

Rechtstheorie

Ein Studienbuch

Bearbeitet von
Prof. Dr. Thomas Vesting

2. Auflage 2015. Buch. XXVII, 191 S. Kartoniert
ISBN 978 3 406 68434 0
Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm
Gewicht: 403 g

[Recht > Rechtswissenschaft, Nachbarbereiche, sonstige Rechtsthemen > Methodenlehre, Rechtstheorie](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei


DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

Entscheidung treffen; er muss zumindest seine Unterworfenheit *unter* das Gesetz im *konkreten* Fall, seinen „denkenden Gehorsam“, reflektieren. Die richterliche Entscheidung untersteht also einer Regel – und doch nicht. Sie ist „gebundene Entscheidung“ und verlangt doch stets aufs Neue ein *fresh judgment*, eine freie Entscheidung. Daher ist jede Recht-Sprechung an ein der Entscheidung immanentes Moment der Unentscheidbarkeit gekoppelt; die richterliche Entscheidung ist, wie Derrida sagt, mit der „Heimsuchung durch das Unentscheidbare“ kontaminiert.¹²⁷ „Jeder Entscheidung, jeder sich ereignenden Entscheidung, jedem Entscheidungs-Ereignis wohnt das Unentscheidbare wie ein Gespenst inne, wie ein wesentliches Gespenst.“¹²⁸ Allerdings kommt es darauf an, dieses Moment der Unentscheidbarkeit, der Offenheit für das Neue, im Moment der Entscheidung nicht zu verabsolutieren: Keine Entscheidung ereignet sich in einem Raum völliger Indeterminiertheit, vielmehr verweist diese immer schon auf ein kulturelles Erbe, das sie nicht vollends abstreifen kann, etwa der Sprache und der Regeln, in der und in denen sie sich artikuliert.

IV. „Postmoderne“ Methodenlehre

1. Entparadoxierung der Entscheidungsparadoxie

Die Rechtsinterpretation heißt nicht rationale Entscheidung im Sinne vollständiger 228 (bewusster) Berechenbarkeit und Vorhersehbarkeit des Ergebnisses. Die Vorstellung des Rechtspositivismus, dass Interpretation einem logischen Schlussverfahren gleicht oder jedenfalls über den richtigen Einsatz von Interpretationsregeln (*canones*) zu stets objektiv vorhersagbaren Ergebnissen führt, zu einer der naturwissenschaftlichen Wahrheit analogen „Rechtserkenntnis“, ist sicher schon lange unhaltbar geworden. Rechtsinterpretation wird aber auch nicht durch einen (rechts-)kulturellen Überlieferungszusammenhang gesteuert, durch ein geschichtlich konditioniertes Vorverständnis, das in die Sachstrukturen des jeweiligen Falles verankert wäre und *eo ipso* Maßstäbe konkreter Gerechtigkeit frei gibt. Die neuere Methodendiskussion zeigt etwas ganz anderes: Am „Anfang“ stehen nicht Vernunft, Rationalität und Gerechtigkeit, die vorausgesetzt oder gefunden werden können, sondern das Mysterium der Entscheidung, die – um es mit W. Benjamin zu formulieren – „entmutigende Erfahrung von der letztlichen Unentscheidbarkeit aller Rechtsprobleme“.¹²⁹

Diese von Walter Benjamin formulierte Erfahrung ist für die Methodenlehre allerdings 229 keine Katastrophe. Sie sollte auch kein Anlass zur Entmutigung sein. „Paradoxien sind keine logischen Fehler, die man ausmerzen muss, wenn man weiterkommen will.“¹³⁰ Sofern der Umgang mit Paradoxien nicht mit einem neuen, a-historischen Ursprungsdenken verbunden wird (dazu näher Rn. 134), kann die Paradoxie des Entscheidens durchaus als Ausgangspunkt für die weitere methodentheoretische Diskussion fungieren. Es würde dann beispielsweise nicht darum gehen, die Abgründe und Unwägbarkeiten der Erfahrung von der letztlichen Unentscheidbarkeit aller Rechtsprobleme auszuloten, um etwa Richtern in einem Entlarvungsgestus die Unbegründbarkeit ihres Tuns vorzuhalten oder um Jurastudenten zu erschrecken. Im Gegenteil: Die Entscheidungsparadoxie wäre ein aussichtsreicher Kandidat für die Leerstelle, die der Zusammenbruch des rechtspositivistischen Systems und die Erschütterung der Objektivitätsunterstellungen der juristischen Hermeneutik hinterlassen haben. Methodenlehre wäre dann

¹²⁷ Derrida (Fn. 115), 49.

