

VALÉRIE LASSERRE-KIESOW

## **Die Theorie der drei Fiktionen**

### **Die Diskussion um die Verständlichkeit des Code civil und des BGB**

1804 und 1896: zwei Gesetzbücher des Zivilrechts (Code civil und BGB), zwei juristische Sprachen, zwei Kulturen, zwei Rechtstraditionen. Aber auch zwei juristische Revolutionen, nämlich die Zusammenstellung des Rechts, dessen Verdichtung in einem kleinen handlichen Werk, ungefähr 2.000 Artikel enthaltend. Wie jede Revolution hat sich auch die kodifikatorische Revolution auf Ideen – oder vielleicht auch Ideale oder Mythen – gestützt, die in Grundprinzipien gegossen wurden und die als Mittel der Rechtfertigung und Legitimation des neuen juristischen Systems dienten. Diese Grundprinzipien, die Säulen des Rechts seit der Kodifikation, können mit Hilfe einer Theorie vorgestellt werden, die ich „Die Theorie der drei Fiktionen“ nenne.

Die Theorie der drei Fiktionen entspricht drei Forderungen, denen man im positivistischen Rechtsdenken – oder in der positivistischen Rechtsphilosophie – der letzten drei Jahrhunderte sowohl jenseits als auch diesseits des Rheins begegnet: der Fiktion, der Gesetzgeber könne ein perfektes (und damit perfekt verständliches) Gesetz erlassen; der Fiktion, der Richter könne das verständliche Gesetz gesetzesgetreu anwenden; und der Fiktion, der Bürger könne das Gesetz vollständig verstehen. Diese Forderungen, deren Anzahl an ein reines metaphysisches Gleichgewicht erinnert, dienen dem obersten Prinzip der Rechtssicherheit. Sie bilden ein fruchtbares Terrain für das Nachdenken über die theoretischen Grundlagen der Diskussion über die Verständlichkeit der Gesetze in der Geschichte des Code civil und des BGB. Erstens, weil sie erlauben, die Verschiedenheit der Bedeutungen des Begriffs der Verständlichkeit der Gesetze zu erklären (I). Zweitens, weil sie Licht auf die Idee der Gesetzesverständlichkeit werfen, so wie diese Idee in den historischen und komparatistischen Argumentationen zur Abfassung der Gesetze gebraucht wurde (II). Drittens, weil diese Forderungen die Auseinandersetzungen zur Krise des Gesetzes und allgemeiner noch zur Krise des Rechts seit zweihundert Jahren nähren (III).

## I.

„Die Gesetze müssen verständlich sein!“ Der Befehl klingt glasklar. Es gibt nichts Banaleres für einen Juristen als dieses seit dem ersten Universitätssemester immer wieder gehörte Diktat. Als Synonym für Verständlichkeit wird dabei häufig Klarheit gebraucht. Auch die Gesetze haben also ihren kategorischen Imperativ. Dieser Imperativ ist indes schillernd, da eine einheitliche Definition der Verständlichkeit der Gesetze illusorisch ist. Die Gesetzesverständlichkeit ist ein Gattungsbegriff, der vier Bedeutungen, vier unterschiedliche Ebenen umfasst: subjektive Verständlichkeit, kontextuelle Verständlichkeit, politische Verständlichkeit, juristische Verständlichkeit.

