteht man den ganzen Zug und erst dann realisiert man, dass die Herausforderung der Schwerkraft einer seiner wesentlichen Bestandteile ist!"[81]

Scheiber nennt dies den „verblüffenden Trick" des Rechts, den Trick, durch den sich das Recht in der Luft selbst konstruiert, ohne jemals den Boden zu berühren. Es ist ein Trick, den Dalton und andere kritisieren, aber es ist der Trick, durch den das Recht existiert, und es ist schwer vorstellbar, [171] dass es ohne ihn funktioniert. Die Alternativen könnten entweder die entschiedene Rationalität sein, die von jeder kritischen Rechtsanalyse als unmöglich erwiesen wird, oder die ständige Enthüllung von Kunststücken mit Mitteln, aus denen der „verblüffende Trick" besteht. Aber wenn man der zweiten Alternative folgte und sich jedes Rechtsverfahren in eine entlarvende Analyse der Bedingungen

---

[79] CLARE DALTON, An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine (Fn. 75), 1091.

[80] Ebd., 1087.

[81] HARRY SCHEIBER, „Public Rights and the Rule of Law in American Legal History", in: *California Law Review* 72 (1984), 236–237.

seiner Möglichkeit verwandelte, würden niemals Entscheidungen getroffen und das Hauptgeschäft des Rechts würde nicht getan. Vielleicht ist dies das Ergebnis, das wir wünschen, aber irgendwie zweifle ich daran und tendiere deshalb zum Glauben, dass die kreative Rhetorizität des Rechts jede Anstrengung, sie zu zerstören, überlebt.

Es bedarf kaum der Erwähnung, dass ich nicht der erste bin, der erklärt, dass die Operationen des Rechts rhetorisch sind. Tatsächlich ist dies Daltons Standpunkt, obwohl sie ihn zu einer Anklage formt, und es ist auch der Standpunkt anderer, die (in der Tradition Ciceros) die Rhetorizität des Rechts positiver sehen.

Unter der Rubrik „rhetorische Jurisprudenz" hat Steven J. Burton eine Beschreibung des Rechts ausgearbeitet, die in vielen Punkten mit der hier präsentierten übereinstimmt. Seine Grundthese lautet, dass das

> „partikulare Recht einer Gesellschaft eine mögliche Organisation menschlicher Beziehungen und eine öffentliche Verpflichtung darstellt, es in empirische Realität zu überführen".

Jede Anwendung des Rechts „überführt diese vorgestellte Welt in mancher Beziehung in Realität"[82].

In dieser Argumentation folgt das Recht nicht der Organisation menschlicher Beziehungen oder wiederholt sie, sondern stellt sie her, und zwar mit Mitteln, die es erfindet. Anstatt wie Wissenschaft (zumindest in vor-Kuhn'scher Beschreibung) zu verfahren, die ihre Darstellung korrigiert, um „besser zur Welt zu passen", ist Recht eine praktische Disziplin, die operiert, um die Welt zu ändern, „damit sie besser zur Darstellung passt".[83] Diese Veränderung wird durch einen Diskurs bewirkt, der die Autoritäten, auf die er sich beruft, seihst erzeugt.

> „Ein rhetorisches Verstehen betrifft die in einem lokalen Rechtsdiskurs vorausgesetzten Beweiskriterien und damit die Wirkungen des Diskurses auf das, was die Parteien, mit oder ohne gute Gründe, ernsthaft als Recht oder Rechtsargument akzeptieren."[84]

Eine rhetorische Jurisprudenz stellt keine zeitlosen Fragen; sie forscht nach den partikularen Bedingungen der Überredung, nach Gründen, die wirkungsvoll sind. Und das Interessante, das sie über die normativen Ansprüche des Rechts herausfindet, ist nicht, ob diese eingelöst werden können oder nicht (streng genommen können sie es nicht), sondern es ist der Hebel, den man erhalten kann, indem man sie zitiert:

> „Ob solche Rechtsvorstellungen vernünftig sind oder nicht - sie beeinflussen in Rechtsdiskursen ständig die Gedanken und Handlungen vieler Rechtsak-

---

[82] STEVEN J. BURTON, „Rhetorical Jurisprudence: Law as Practical Reason" (unpubliziertes Manuskript), 69.

[83] BURTON, Rhetorical Jurisprudence (Fn. 82), 63.

[84] Ebd., 9.