¹²⁸ Derrida, ebd., 50f.

¹²⁹ W. Benjamin, Zur Kritik der Gewalt (1921), 1965, 54.

¹³⁰ G. Teubner, Der Umgang mit Rechtsparadoxien, 2003, 25ff., 30.

auch der Versuch, die Entscheidungsparadoxie zu entparadoxieren.¹³¹ Das „eigentliche Faszinosum [der Paradoxien, T. V.] liegt in den produktiven Möglichkeiten des Umgangs mit ihnen“,¹³² und die entscheidende Frage lautet dann, *wie* Theorie und Praxis künftig produktiv mit dem Mysterium der Entscheidung umgehen könnten.

- 230 Dafür hätte sich die Methodenlehre in einem ersten Schritt für die neuere rechtstheoretische Diskussion zu öffnen. Sie müsste sich auf die hier – im Anschluss an Niklas Luhmann, Gunther Teubner, Karl-Heinz Ladeur u. a. – entwickelte Perspektive einer horizontalen Verknüpfung von Rechtsakten zu einem rekursiv und nachbarschaftlich operierenden System einlassen (Rn. 129 ff.). Charakter und Funktion der Rechtsinterpretation wären also im Rahmen der Vorstellung einer netzwerkartigen Ordnungsbildung neu zu fassen. Unter dieser Prämisse wird auch einsichtig, warum zwischen Regel und Regelgebrauch, zwischen Norm und Normanwendung, keine linear-kausale, sondern nur eine zirkuläre (kreis-kausale) Beziehung bestehen kann: Innerhalb eines konnexionistischen Musters von rekursiven Anschlussmöglichkeiten erzeugt die Vollzugsform der Interpretation eine historische Praxis provisorischer Sinnfixierungen, eine laufende Wiederholung/Verschiebung des Sinns, eine Dauertransformation und Daueraufschubung des Rechts und seiner Texte. Erst das durch die Entscheidungsbe gründung gewonnene Ergebnis plausibilisiert die eigenen Voraussetzungen und wirkt sowohl stabilisierend wie verändernd auf die Rechtsnorm und den schriftlichen Gesetzestext zurück. Recht und Gesetz werden durch Interpretation laufend re-aktualisiert, aber gerade wegen ihrer Zeitabhängigkeit bleibt die Interpretation stets offen für unberechenbare Einflüsse von außen und d. h. auch: stets offen für Variationen der bisherigen Rechtsprechungspraxis staatlicher Gerichte.
- 231 Die damit angesprochene Notwendigkeit einer Verknüpfung von Methodenlehre und Rechtstheorie zeigt, dass nicht alle Fragen des Umgangs mit Rechtstexten in der Methodenlehre geklärt werden können. Es wäre völlig illusionär, die Orientierungsprobleme, mit denen die Rechtswissenschaft als Teil einer sich rasant wandelnden Gesellschaft konfrontiert ist, in einer gerichtszentrierten Methodenperspektive bewältigen zu wollen.¹³³ Die nur geringe Verbreitung der Einsichten der juristischen Hermeneutik im praktischen Rechts- und Ausbildungsbetrieb hängt sicher auch damit zusammen, dass sie die Methodenlehre mit Fragen überlastet hat, die dort nicht hingehören. So verlangt beispielsweise die Reflexion des Verhältnisses von einfachem Recht und Verfassungsrecht weit mehr als eine Einordnung der Zulässigkeit der „verfassungskonformen Auslegung“ in den bisherigen Methodenkanon, nämlich Überlegungen über die Beziehung zwischen subjektiven Entscheidungsrechten (z. B. Eigentum und Vertrag) und dem politischen Bestandteil der modernen Verfassung; und eine solche Analyse dürfte kaum ohne ein Hinterfragen der tradierten Vorstellung der Normenhierarchie bzw. des Stufenbaus der Rechtsordnung möglich sein. Dieser Rückbezug methodologischer auf inhaltliche Fragen wird umso wichtiger, wenn Kollisionen zwischen „Rechtsebenen“ nicht länger eine pyramidale Struktur voraussetzen können, etwa dort, wo Gerichte (und Verwaltung) mit einem polyzentrischen System ohne eindeutige Entscheidungshierarchien, wie etwa im „Dreieck“ von Verfassungsrecht, Europarecht und Völkerrecht, konfrontiert werden. Es ist also mit den Systementwürfen des 19. Jahrhunderts daran festzuhalten, dass die Methodenlehre – die Entwicklung eines Verfahrens der Auslegung der Gesetze (und anderer Rechtsquellen) – ein Aspekt von Rechtswissenschaft ist, Rechtswissenschaft aber nicht umgekehrt durch eine gerichtszentrierte Methodenlehre ersetzt werden kann.