Die subjektive Verständlichkeit des Gesetzes entspricht dem Verstehen des Gesetzes durch seinen Autor, durch seinen Redaktor als politisches Subjekt, das die Macht besitzt, Gesetze zu geben. Sie steht nicht ganz genau mit der Forderung im Einklang, nach der ein Gesetzgeber ein vollkommen verständliches Gesetz herzustellen habe, da diese Forderung eine Bewertung von außen, ein Gegenüber des Gesetzgebers, impliziert. Doch ist sie implizit von dieser Forderung umfasst, schließlich wird das Gesetz von den Redaktoren „gedacht“. Die subjektive Verständlichkeit ist in den Protokollen und Materialien der Gesetzesfabrikation hinterlegt, dort, wo sich die fassbaren Beweise finden, wie danach gesucht wurde, den der Idee entsprechenden Begriff zu finden. Die Protokolle, Materialien und Motive zeigen auf jeder Linie die Art und Weise, wie sich der Gesetzgeber vorgestellt hat, dass man das Gesetz, das er geschrieben hat, verstehen muss. Dies führt zu zwei Konsequenzen: Zum einen stiftet die subjektive Verständlichkeit eine Grundlage für die Vorstellungen eines vernünftigen Gesetzes und der Vernunftgebundenheit des Gesetzgebers. Zum anderen rechtfertigt die subjektive Verständlichkeit den Rückgriff auf die Protokolle und Materialien zur Auslegung des Gesetzes. Dieser Rekurs mag absurd erscheinen, sind doch die Motive des Gesetzgebers aufgelöst, verloren in Tausenden von gedruckten Seiten, absurd aber vor allem deshalb, weil die Intention des Gesetzgebers nicht durch eine einzige Stimme verkündet wurde, sondern durch einen dissonanten Chor hunderter Stimmen, die bei der Diskussion der Gesetze genauso viele Meinungen wie Abgeordnete repräsentierten. Und doch bezeichnet dieser Rekurs eine Methode der Interpretation, deren winzige Zitadelle noch heute in den Theorien der Auslegung verteidigt wird.

Neben der subjektiven Interpretation steht das kontextuelle Verständnis, also das Verstehen des Gesetzes durch den Richter, wenn dieser eben jenes anwendet, auf einen Einzelfall bezieht. Der Richter findet

sich zwischen zwei Welten: auf der einen Seite das Gesetz, auf der anderen die Tatsachen. Das Gesetz sagt nichts über die Tatsachen, die Tatsachen kennen nicht das Gesetz, und es ist die Aufgabe des Richters, Gesetz und Tatsachen miteinander zu verbinden. Er baut eine Brücke, die in einer Auslegung des Gesetzes besteht. Doch wird die der Auslegung inhärente Operation des Verstehens des Gesetzes durch die Forderung, der Richter habe das verständliche Gesetz gesetzesgetreu anzuwenden, geleugnet, ja gar verboten. Nach diesem Prinzip der legalistischen Philosophie kann das Gesetz, weil es perfekt verständlich ist, durch den Richter mechanisch, oder genauer: mithilfe des einfachen Verfahrens des Justizsyllogismus, angewendet werden. Zwischen der Verständlichkeit des Gesetzes und der getreuen Anwendung desselben durch die Richter sind die Verhältnisse also klar.

Diese Idee der simplen Applikation des verständlichen Gesetzes, die die Redaktoren des Code civil und BGB, wenn auch sicher nicht alleine, geleitet hat, wurde indes von der pragmatistisch-empiristischen Revolution zerstört, einer Revolution, deren Blüte spätestens mit der Hälfte des 20. Jahrhunderts begann und die darin bestand, dass immer mehr Tatsachen und immer mehr Rechtsprechung die alten Träume der Einfachheit hinter sich ließen. Mit diesem Wendepunkt ist deutlich geworden, dass es keine wörtliche, grammatikalische Interpretation gibt, dass Interpretation immer kontextuell ist, dass sie immer Konstruktion von Sinn ist, dass zu Beginn der Sachverhalt steht, vor dem der Text des Gesetzes immer als eine weiße, glatte und stille Mauer erscheint. Das kontextuelle Verständnis bedeutet also, dass es für den Richter kein absolutes Verstehen eines Textes, dessen Kenntnis für das Anwenden ausreichte, gibt. Das Verständnis eines Gesetzestextes durch den Richter ist stets relativ, relativ zu den äußeren Fakten, die nicht aufhören wie grimassierende Kinder den in seiner Unvollkommenheit und Unverständlichkeit eingeschlossenen Text herauszufordern.

Neben der subjektiven und kontextuellen Verständlichkeit steht die politische Verständlichkeit der Gesetze. Die politische Verständlichkeit des Gesetzes bezieht sich auf die Forderung, der Bürger müsse das Gesetz vollkommen verstehen können. Sie bedeutet, dass der Bürger die politischen Intentionen der Gesetzgebung begreifen kann. Je allgemeiner diese sind, desto eher sind sie vom Volk zu verstehen. Der Code civil beispielsweise ist mit revolutionären Zeichnungen illustriert, wie Gleichheit, Freiheit, Willensautonomie, Prinzip der Gleichheit der Kinder bei der Erbfolge, Eigentum als absolutes Recht. Man kann sehen, wie diese legislativen Politiken die Grundlage für die Popularität des Gesetzes bilden können. Auf die gleiche Weise kann der Nicht-Erfolg des BGB, das im Gegensatz zum Code civil kaum nationale Ovationen