> teure. Dementsprechend sind sie ein bedeutender Gegenstand rhetorischer Forschung im Rahmen der Anstrengung, rechtliche Rechtsanwendung zu verstehen."[85]

Es überrascht nicht, dass ich dies sehr zustimmungswürdig finde. Ich werde erst nervös, wenn Burton sich von der Beschreibung des Rechts als rhetorisch der Behauptung zuwendet, dass diese Beschreibung, wenn sie beachtet würde, wohltuende Folgen für die Rechtsanwendung haben könne [172]:

> „Rhetorische Kritik lenkt die Aufmerksamkeit auf Charakteristika des Rechts, die von einem Rechtsdiskurs als erstem Schritt zur möglichen Verbesserung dieses Diskurses als eines *rechtlichen* vernachlässigt werden."[86]

Der Verlauf dieser Verbesserung ist nicht ausformuliert, aber er scheint aus der Überlegung zu folgen, dass wir, nachdem wir einmal wissen, dass das Recht rhetorisch ist, besser in der Lage sind, in ihm zu funktionieren; besser befähigt, zu „hören, nachzudenken und Handlungen zu rechtfertigen".[87] Aber das Wissen, dass das Recht rhetorisch ist, könnte dieses nur verbessern, wenn wir dadurch gegen die Rhetorizität isoliert würden – dann würde Burton den Wunsch nach wissenschaftlicher Jurisprudenz hegen, den sein Essay verwirft – oder wenn dieses Wissen das Recht rhetorischer machte, als es bereits ist – ein inkonsistentes Ziel, da der Zustand des Rhetorischen, also an die Erfordernisse und Zwänge des Augenblicks gebunden zu sein, keine Steigerung zulässt.

Ist erst einmal „das Recht vom praktischen Standpunkt aus als ein System von Gründen für Handlungen begriffen",[88] wird man weder Distanz zu diesen Begründungen gewinnen, noch von ihnen überzeugter sein, weil man dieses Verständnis erreicht hat. Es werden immer noch partikulare Begründungen sein, die sie schon waren, bevor Burton sie so nannte, und sie werden nach wie vor im Kontext partikularer Zwänge begegnen und nicht im Kontext einer allgemeinen Anerkennung als partikular. Die Lehre von der Rhetorizität des Rechts – die Lehre, dass Gründe nur innerhalb der Konfigurationen von Handlungsweisen Gründe sind und dass sie keine Gründe sind, die Handlungsweisen von einer übergeordneten Position erzeugen – muss auf sie selbst ausgedehnt werden. Sie kann nicht in größerem Umfang als Generalthese dienen, als die formalistischen Thesen, die sie ersetzt. Formalisten jedenfalls machen ihren Fehler legitimerweise, da es *ihre* Position ist, dass partikulare Gewohnheiten aus Generalprinzipien folgen

---

[85] BURTON, Rhetorical Jurisprudence (Fn. 82), 2.
[86] Ebd., 9.
[87] Ebd., 69.
[88] Ebd.

oder folgen sollen; dies kann nicht ohne innere Widersprüchlichkeit die Position eines Rhetorikers sein, auch wenn das Generalprinzip selbst rhetorisch ist.

Burtons Flirt mit dem, was ich andernorts die „antifundamentalistische Theoriehoffnung" genannt habe (die Hoffnung, dass wir dadurch, dass wir uns der Rhetorizität unserer Fundamente bewusst werden, eine [nicht rhetorische] Perspektive auf sie gewinnen, die wir vorher nicht hatten), ist im Werk von James Boyd White eine voll entfaltete Romanze. White definiert das Recht (in meiner Sicht korrekt) als „einen Satz von Hilfsmitteln zum Denken und Argumentieren".[89] Dieser Satz, so argumentiert er, ist offen und schließt die Begriffe ein, die man für die Basis des Unternehmens hält. Im Ergebnis ist das Recht auf jeder Ebene kreativ und konstruiert seine Prinzipien sogar bei deren Anwendung.

> „Denn während er die Sprache des Rechts spricht, muss der Jurist immer bereit sein, zu versuchen, es zu ändern: eine Distinktion hinzuzufügen oder fallen zu lassen, eine neue Stimme zuzulassen, eine neue Autoritätsquelle anzuführen und so weiter. Seine Leistung ist in diesem Sinne immer argumentativ, nicht nur im Hinblick auf das Resultat, das er zu erreichen sucht, sondern auch im Hinblick auf die Version des Rechtsdiskurses, die er benutzt – die er schafft – in seinem Reden und Schreiben. Das heißt, der Jurist sagt nicht ständig nur: ‚So sollte dieser Fall entschieden werden', sondern auch: ‚Hier – diese Sprache – ist die Weise, in der über diesen und andere Fälle gesprochen werden sollte. Die Sprache, die ich spreche, ist die angemessene [173] Sprache der Gerechtigkeit in unserer Kultur' ... in diesem Sinne ist Rechtssprache immer argumentativ konstitutiv für die Sprache, die sie verwendet."[90]

