

KENT D. LERCH

Recht verhandeln

Eine Vorbemerkung

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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