hervorrief, zumindest auch erklärt werden durch die scharfen Auseinandersetzungen, die die Kodifikation zwischen Sozialisten und Konservativen anzettelte. Viele das Volk betreffende gesetzliche Lösungen, vor allem auf dem Gebiet des Sozialen, lösten Folgediskussionen aus, weil sie aus Kompromissen bestehen, die letztlich niemanden befriedigten. Die Idee, dass politische Intentionen verständlich sein müssen, erklärt den Erfolg von modernen Programmgesetzgebungen, die den Bürgern allgemeine Zielvorstellungen, eben Programme, anbieten, besonders im wirtschaftlichen und sozialen Bereich. Doch diese politische Verständlichkeit der Gesetze riskiert, stark oder sogar ausschließlich vom Charisma eines Politikers und durch die Demagogie der Parlamente gesteuert zu werden. Im Übrigen kann das Verständnis politischer Programme nur summarisch und oberflächlich sein. Die politische Verständlichkeit der Gesetze gründet sich also schließlich auf einer ziemlich einfachen Popularisierung der Gesetze.

Neben der subjektiven, kontextuellen und politischen Verständlichkeit steht die juristische Verständlichkeit der Gesetze. Die juristische Verständlichkeit eines Gesetzes besteht im Verständnis aller durch den Gesetzestext implizierten juristischen Elemente, also: der Bedingungen der Anwendung, der Folgen, der durch den Text erlaubten Handlungen, der von ihm ausgedrückten Prinzipien, anderer, konkurrierender juristischer Lösungen, des Sinns jedes Wortes, so wie ihn der Richter präzisiert. Die dritte Forderung des juristischen Denkens „Der Bürger kann das Gesetz vollständig verstehen“ schließt dessen juristische Verständlichkeit nicht aus. Doch ist ein derartiges Begreifen des Gesetzes für den Neophyten unmöglich. In gewisser Weise bildet die juristische Verständlichkeit des Gesetzes den eingetauchten Teil des Eisbergs, dessen weiße, sichtbare Spitze die Worte des Textes sind. Und für den Bürger ist es unmöglich, durch bloße Lektüre des legislativen Textes in die juristische Welt zu tauchen. Nur der Eingeweihte, der Jurist, ist in der Lage, sich in die Tiefen der juristischen Dogmatik und in die Mysterien der juristischen Systematik zu stürzen. Wenn das Gesetz nicht nur gelesen, sondern (juristisch) reflektiert werden will, dann erweist sich die für alle mögliche juristische Verständlichkeit der Gesetze als Chimäre. Den Gesetzen des 20. Jahrhunderts ist diese fundamentale Unvollkommenheit, nicht von allen verstanden werden zu können, nicht erspart geblieben, und es besteht kaum Hoffnung für die Gesetze des 21. Jahrhunderts.

Die Unterscheidung zwischen den vier Weisen der Verständlichkeit der Gesetze (subjektive, kontextuelle, politische oder juristische Verständlichkeit) zeigt, dass der zunächst simpel erscheinende Begriff der Verständlichkeit der Gesetze komplexe Probleme in sich birgt. Deutlich

wird: Das Verständnis eines juristischen Textes ist niemals einstimmig oder homogen. Es hängt davon ab, was man in dem Text einer Einschätzung unterzieht, es hängt davon ab, welche Person diese unternimmt. Die Verständlichkeit der Gesetze ist vielfältig, weil die Bedeutung des Textes ebensoviel Kohärenz besitzt wie zersplittertes Porzellan. Die einzige Kohärenz, die es gibt, ist diejenige der Grundprinzipien des Gesetzespositivismus. Auch sie ist natürlich nur scheinbar, aber sie ist funktional: Sie erlaubt das Zusammenhalten des immensen Gebäudes des Legizentrismus.

## II.

Im zweiten Abschnitt geht es um das Licht, das die Theorie der drei Fiktionen auf die Idee der Gesetzesverständlichkeit wirft, und zwar dorthin, wo diese Idee in den historischen und komparatistischen Argumentationen zur Abfassung der Gesetze gebraucht wurde. Auf dem Gebiet der Gesetzgebung diente die Betrachtung der Geschichte immer einer Ideologie des Fortschritts; nicht nur, wenn die Reflexion eine Reaktion auf einen kritisierten Zustand markierte, sondern auch, wenn die Vergangenheit Bilder glücklicher Zeiten für das Recht widerspiegelte.