Bis zu diesem Punkt bin ich mehr oder weniger an der Seite von White, aber unsere Wege trennen sich, wenn seine Beschreibung der Wirkungsweise des Rechts zur Forderung nach einer neuen Form von Rechtspraxis führt: „Dies bedeutet, dass vor uns als Juristen ständig die Frage steht, welche Art von Kultur wir haben werden."[91] Aber die Frage „vor uns" ist immer eine rechtliche, formuliert in der Terminologie der Rechtskategorien und möglicher Handlungsverläufe. Der Umstand, dass immer nachgewiesen werden kann, dass eine Rechtsfrage eine Quelle in den vorausgesetzten kulturellen Werten hat, bedeutet nicht, dass es Aufgabe einer juristischen Untersuchung wäre, diese Werte zu entdecken oder zu revidieren. Gewiss könnte man sich immer

---

[89] JAMES BOYD WHITE, *Heracles' Bow: Essays on the Rhetoric and Poetics of the Law.* Madison (Wisconsin) 1985, 33.

[90] WHITE, Heracles' Bow (Fn. 89), 34.

[91] Ebd., 42.

in dieser Aufgabe engagieren, aber das bedeutet, Recht nicht so zu verwalten, wie es die Mitglieder der Institution akzeptieren.

White betont dies selbst, wenn er wieder und wieder feststellt, dass die Wirkungsweise des Rechts partikular ist: „Es beginnt immer an einem bestimmten Platz unter bestimmten Leuten", und deshalb „kann man nicht idealisieren", indem man sagt, „so sollte es allgemein sein".[92] Aber dann ist es White, der idealisiert und sagt, wie es allgemein gehen sollte. Nach seiner Auffassung sollte so eine ständige philosophische Diskussion über die gesellschaftlichen Werte und Ziele hervorgerufen werden. Geschähe dies, würde es sich nicht um Recht, sondern um Moralphilosophie handeln. Die unheilbare partikulare Perspektive des Rechts – seine Verwurzelung in speziellen Debatten, die spezielle und rechtzeitige Lösungen verlangen – lässt keinen Raum für die ausgedehnten Reflexionen, die White empfiehlt. Tatsächlich brandmarkt sie sie zugleich als unangemessen. Ein Richter, der immer innehalten würde, um „seine fundamentalen Haltungen und Methoden dem Test eines aufrichtigen Eingehens auf die Argumente für das Gegenteil auszusetzen",[93] würde nicht seine Aufgabe als Richter, sondern etwas anderes erledigen, etwas zweifellos Wertvolles, aber aus rechtlicher Sicht Unpassendes und sogar Verantwortungsloses (es sei denn, diese Übung wäre vorbereitend, strategisch, zum Zwecke der Bekanntgabe einer Folgerung; in diesem Falle würden jemandes Überzeugungen nicht um ihrer selbst willen auf Alternativen getestet – als ein Versuch, das Bewusstsein zu erweitern – sondern wegen eines Zieles, auf das ein endliches Bewusstsein im Vorhinein verpflichtet wurde).

Whites Fehler besteht darin, die Perspektive, von der aus man Fragen nach der Natur des Rechts (ist sie formal oder moralisch oder rhetorisch?) stellen würde, mit jener Perspektive zu vermischen, von der aus man in der Hoffnung fragen möchte, dass die Antworten von Nutzen sind, um mit der Rechtsarbeit weiter zu kommen. Aus der ersten Perspektive (der Perspektive einer metakritischen Fragestellung) könnte man entscheiden, dass das Recht ein Prozess ist, in dem „wir und unsere Ressourcen dauerhaft durch unsere eigenen kollektiven Aktivitäten von neuem hergestellt werden".[94] Aber jene, die in diesen Prozess verwickelt sind, handeln charakteristischerweise nicht in der Absicht, diese Neuherstellung zu fördern, sondern in der Absicht, entweder (als Anwalt) zu gewinnen oder (als Richter) zu entscheiden.

Im Hinblick auf diese Absicht wird ein Bericht über die Rhetorizität des Rechts [174] entweder irrelevant sein (das heißt, er berührt die

---

[92] WHITE, Heracles' Bow (Fn. 89), 39.
[93] Ebd., 47.
[94] Ebd., 45.