¹³¹ Zustimmung: *Fischer-Lescano/Christensen* (Fn. 113), 213 ff., 220 ff.; *Ladeur/Augsberg* (Fn. 15), 151 („Juristische Methodenlehre und Dogmatik müssen ... als Versuche der Entparadoxierung verstanden werden.“).

¹³² *Teubner* (Fn. 130), 29.

¹³³ Skepsis über die Leistungsfähigkeit der Methodenlehre auch bei *U. Neumann*, *Juristische Methodenlehre und Theorie der juristischen Argumentation, Rechtstheorie* 32 (2001), 239 ff., 242 ff. (mit der Analyse, dass die Methodenlehre an ihren Idealisierungen gestorben sei; dem will Neumann eine Theorie der „Regelbegründung“ bzw. „juristischen Argumentation“ entgegensetzen).

2. Rechtsstrukturen und Sachstrukturen

Die Rechtsinterpretation muss heute nach zwei Seiten hin spezifiziert werden. Einerseits muss an die Notwendigkeit der Kontinuitätsstiftung durch laufende Rechtsfindung, die Notwendigkeit der Sicherung der Regelmäßigkeit und Wiederholbarkeit von Entscheidungen, angeknüpft werden, an das Gebot der Rechtssicherheit. Die Interpretation hätte also weiterhin die Anschlussfähigkeit von Regel- und Gesetzesanwendungen zu gewährleisten, d. h. die Entscheidung und ihre Begründung müssen in Abstimmung mit bereits erfolgten Entscheidungen und zugleich als Aussicht auf künftige Entscheidungen hin angelegt werden. Hier geht es um die Kohärenz der Auslegungen untereinander, um die Gleichbehandlung gleicher Fälle, die immanenten (selbstreferentiellen) Konsistenzbedürfnisse der Rechtsordnung. Auf der anderen Seite kann die Interpretation den jeweiligen Fallkontext und dessen oft sehr detailreiche Sachstrukturen nicht aus ihrem Verfahren ausschließen. Die Sachstrukturen der verschiedenen sozialen Praxisfelder (Wirtschaft, Politik, Medien usw.) müssen vom Recht berücksichtigt werden, ohne das Postulat der Selbstregulierung der Abhängigkeiten und Unabhängigkeiten der Rechtsordnung aufzugeben: Interne und externe Informationen wären in ein „überlappendes Netzwerk“ von *Rechtsargumenten* zu übersetzen.¹³⁴ Die Auslegung hätte weiterhin von spezifischen Eigenleistungen der Rechtsordnung auszugehen und die Differenz von rechtlicher und nicht-rechtlicher Wirklichkeit in der Vollzugsform der Interpretation zu akzeptieren. Systemtheoretisch formuliert würde die Differenz von System und Umwelt als paradoxe Unabhängigkeitsabhängigkeit *im* System in einer produktiven Spannung gehalten werden. Diese differenztheoretische Lösung hat gegenüber manchen Varianten der juristischen Hermeneutik zumindest den Vorteil, die Beziehungen zwischen Recht und Rechtsinterpretation weiterhin als selektiven Informationsaustausch von Recht und sozialer Umwelt zu arrangieren und damit zentrale Einsichten des Rechtspositivismus fortschreiben zu können. Auch der Rechtspositivismus hatte beispielsweise in der grammatischen Auslegung, im Rückgriff auf den allgemeinen Sprachgebrauch, eine Stelle für die selektive Rückbindung der Rechtssprache an allgemeine Regeln des sozialen Handelns – die Emanationen und Manifestationen des „Volksgeistes“ – *in* seinen Rechtssystemen vorgesehen.