In Frankreich war es nicht die Erinnerung an die Milde und Harmonie des Alten Rechts, die die positivistische Revolution animierte. Im Gegenteil, gegen Ende des 18. Jahrhunderts galt es, die abscheulichen Züge der Justiz des Ancien Régime und vor allem die – von Gegenmächten anscheinend unbeeindruckte – Willkür der Richter (der so genannten *Parlements*) auszusradieren. Das verfluchte Recht des Ancien Régime war also der zentrale historische Punkt für den Vergleich im Dienste der Schaffung eines gerechten Rechts (also eines Garants klar ausgedrückter subjektiver Rechte des Individuums), eines volkstümlichen Rechts (also eines für das Volk verständlichen Rechts) und eines den Klauen der teuflischen Richter enthobenen Rechts (also eines Rechts, das die Richter zur gesetzestreuen Anwendung zwingt). Der Justizsyllogismus, die Begründungsverpflichtung und der *référé législatif* (also die richterliche Anrufung des Parlaments zur Ermittlung der richtigen und verbindlichen Auslegung) waren die neuen Instrumente des neuen Rechts. Die *exégèse* ersetzte nun die böartige Billigkeit des Gerichts. Die Justiz des Ancien Régime und seine anarchische Unordnung spielten also die Rolle des relativ einfachen Gegenmodells, um ein besseres und dem Volk zugängliches Recht zu konstruieren.

In Deutschland ist die Situation gegen Ende des 19. Jahrhunderts komplexer. Dies wird deutlich, wenn man die Kritik am Entwurf des BGB von 1888 studiert. Die deutsche Zivilrechtskodifikation ist gezeichnet von einem Konflikt, der im Schoß der Historischen Schule geboren wurde. Diese Schule, deren Geburt der 1815 erschienenen ersten Nummer der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft entspricht, wird allgemein als eine patriotische Revolte analysiert, als eine Revolte gegen Napoleon und seine Armeen, gegen den Code (und seinen Aspekt der universellen und rationalen Gesetzgebung) und gegen die französische Revolution. Dennoch dauert es nicht lange, und zwei Richtungen inmitten dieser Schule kristallisieren sich heraus. Auf der einen Seite wollten die Germanisten (Jacob Grimm, Eichhorn) die Juwelen des ehrwürdigen und authentischen germanischen Gewohnheitsrechts rehabilitieren. Auf der anderen Seite suchte Savigny, das Oberhaupt der Romanisten, ein systematisiertes Recht durchzusetzen, das allein aus dem Text der Digesten quoll. Die Anstrengungen Savignys wurden in der Pandektistik, deren Koryphäe er war, fortgeführt, und der Kampf zwischen Romanisten und Germanisten dauerte an, bis er seinen Höhepunkt anlässlich der Kritik am Entwurf des BGB fand. Man trifft zu diesem Zeitpunkt zwei essentiell historische Bilder an. Zum einen die Verteufelung des Pandektenrechts, dessen Einfluss auf den Entwurf des BGB ebendieses einer leblosen Mechanik vergleichbar, oder, wie Gierke schrieb, zu einem „mit sieben Siegeln verschlossenen Buch“ macht. Zum anderen eine Apotheose des Gewohnheitsrechts, eines leicht zu behaltenden und zu verstehenden Rechts, konkret, bildhaft, poetisch, in einem Wort: volksnah. Doch die Entwicklung der deutschen Rechtswissenschaft bis hin zu einem sehr hohen Niveau juristischer Präzision, ganz wie es eine komplexer und kapitalistischer werdende Gesellschaft erforderte, konnte nichts mehr mit einem aus geflügelten Worten und Sprichwörtern zusammengestellten Recht gemein haben. Und dessen waren sich die meisten Juristen bewusst. Aber die Revolte gegen den Entwurf des BGB kann als radikale Reaktion im Hinblick auf die Verständlichkeit des BGB interpretiert werden.