Probleme, die der Fall aufwirft, nicht) oder gefährlich (ihn einzuführen, könnte die Position schwächen, die Sie verteidigen) oder – unter bestimmten Umständen – marginal hilfreich (so, wenn Sie sich und Ihre Kollegen daran erinnern, dass das Recht keine exakte Wissenschaft und weniger streng ist als Wissenschaft mit ihrem Beweisverlangen). Aber selbst in diesem letzten Falle wird die These von der Rhetorizität des Rechts keinen neuen Weg zum Umgang mit Recht gewiesen haben; sie wird lediglich eine Möglichkeit mehr zu einer Praxis hinzugefügt haben, die noch in großem Umfang von den Zielen bestimmt wird, die das Recht weiterhin haben wird, den Zielen, ein Argument zu gewinnen oder eine Entscheidung zu verfertigen. Das sind erfolgsorientierte Aktivitäten, und sich in diesen ernsthaft zu engagieren bedeutet, die Offenheit für den Anderen schon ausgeschlossen zu haben, von der White möchte, dass wir sie annehmen.

White sieht dies nicht, weil er meint, dass wenn Offenheit für den Anderen das Recht charakterisiert (im Gegensatz zu den geschlosseneren Charakterisierungen, die von formalistischen Theoretikern angeboten werden), die im Recht Handelnden ihrerseits offen sein müssten. Da die Geschichte zeige, dass das Recht „einen Boden für Herausforderung und Wandel liefert",[95] müssten wir aus Motiven von Herausforderung und Wandel handeln. Aber obwohl Herausforderung und Wandel häufig die Nebenprodukte des Einfallsreichtums der Rechtsakteure darstellen, sind sie nicht die Motive, derentwegen üblicherweise eine Rechtshandlung vorgenommen wird. Es kann sein, dass, wie White behauptet, das Recht als rhetorischer Prozess niemals gegenüber dem interpretativen Druck alternativer Diskurse abgeschlossen werden kann und eine „strukturelle Offenheit"[96] zeigt, aber daraus folgt nicht, dass jene, die mit dem Recht arbeiten, dies in der Absicht tun, in besagter Weise offen zu sein. Das ist vielmehr die Absicht derjenigen, die eine Art von kritischem Selbstbewusstsein pflegen.

Wie es scheint, sieht White für das Recht folgende Zukunft voraus: Der Rechtsakteur wird beständig „die Angemessenheit jeder Sprache anzweifeln und darauf achten, sich der Grenzen ihrer Formen des Denkens und Verstehens bewusst zu sein"; sie wird auf „Vielstimmigkeit" verpflichtet werden und wird „zutiefst gegen monotones Denken und Reden sein, gegen die einzelne Stimme, den einzelnen Aspekt des Selbst oder der Kultur, die den Rest bestimmen".[97]

White nennt diese Vision „rhetorisch", aber es ist eine seltsame Rhetorik, die sich vorstellt, dass Konflikte im Mahlstrom eines vielstimmi-

---

[95] WHITE, Heracles' Bow (Fn. 89), 45.
[96] Ebd.
[97] Ebd., 124.

gen Pluralismus endgültig gelöst werden. In Wahrheit sind Whites Hoffnungen für das Recht nicht rhetorisch, sondern transzendental. Er betrachtet die Szene der Überredung als lediglich temporär, und, wie Habermas, schaut er vorwärts in eine Zeit, in der alle Parteien ihre forensischen Waffen niederlegen und sich in dem Bestreben treffen werden, eine neue und vernünftigere Gemeinschaft zu errichten. Diese „Verpflichtung zur Offenheit",[98] diese Entschlossenheit, „vorsichtig und poetisch zu sein",[99] mögen bewundernswert sein, aber es ist schwer zu sehen, welchen Platz sie in einem Prozess haben könnten, der Urteile durch eine einzelne Stimme *verlangt,* auch wenn gezeigt werden kann, dass diese Stimme plural konstituiert wurde. White mag damit beginnen, dass er Differenz anerkennt und feiert, aber am Ende kann er sie nicht tolerieren.

Dasselbe kann über Peter Goodrich gesagt werden, einen kritischen Rechtswissenschaftler britischen Stils, der in Büchern und Essays von enormer Bildung und Gelehrtheit [175] „das Konzept einer Rhetorik der Rechtssprache" ausarbeitet, welches „die rhetorischen, soziolinguistischen und locker pragmatischen Dimensionen und Kontexte jeder kommunikativen Praxis"[100] betont. Goodrich beginnt mit der Beobachtung, dass ein „definitorisches Merkmal jedes Formalismus" die „Zurückweisung der Geschichte"[101] ist, das heißt, der Hintergrundumstände, die die angeblich selbstgenügsame und selbstgegebene Norm oder Lehre bestimmen. Er findet dann die Quelle des Formalistentraumes in „der Unterscheidung von Logik und Rhetorik",[102] eine Unterscheidung, die die traditionellen Kategorien der Sprachphilosophie hervorbringt, mit einem reinen semantischen Kern im Mittelpunkt und jenen Bedeutungen, die durch die sozialen und politischen Bedingungen an der gebrandmarkten Peripherie erzeugt werden.