Die juristische Hermeneutik fordert durchaus zu Recht eine stärkere Berücksichtigung der Sachkontexte im Interpretationsvorgang. Essers Verweis auf die „Maßstäbe einer vorpositiven Gerechtigkeits- und Vernunftstruktur des Rechts“¹³⁵ als Auslegungsziel sowie die Vermittlung von rechtlichem Regelbestand und sachbestimmter Ordnung in der Methodik von Müller/Christensen thematisieren das Problem der Grenze des Rechts im Moment der (gerichtlichen) Entscheidung. Aber sowohl Essers finale Entscheidungsvorstellungen als auch Müllers sachbestimmte Normativität heben die Unterscheidung von rechtlicher und nicht-rechtlicher Wirklichkeit in hegelianisch-dialektischen Figuren wie „Mit-Bestimmung“, „Vermitt-

¹³⁴ Vgl. dazu die Überlegungen bei G. Teubner/P. Zumbansen, *Rechtsentfremdungen*, Zeitschrift für Rechtssoziologie 21 (2000), 189ff., 192f.; T. Vesting, *Gegenstandsadäquate Rechtsgewinnungstheorie – eine Alternative zum Abwägungspragmatismus des bundesdeutschen Verfassungsrechts?*, Der Staat 41 (2002), 73ff., 82f.; Ladewig/Augsberg (Fn. 15), 173; vgl. auch Luhmann (Fn. 56), 52f., 76ff. Die Unterscheidung Selbstreferenz/Fremdreferenz, mit der Luhmann operiert, ist unauflöslich mit der Differenz von normativen und kognitiven Dimensionen des Rechts verknüpft sowie der Reduktion von Offenheit des Rechtssystems auf kognitive Offenheit. Das erscheint als zu eng, da die Interpretation auch normativ „gesellschaftsadäquat“ auf Umweltanforderungen reagieren muss. G. Teubner, *Dreiers Luhmann*, 2005, 199ff., 201f., sieht hier eine Einbruchstelle für eine das „Recht transzendierende Gerechtigkeit“.

¹³⁵ Esser (Fn. 11), 23.

lung“ oder „Hineinnahme von sachlichen Elementen in das Recht“ auf. An die Stelle eines in der Rechtsinterpretation selbst verankerten Objektivitätsanspruchs tritt eine – wie schon bei Kelsen – Aufwertung des Richterrechts bzw. eine rechtspolitische Reflexion des produktiven Charakters der „Rechtsfindung“ bzw. der „Rechtsarbeit“ oder sogar eine Politisierung der Rechtsentscheidung.¹³⁶ Das erscheint als Lösung wenig befriedigend.