Die Rechtsvergleichung zeigt ebenfalls, dass die Frage der Verständlichkeit der Gesetze für das Vergleichen von Rechten und Gesetzgebungen einen zentralen Ansatzpunkt bildet. Das ALR (Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten) war zehn Jahre alt, als der Code civil 1804 in Kraft trat, und die charakteristische Kasuistik der preußischen Kodifikation war den französischen Gesetzgebern wohlbekannt. Es blieb nicht unbemerkt, dass die Kasuistik nicht zuletzt das Ziel verfolgte, dem Volk sein Recht näher zu bringen, diesem Volk also einen Schlüssel des Rechts in die Hand zu geben, mit Hilfe eines Gesetzes,

das sich bemüht, alle Situationen und deren spezifische juristische Regelung vorherzusehen. Im Frankreich der Aufklärung hingegen weigerte man sich zu glauben, ein Gesetz mit 20.000 Artikeln könne volknahe sein. Nur ein kurzes Gesetzbuch konnte die Bedingungen der Verständlichkeit für das Volk bereitstellen. Außerdem, war nicht die Kürze das Kennzeichen der großen Gesetze, wie des Dekalogs oder des Zwölftafelgesetzes? Die Bündigkeit der göttlichen Befehle war vielleicht im Frankreich zu Beginn des 19. Jahrhunderts eine Chimäre, aber man kann allgemein beobachten, dass seit der Antike die Vielzahl und die Unförmigkeit der Gesetze immer eine schlechte Presse hatten.

Auch in Deutschland war zum Zeitpunkt der Zivilrechtskodifikation die Problematik der Verständlichkeit der Gesetze Gegenstand komparatistischer Argumentationen. Die Begeisterung für den populären Stil des Code civil geriet in den Kritiken am Entwurf des BGB beinahe zur abgedroschenen Redensart. Und dann dieses Unvermögen der Redaktoren des Entwurfs! Man bedauert, dass das deutsche Zivilgesetzbuch keine einzige geglückte Formulierung enthält, wie etwa: *la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue* (Das Eigentum ist das vollkommenste Recht, die Sachen zu genießen und über sie zu verfügen), *tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer* (Jedes beliebige menschliche Verhalten, das dem Nächsten einen Schaden zufügt, verpflichtet denjenigen, durch dessen Fehler er eingetreten ist, ihn zu reparieren), *en fait de meuble, la possession vaut titre* (Bei beweglichem Gut gilt der Besitz als Titel), *la recherche de paternité est interdite* (Die Ermittlung der Vaterschaft ist verboten), *la recherche de maternité est admise* (Die Ermittlung der Mutterschaft ist erlaubt). Die Eleganz des Code civil erscheint als unimitierbar und damit auch seine Popularität. Die darum geführten Diskussionen des vorletzten Jahrhunderts betonen die Wichtigkeit der Verständlichkeit der Gesetze für das Volk. Aber sie tendierten letztlich dazu, die Frage der Verständlichkeit der Gesetze auf diejenige der Ästhetik der Gesetze zu reduzieren. Auch wenn die Liebe zu schönen Gesetzen und das Verständnis von deren juristischer Bedeutung zwei vollkommen verschiedene Dinge sind, bleibt festzuhalten, dass dieses Vergleichstableau, auf dem sich ein eleganter und populärer Code civil und ein stillos erscheinendes und unpopuläres BGB einander gegenüberstehen, von den Rechtsvergleichern niemals aufgegeben worden ist. Insofern ist es nicht verwunderlich, dass der Mythos eines volkstümlichen französischen Code civil, das heißt eines für das Volk verständlichen Gesetzbuchs, noch heute lebendig ist.

## III.

Die Forderungen der Theorie der drei Fiktionen nähren – und darum soll es hier in dem dritten und letzten Abschnitt meiner Überlegungen gehen – die sich seit zweihundert Jahren wiederholenden und erneuernden Reflexionen zur Krise des Gesetzes oder allgemeiner noch zur Krise des Rechts. Der Eintritt des Rechts in seine kritische Phase lässt sich durch verschiedene Gründe erklären. Deren Anzahl beträgt vier: die Konfiskation des Rechts durch die Juristen, die unendliche Vielzahl der Gesetze, die Rechtsprechungs-inflation und die Unverständlichkeit des Rechts für die Juristen selbst.