Natürlich insistiert Goodrich darauf, dass dieses reine Zentrum ein „Mythos"[103] ist, „offensichtlich mehr rhetorisch als wirklich"[104], ein Kunstgriff, um die Aufmerksamkeit abzulenken von den „tatsächlichen ‚sozialen Fakten' oder den historischen und partikularen ‚Formen des Lebens', die die inhaltliche Bedeutung gesetzlicher Regeln bestimmen"[105]. Wenn wir erst einmal wahrnehmen, dass Bedeutung „das

---

[98] WHITE, Heracles' Bow (Fn. 89), 124.
[99] Ebd., 125.
[100] PETER GOODRICH, Legal Discourse: *Studies in Linguistics, Rhetoric, and Legal Analysis*. New York 1987, 5–6.
[101] GOODRICH, Legal Discourse (Fn. 100), 27.
[102] Ebd., 61.
[103] Ebd., 77.
[104] Ebd., 58.
[105] Ebd., 57.

Produkt oder Ergebnis von Kommunikation zwischen sozial organisierten Individuen und Gruppen" ist, dann werden wir auch sehen, dass es unmöglich irgendwelche „selbstartikulierten Einheiten des Diskurses" geben kann, weil jeder Text ungeachtet dessen, wie autonom er zu sein scheint, „andere Bedeutungen impliziert, andere Texte, andere Diskurse und ständig die Grenzen jeder bestehenden Diskursinstanz überschreiten wird".[106]

Erneut befinde ich mich in Übereinstimmung mit Analyse und Schlussfolgerung:

Das Recht ist weniger ein formaler Mechanismus, der bestimmte Regeln auf selbstgegebene faktische Situationen anwendet, als „vorwiegend der Diskurs der Macht",[107] das heißt, ein Diskurs, dessen Kategorien, Distinktionen und ehrwürdige Formulare Extensionen eines bestimmten politischen Programms sind, das sich nicht selbst als solches bekannt gibt. Goodrich unterstützt und erweitert diesen Schluss, indem er Fälle analysiert, in denen, wie er zeigt, es eher „die persuasive Funktion bestimmter rhetorischer Techniken"[108] ist als irgendeine unabhängige Logik, die Entscheidungen erzeugt, obwohl die Entscheidung immer als eine präsentiert wird, die „den Unterschied zwischen dem formalen, normativen Charakter des rechtlichen Verfahrens und dem materiellen Gehalt ... einer Auseinandersetzung"[109] bestärkt. Kurzum: Das Recht ist ständig damit befasst, den ideologischen Gehalt seiner Mechanismen zu verwischen, damit es sich selbst als einen „Diskurs" darstellen kann, „der in seiner Forderung nach Universalität und Vernunft kontextunabhängig ist".[110] So etabliert es rhetorisch seine Unabhängigkeit von gerade den sozialen und politischen Werten, die seinen Inhalt ausmachen, indem es

> „eine konstante, zentripetale Anstrengung unternimmt, sich selbst durch Differenzierung und durch den Ausschluss von Diskursen und Sprachen, die es umgeben, aufrechtzuerhalten".[111]

„Indem es die ... Implikationen der eigenen Institutionalisierung vermeidet oder sie ausschließt", nämlich seinen Status als eines historischen und kontingenten Diskurses, und

> „durch die Behandlung von Rechtsproblemen als solche der Syntax oder von lexikographischer Art, ... verwaltet und kontrolliert das Recht ... die Hierarchie sozialer und politischer Beziehungen, ... obwohl es offenkundig

---

[106] GOODRICH, Legal Discourse (Fn. 100), 147.
[107] Ebd., 88.
[108] Ebd., 90.
[109] Ebd.
[110] Ebd., 175.
[111] Ebd.