3. Die Bedeutung des gemeinsamen Wissens

- 234 Vor diesem Hintergrund lautet die entscheidende Frage für die Methodenlehre: Wo lassen sich Haltepunkte finden, aus denen sich relativ stabile, historisch sich bewährende Formen gewinnen lassen? Wo trifft die Rechtsordnung auf Strukturen, die Walter Benjamins Erfahrung der letztlich Unentscheidbarkeit aller Rechtsprobleme Vorentschiedenheiten entgegensetzt, an die die Rechtsinterpretation andocken könnte? Wo finden sich Bestimmtheiten, die eine völlige Unbestimmtheit als nicht orientierungsrelevante Ausnahme erscheinen lassen? Wie wir bereits gesehen haben, kann die moderne Gesellschaft keineswegs als dichotomisch in ein System von staatlich gesicherten Rechtsnormen (Sollen) einerseits und eine unstrukturierte Masse chaosförmiger Ereignishaftigkeit (Sein) andererseits gespalten angesehen werden, wovon z. B. die Reine Rechtslehre Hans Kelsens ausgeht. Die verschiedenen sozialen Praxisfelder produzierten immer schon eigene Ordnungen, Regel- und Konventionsbestände. Zu diesen zählen nicht nur die Ordnungsmuster der großen Funktionssysteme der modernen Gesellschaft wie z. B. Politik, Wirtschaft, Massenmedien und Wissenschaft, sondern auch Institutionen wie die Sprache, Familie, Sitten, Konventionen und andere übergreifende Gemeinsamkeiten, ein dynamischer Pool unterstellbarer gemeinsamer Wissensbestände (*common knowledge*). Das zeigt insbesondere die Sprache. Ohne ein von einer Sprachgemeinschaft geteiltes grammatikalisches Wissen kann keine sprachliche Kommunikation gelingen. Mit Niklas Luhmann ließe sich daher auch formulieren, dass gemeinsames „Wissen“ zu den konstitutiven Merkmalen der Gesellschaft gehört. „Sprachliche Kommunikation setzt gemeinsames Wissen immer schon voraus und käme mit ihrer Autopoiesis zum Stillstand, würde diese Voraussetzung scheitern. Ohne unterstellbares Wissen keine Kommunikation.“¹³⁷
- 235 Erneut liefert die wissenschaftliche Reflexion über Sprache und Sprachkompetenz wichtige Hinweise darauf, wie das Verhältnis von Rechtsordnung und gemeinsamem Wissen zu rekonstruieren wäre. Die neuere sprachphilosophische und linguistische Forschung zeigt allerdings auch, dass sich die Fähigkeit zur sprachlichen Kommunikation keinem vorgeordneten Meta-Wissen verdankt, keiner *parole* hinter der *parole* (Saussure), keiner Universalgrammatik (Chomsky) oder Universalpragmatik (Habermas), die den empirischen Sprechakten vorausginge. Sprechen-Können und Schreiben-Können sind rein performative Kompetenzen. Das gemeinsame Wissen, das jeder Sprach- und Mediengebrauch voraussetzt – die „Gepflogenheiten“ im Sinne Wittgensteins – werden in der Kommunikation, im Sprach- und Mediengebrauch, durch dauernde Übung produziert und reproduziert; sie sind ein Moment der sich laufend verändernden Netzwerke der Kommunikation. Das gemeinsame Wissen ist also gerade nicht in einer der Entscheidung vorgeordneten historischen Kontinuität veran-

¹³⁶ So der Akzent etwa bei *Fischer-Lescano/Christensen* (Fn. 113), 213ff., 232ff. („Die Entscheidung als politische Dimension im Recht“).

¹³⁷ *N. Luhmann*, *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, 1990, 122.

kert. Es handelt sich nicht wirklich um ein „Vor-Verständnis“, wie Gadamer und mit ihm die juristische Hermeneutik glauben,¹³⁸ sondern um ein in der Kommunikation mitlaufendes, mittransportiertes und immer nur aktuell abrufbares Wissen. Auf ein derartig dynamisches, sich laufend selbst veränderndes gemeinsames Wissen nimmt auch das Recht vielfach Bezug. Das zeigt sich in besonderer Klarheit in gesetzlichen Generalklauseln wie „gute Sitten“, „Treu und Glauben“ und „Handelsbrauch“, in Rechtsbegriffen wie „Fahrlässigkeit“, „Fehler“, „Gefahr“, „Geeignetheit“. Oder das Recht zapft wie im Fall der technischen Standards (DIN-Normen, Grenzwerte etc.) das kognitive Potential an, das in derartigen Regeln eingelassen ist, etwa um Schadensgrenzen (Luftreinhaltung, Strahlungsbelastung etc.) zu ermitteln.