Der Beschlagnahme des Rechts durch die Juristen wollten die Philosophen und Politiker am Ende des 18. Jahrhunderts in Frankreich ein Ende setzen. Die Forderung nach der Verständlichkeit der Gesetze für das Volk diente dieser Absicht, das Recht zu klären. Das nunmehr klare Recht trat aus der Tiefe der Schattenwelt hervor, um sich dem Manne der Straße anzubieten. Noch zum Abschluss des 19. Jahrhunderts, während der Projektierung des BGB, gefiel man sich darin, anhand der schon lange erprobten Gegenüberstellung von Volksrecht und Juristenrecht zu argumentieren. Der Entwurf des BGB wurde rüde kritisiert, das Recht der Spezialisten, ein technisches Recht mit einer abstrakten Handschrift, bevorzugt zu haben. Und das BGB sollte seine Reputation als Antithese zum Code civil nie mehr loswerden.

Auch wenn die den professionellen Juristen vom Gesetzbuch zuge dachte Rolle durch die Postulate des Gesetzespositivismus ge leugnet wird, bleibt festzuhalten, dass die Zahl der Juristen nicht abgenommen hat: weder in Frankreich seit 1804, noch in Deutschland seit 1900. Heute, wo die chronische Komplexitätssteigerung des Rechts zum Leitmotiv in den europäischen Gesellschaften avanciert ist und der Jurist *de facto* das Monopol des Verständnisses eines spitzfindig gewordenen Rechts innehat, erscheint die Frage der Konfiskation des Rechts durch die Juristen wieder an der Oberfläche.

Die Gefahr, dass eine unendliche Vielzahl an Gesetzen entstehen könnte, war von den Postulaten der positivistischen Philosophie nicht erfasst worden, ersetzte doch das Gesetz alle anderen Rechtsquellen und führte doch ebendieses Gesetz zur vereinheitlichenden Reduktion des Rechts. Jedenfalls aber war eine geringe Anzahl von Gesetzen immer wünschenswert gewesen, und die Kürze der Gesetzbücher galt als eine Bürgschaft für die Verständlichkeit des kodifizierten Rechts. Während des gesamten 19. Jahrhunderts wollte man das Recht niederlegen, und es kam heraus, dass das niedergelegte Recht jeden Moment verlegt, abgelegt oder weggelegt werden konnte. Man war sich der Dyna-

mik des Gesetzespositivismus noch nicht bewusst. Im Übrigen leugneten die drei Forderungen des positivistischen Rechtsdenkens jede Dynamik und betrachteten die Bedingungen für eine transparente Rechtsprechung als feststehend. Man musste auf die Zeit der Kriege im 20. Jahrhundert und auf die Vervielfachung der außerordentlichen Gesetzgebungen der Exekutive warten, auf die unhintergehbaren ökonomischen und sozialen Implikationen der Industrialisierung, des Kapitalismus, des Sozialismus und der Demokratie, um endlich die legislative Inflation auf der einen Seite als *fait accompli* und auf der anderen als einen im Prinzip des Legalismus enthaltenen autopoietischen, d. h. autonomen Prozess zu begreifen. Heute ist die Maschine des Legalen vielleicht die einzige Maschine, die von der Zeit nicht angegriffen wird, die rund läuft und deren Produktivität jeden Tag neue Rekorde erzielt. Das ist einer der Gründe für die Unpopularität und Unverständlichkeit der aktuellen Gesetze. Die legislative Landschaft ist obskur geworden. Der Zugang zum Recht ist verschlossen, und bekanntlich tötet zuviel Recht das Recht. Paradoxerweise wird die Gesetzgebung *à droit constant* – die 1989 begonnene kodifikatorische Zusammenstellung aller französischer Rechtsmaterien – als neues Heilmittel gegen die Inflation der Gesetze angesehen. Aber es wird sicher nicht lange dauern, bis man erkennt, dass die Inflation der Gesetze nicht aufgehalten, sondern nur ersetzt werden wird durch die Inflation der Gesetzbücher.