> nicht mehr tut, als [176] gewisse allgemeine und inhärent unkontroverse, rechtsspezifische Aktivitäten und Funktionen zu verhindern und zu erleichtern".[112]

Sieht man von einigen aufgeblasenen Wendungen ab, dann entspricht dies genau meiner Erläuterung des Rechts, das ständig zwei Geschichten erzählt, von denen die eine bestreitet, dass die andere überhaupt erzählt wurde. Der Unterschied besteht darin, dass für Goodrich diese Erklärung auf einen Skandal hinausläuft, während er für mich lediglich analytisch auf die Strategien aufmerksam macht, mit denen das Recht aus fremdem Material jene Autonomie formt, die zu fordern es verpflichtet ist. Müsste das Recht seine Kategorien und Begriffe begleitet von einer Analyse ihrer Wurzeln im außerjuridischen Diskurs einsetzen, würde es seine Autorität nicht ausüben, sondern demontieren. Kurzum: Es wäre nicht länger Recht. Goodrich sieht ziemlich richtig, dass man ein Anhänger des Rechts nur werden kann, wenn man die Quellen der Normen prüft, die man internalisiert:

> „Der ganze Prozess der Sozialisation in die rechtlichen Einrichtungen ist eine Frage des Lernens von Ehrerbietung und Gehorsam, eine Frage expliziter und impliziter Erziehung zu den erforderlichen Arten der Interaktion – den Formen, Verfahren und Sprachen – zwischen den verschiedenen Ebenen, Funktionen und Topoi des Rechtssystems."[113]

Aber er denkt, wir könnten und sollten diese Erziehung unterlassen und alles in den Vordergrund stellen, um dessen Ausschluss sie bemüht war. Wir müssen „die hermetische Sicherheit ... materieller Jurisprudenz herausfordern"[114], wir müssen die „alternativen Bedeutungen"[115] sichtbar machen, die von der gesetzlichen Bedeutung ignoriert werden:

> „Bei der Lektüre des Gesetzes ist es ständig nötig, sich der kompositorischen, stilistischen und semantischen Mechanismen zu erinnern, die es dem Rechtsdiskurs erlauben, seine historische und soziale Genese zu negieren. Es ist nötig, das Schweigen, die Lücken und das empirische Potential des Gesetzestextes zu prüfen und bei den Mitteln zu verweilen, mit welchen er sich die Bedeutung anderer Diskurse und sozialer Beziehungen aneignet, obwohl er ausdrücklich bestreitet, dies zu tun."[116]

Nun, es mag sein, dass man „bei der Lektüre des Gesetzes" – das heißt, indem man es einer soziologischen und dekonstruktiven Analyse unterwirft – alles erinnern muss, was im Laufe der Selbstkonstitution vergessen wurde, aber die Anwendung des Rechts verlangt dieses Ver-

---

[112] GOODRICH, Legal Discourse (Fn. 100), 176.
[113] Ebd., 173.
[114] Ebd., 132.
[115] Ebd., 183.
[116] Ebd., 204.

gessen, verlangt einen Rechtsdiskurs, der „sich die Bedeutung anderer Diskurse aneignet, ... obwohl er ausdrücklich bestreitet, dies zu tun". Und wenn man erwidert, dass eine Tätigkeit, die derart von jeder Konfrontation mit den Zufällen ihrer Entstehung losgelöst ist, keinen Respekt verdient, würde ich im Gegenzug erwidern, dass jede Tätigkeit in dieser Weise isoliert ist, und dass ihr Entstehen als Tätigkeit – als einer von anderen Aktivitäten verschiedenen Aktivität – von einer gewissen Unkenntnis ihrer Schulden und Komplizenschaften abhängt. Wie ich es an anderer Stelle formuliert habe:

> „‚Vergesslichkeit', im Sinne von: Nicht gleichzeitig alles im Gedächtnis zu behalten, ist eine Bedingung des Handelns und die Differenz zwischen den Handlungsweisen ... ist eine Differenz zwischen verschiedenen Arten von Vergesslichkeit."[117]

[177] Das gilt selbst für die Tätigkeit der Erinnerung an das, was andere Tätigkeiten vergessen haben. Denn um sich bei dieser Tätigkeit zu engagieren, muss Goodrich selbst die empirischen Bedingungen vergessen (oder wenigstens ausklammern), die das Recht entstehen lassen und seine Operationen bestimmen, Bedingungen, die den Bedarf nach Verfahren, Streitigkeiten beizulegen, einschließen und den Zwang zu prompten Rechtsmitteln und Entscheidungen. Ich kritisiere Goodrich nicht, sondern unterstreiche nur, dass sein Vorhaben nicht freier von Vergesslichkeiten ist als das Vorhaben, das er auseinander nimmt. Sein Irrtum ist es, zu meinen, dass das Projekt derart frei sein könne, und er denkt *dies,* weil er an die Möglichkeit eines allgemeinen Diskurses glaubt, der alles in Betracht zieht und nichts ausschließt. Es gibt aber keinen solchen Diskurs, sondern nur die partikularen Diskurse, die ihre Zugkraft gerade durch die Mittel gewinnen, die Goodrich beklagt. Und tatsächlich ist es mehr als eine kleine Ironie, dass Goodrich schließlich die materielle Fassung der Rechtsanwendung verachtet und versucht, sie stattdessen in die (nicht weniger, aber in anderer Weise materiellen) Vorschriften eines philosophischen Seminars zu fassen.