Die Abundanz der Rechtsprechung hätte verhindert werden sollen durch die Kombination der Prinzipien des verständlichen Gesetzes und der getreuen Anwendung des Gesetzes durch die Richter. Indem der Justizsyllogismus keine Überraschung zulässt, ist die Rechtsprechung nichts als eine sichere und vorhersehbare Folge des verständlichen Gesetzes. Sie hat keine weitere Aufgabe, als das Gesetz auszusprechen; sie ist eine *Dépendance* des Gesetzes und folglich limitiert. In Frankreich glaubte man – Dank der Erfahrungen im Ancien Régime – begriffen zu haben: Je weniger die Macht der Richter begrenzt ist, desto zahlreicher und willkürlicher werden die Urteile. Die neuen Wege der Legalität suchten dementsprechend den See der juristischen Einfälle und Marotten auszutrocknen. Die *École de l'exégèse* selbst entwickelte über das ganze 19. Jahrhundert hinweg eine Doktrin, die diese Anti-Richter-Ideologie unterstützte. Im Moment der deutschen Kodifikation erhitzten sich ebenfalls die Gemüter in der Diskussion um die Rolle der Richter. Das Gespenst der Begriffsjurisprudenz ging um, mit seiner Negation des Anteils des Richters am juristischen Werk und seiner Reduktion des Rechts auf eine deduktive, quasi-mathematische, von perfekten juristischen Konzepten ausgehende Methode. Und doch, und paradoxerweise, wussten die Kodifikatoren in Frankreich wie in Deutschland

ganz genau, dass die Rolle des Richters unvermeidbar und unverzichtbar war. Außerdem fand in der Praxis – und auch in der zeitgenössischen Literatur – das Auslöschung des Richters niemals wirklich statt. Sind die zehn ersten Rechtsprechungsjahre nach dem Inkrafttreten eines Gesetzbuchs immer Jahre der eher mehr als weniger skrupulösen Textauslegung, so drängt sich die „freie“ Rechtsprechung dann recht schnell auf, nicht gleich umfassend, aber durch immer zahlreicher werdende Federstriche. Dreißig Jahre nach ihrem Inkrafttreten waren der Code civil und das BGB bereits durch die Entscheidungen der Justiz umgewandelt. Heute ist die Rechtsprechungsinflation ein klassisches Thema der Krise des Rechts. Sie erscheint als einer der Gründe für die Unverständlichkeit der Gesetze und für die Obskürtheit des Rechts. Für nicht ganz wenige kann es heute kein verständliches Gesetzbuch mehr geben, ohne die dazugehörige Rechtsprechung zu berücksichtigen und zu präsentieren. Eine Häresie für die drei Postulate des Positivismus.

Als vierter Grund der Krise der Gesetze und des Rechts kann die Unverständlichkeit des Rechts für die Juristen selbst angesehen werden. Die Forderung nach einem klaren Recht schloss das Verständnis der Gesetze etwa seitens der Juraprofessoren schließlich nicht aus. Aber diese befanden sich nun nicht mehr im Zentrum des Rechts. Mit dem Gesetz verloren sie ihre Berufung, das alte dunkle Recht zum Leuchten zu bringen. Aber das neue, dem Volk zugängliche Recht sollte auch ihnen zugänglich sein. In Frankreich war es die dem Code civil ergebene Ecole de l'exégèse, die Partei dafür ergriff, die Worte des Gesetzes mit Hilfe der Intentionen des Gesetzgebers zum Sprechen zu bringen. In Deutschland wurde zwar das Professorenrecht im BGB aufgespürt und kritisiert, doch setzte das Gesetzbuch der pandektistischen Wissenschaft als Rechtsquelle ein definitives Ende. In Frankreich und Deutschland benutzten seit der Kodifikation die Advokaten das angeblich verständliche Gesetzbuch, und die Universitätsprofessoren lehrten das mutmaßlich verständliche Gesetzbuch. Den Juristen waren hier sicher einige Klarstellungen oder gar Erklärungen zu verdanken. Man erkannte auch ihre Geschicklichkeit in der Analyse und synoptischen Zusammenstellung der immer reicher werdenden Rechtsprechung an. Damit wurde aber mehr und mehr das Gift der Spezialisierung in den Körper des Rechts gespritzt, ein Gift, das schließlich die Juristen selbst paralisieren sollte. Die Dynamik der Rechtsproduktion führte unausweichlich dazu, dass ein angeblich für das Volk verständliches Recht durch ein Recht ersetzt wurde, das die Juristen selbst nicht mehr mit ihren Händen, mit ihren Augen und ihrem Geist umfassen zu können glauben. Heute wird klar, dass das durch die Juristen beschlagnahmte

Recht einem Recht gewichen ist, das allen genommen wurde – konfisziert durch das in seiner Unverständlichkeit allmächtige Gesetz.