Recht ist aber keine Philosophie; es ist Recht, auch wenn es, wie alles andere, zum Gegenstand philosophischer Analyse werden kann, in welchem Falle es zu etwas von dem, was es unter seinen eigenen Bedingungen ist, Verschiedenen wird. Um sicher zu gehen: Die Wendung „unter seinen eigenen Bedingungen" bezieht sich gerade auf das Konstrukt, das Goodrich entlarvt, und es als ein Konstrukt zu entlarven, ist eine vollkommen respektable Sache. Gleichwohl kann das Recht dies nicht tun und gleichzeitig noch als Recht operationabel bleiben. Es ist sicher wahr, was Goodrich behauptet und demonstriert, dass das Recht

---

[117] STANLEY FISH, *Doing What Comes Naturally.* Durham (North Carolina) 1989, 397.

„seine beste Deutung nicht unter seinen eigenen Prämissen findet",[118] aber das bedeutet nicht, dass das Recht nicht bestens unter seinen eigenen Prämissen *angewendet* wird, da es nur bei selbstbewusstem und ohne metakritischen Vorbehalt erfolgendem Einsatz seiner eigenen Prämissen überhaupt angewendet werden kann. Goodrich beendet sein Buch mit einem Aufruf zu einem „interdisziplinären Studium des Rechts ... mit dem Ziel ... die Geschlossenheit des Rechtsdiskurses zu brechen".[119] Das ist ein wertvolles Vorhaben und eines, das (mit seiner Hilfe) bereits Erfolge zeitigt; aber es ist ein akademisches Projekt, in seiner Form von den Normen der akademischen Forschung (die selbst Formen von Geschlossenheit sind) bestimmt. Sobald das Seminar vorbei ist und der Zugriff der Normen der Philosophie nachgelassen hat, wird der Rechtsdiskurs erneut geschlossen (obwohl die Form seiner Schließung endlos revidierbar ist), und das Recht wird erneut die Aufgabe übernehmen, gleichzeitig die formale Autonomie zu erklären und zu gestalten, die seine prekäre, machtvolle Existenz begründet.

Ich kann nicht schließen, ohne kurz über drei weitere Punkte zu sprechen. Zunächst sollten meine Darstellung und meine Verteidigung der Rhetorizität des Rechts – d. h. der Strategien, mit welchen es aus Anliegen und Perspektiven, die es ostentativ desavouiert, Ergebnisse erzielt – nicht als Billigung dieser Ergebnisse verstanden werden. Obwohl Rechtstheorie überwiegend in dem Bemühen besteht, eine direkte Verbindungslinie zwischen einigen Beschreibungen der Funktionsweise des Rechts und der Richtigkeit (oder Falschheit) einzelner Entscheidungen zu ziehen, war es meine (antitheoretische) These, dass jeder Entscheidung, die das System hervorbringt, automatisch „Richtigkeit" verliehen wird; das heißt, jeder Entscheidung, die sich aus dem persuasiven Arrangement bestimmter Argumente ergibt. [178] Sobald ein Argument bewiesen hat, dass es für die relevanten Beteiligten – einen Gerichtshof, eine Jury – überzeugend ist, sagen wir, dass es richtig ist, womit wir meinen, dass es jetzt Recht ist (nichts ist so erfolgreich, wie der Erfolg), dass es gesetzlich richtig ist. Natürlich sind wir noch frei, der Entscheidung aus anderen Gründen zu widersprechen, sie unter moralischen Bedingungen „falsch" zu finden oder unter den Bedingungen einer langfristigen Gesundheit der Republik. In diesem Falle würden wir jedoch unsere Zuflucht nicht zu einer alternativen Form des rechtlichen Vorgehens nehmen, sondern zu alternativen Argumenten innerhalb derselben allgemeinen Form, die erfolgreich – d. h. überzeugend – wären. In meiner Sicht ist das rechtliche Vorgehen immer dasselbe: ein offenes, wenngleich gebundenes Forum, auf dem forensi-

---

[118] GOODRICH, Legal Discourse (Fn. 100), 212.
[119] Ebd.

sche Kampfe kontingent und temporär gewonnen werden; deshalb werden bevorzugte Resultate nicht dadurch erzielt, dass das Spiel gewechselt wird, sondern, dass es effektiver gespielt wird (und was effektiver ist, oder nicht, ist selbst etwas, das man nicht im Voraus wissen kann). Kurz, selbst wenn die Fälle, die ich diskutiere, anders entschieden, zurückverwiesen oder aufgehoben würden, die Entscheidungswege würden jene sein, die ich hier beschrieben habe.

Das bringt mich zu meinem zweiten Punkt. Es könnte scheinen, dass ich mit der Feststellung, das Rechtsverfahren sei immer dasselbe, das Recht in eine ahistorische Abstraktion gebracht und mit eben der Universalität und Stabilität ausgestattet habe, die meine Argumentation so häufig bestritten hat. Dieser Einwand (den ich selbst erhebe, weil andere ihn sicher erheben werden) beruht allerdings auf logischer Beckmesserei und der Annahme, man könne nicht gleichzeitig der Geschichte und der Kontingenz gerecht werden und entschiedene kategorische Erklärungen über die Art, wie die Dinge *immer* sind, abgeben.

Aber ich sage, dass die Dinge immer historisch und kontingent sind; das heißt, ich privilegiere Geschichte, indem ich mich weigere, eine Schranke ihr gegenüber anzuerkennen – ein bestimmter Satz von Fakten, eine monumental sich selbst verkündende Art von Sprache –, und es ist nur ein philosophischer Salontrick, der dieses Beharren auf Geschichtlichkeit ins Ahistorische verdreht. Die Alternative zu meiner Darstellung müsste die Rechtsoperationen in einer vom historischen Prozess unabhängigen Realität gründen (seien es Gott, die krude Materie oder universelle moralische Prinzipien), und es erscheint seltsam, zu folgern, dass ich, weil ich die Existenz einer solchen Realität ausschließe, unhistorisch sein soll.

Um klarzustellen: Die Möglichkeit, dass solch eine unabhängige Realität sich mir morgen selbst enthüllt, bleibt lebendig, aber es ist keine Möglichkeit, die mein gegenwärtiges Verständnis dieser Dinge beeinflussen kann, noch würde der Akt ihres rituellen Anerkennens (wie Dalton, Burton, White und Goodrich anregen) irgendeine Konsequenz haben. Gleichwohl ist der vorliegende Essay in einem bestimmten Sinne nicht historisch: Er leistet keine historische Arbeit; das heißt, er verzeichnet nicht in irgendeinem Detail irgendeinen der kontingenten Läufe, die das Recht in jenen Gebieten genommen hat, die es als seine eigenen markierte. Diese Arbeit wird jedoch keineswegs durch meine These präkludiert, und tatsächlich wird der Wert jener Arbeit erheblich gesteigert, wenn diese These erst einmal akzeptiert ist. Sind erst einmal Kontingenz (oder Ad-hoc-Charakter oder Improvisation oder Rhetorizität) als konstituierend für das Leben des Rechts anerkannt, [179] können seine vielen und variantenreichen Erscheinungsformen ohne Ent-

schuldigung und ohne umfänglichere (das heißt hochphilosophische) Rechtfertigung erkundet werden.

Das bringt mich zu meinem letzten Punkt. Nehmen wir, der Diskussion zuliebe, an, dass ich recht habe mit dem Recht und dass es seine Aufgabe ist, eben die Autorität herzustellen, die es rückwirkend beschwört. Warum sollte dies so sein? Warum sollte Recht *diese* sich selbstausnehmende und vielleicht selbsttäuschende Form annehmen? Die knappe Antwort darauf lautet, dass es die Aufgabe des Rechts ist, zwischen uns und der Kontingenz zu stehen, aus der heraus seine eigenen Strukturen gebildet wurden. In einer Welt ohne grundlegende Wesentlichkeiten – die Welt des menschlichen Lebens; es mag eine andere wesentlichere Welt geben, aber wir wissen nichts von ihr – gibt es immer Institutionen (die Familie, die Universität, lokale und nationale Regierungen), denen die Aufgabe zugewiesen ist, jene Räume (oder sind es Bühnen?) bereitzustellen, in denen wir die Differenzen meistern, welche, sollte ihnen voller Einfluss gewährt werden, uns abhalten würden, in dem, was wir gern Zivilisation nennen, zusammenzuleben.

Und schließlich: Welche Alternativen gibt es? Entweder die unmögliche Alternative, das Recht auf klare und unveränderliche Abstraktionen zu gründen, oder die unbrauchbare Alternative, diese Unmöglichkeit in jede Phase der Rechtsoperationen einzuführen, unbrauchbar deshalb, weil der Effekt solcher Einführung jene Operationen derart schwächen würde, dass sie am Ende verschwinden würden. Das überlässt uns dem Recht, wie es ist – etwas, woran wir glauben, weil es auf unsere Wünsche antwortet, auch wenn es deren Schöpfung ist.