Wäre mit einem derartigen Konzept von gemeinsamem Wissen ein aussichtsreicher Kandidat für die Entparadoxierung der Entscheidungsparadoxie in Sicht, für Strukturen, die sich historisch vorübergehend bewähren könnten? Könnte insbesondere die Abhängigkeit der Interpretation von den Sachstrukturen durch den Rekurs auf derartige Formen gemeinsamen Wissens dirigiert werden? Diese Fragen sind insofern nicht leicht zu beantworten, als ihre Bedeutung in auffälligem Gegensatz zur Häufigkeit ihrer Behandlung in der Literatur steht. Soweit ersichtlich hat – neben frühen Ansätzen bei Eugen Ehrlich – besonders Josef Esser die Funktion gemeinsamen Wissens für die Rechtsinterpretation thematisiert. Aber wie wir bereits gezeigt haben, bleibt der Interpretationsakt in Essers *Vorverständnis und Methodenwahl* auf eine vorgängige historische Kontinuität bezogen: Das gemeinsame Wissen wird einem schicksalhaften Zirkel zugeschrieben, der dem Recht stabile geschichtliche und gesellschaftliche Prinzipien vorordnet und vorgibt. Die vorpositive Gerechtigkeits- und Vernunftstruktur legt fest, was in der Interpretation genutzt werden kann und unvermeidlicherweise in die Rechtsentscheidung einfließt.¹³⁹ Damit hält auch Esser die juristische Hermeneutik letztlich an einem hierarchischen Modell, an der Vorordnung einer vertikalen Autorität vor aller Interpretation, fest.

Eine Relationierung von Rechtsinterpretation und gemeinsamem Wissen, die jedwede vertikale Autorität vermeidet, findet sich erst in jüngerer Zeit, prominent etwa in den Arbeiten von Gunther Teubner. Teubners Ausgangspunkt ist die Beobachtung, dass sich der Schwerpunkt der Prozesse der Rechtsbildung von ihren bisherigen nationalstaatlichen Zentren, ihren Institutionen und Quellen (Parlamenten, Gerichten, völkerrechtlichen Verräten), auf eine davon unabhängige transnationale Peripherie verlagert hat. In dieser Peripherie wird in unterschiedlichen Gesellschaftssektoren eine paradoxe Selbstproduktion von Regeln und Rechtsnormen betrieben, an der *global players* wie multinationale Unternehmen und internationale Organisationen beteiligt sind (*lex mercatoria*, *lex sportiva*, *lex electronica* etc.).¹⁴⁰ In einer jüngeren Arbeit über globale Zivilverfassungen wird die These einer weltweiten Verrechtlichung von Gesellschaftssektoren mit dem Gedanken verbunden, dass diese neuen Formen der Selbstbe-gründung des Rechts notwendigerweise immer auch Normen von konstitutioneller

¹³⁸ Hier zeigt sich die ganze Problematik des hermeneutischen Begriffs des Vor-Verständnisses: Das „Vor-“ ist der ontologische Rest der Hermeneutik.

¹³⁹ Vgl. nur Esser (Fn. 11), 23; deutlich auch ders. (Fn. 100), 182.

¹⁴⁰ G. Teubner, Globale Bukowina, Rechtshistorisches Journal 15 (1996), 255ff.; dazu näher G.-P. Calliess, Systemtheorie: Luhmann/Teubner, 2009, 71ff.; zum „globalen Recht“ und zur Theorie Teubners weiterführend H. Lindahl, Fault Lines of Globalization, 2013, 44ff.; und L. Viellechner, Transnationalisierung des Rechts, 2013.

Qualität erzeugen, „Eigenverfassungen der Zivissektoren“,¹⁴¹ die jeder Rechtsbildungsprozess voraussetze und zugleich in seinem Vollzug konstituieren. Im Bereich des Internets zeige sich dies vor allem in dem bislang ungelösten Problem eines ungefilterten Einflusses privater Akteure auf die autonome Regelbildung, in der Frage nach dem Verhältnis einer inkrementell wachsenden *lex electronica* und einer notwendig werdenden „Digitalverfassung“. Diese wird von Teubner als Selbstkontrolle des Rechts in Anschlag gebracht, als reflexive zweite Schicht von „konstitutionellen Sekundärnormen“, die „das Geltungsparadox eines selbst gemachten Digitalrechts zu überwinden vermögen und über die Rechtsnormqualität von sozialen Normen selektiv entscheiden“.¹⁴²

238 Den Maßstab für die konstitutionelle Selbstkontrolle des autonomen Digitalrechts sollen die Menschenrechte bilden. Teubner hatte schon in älteren Publikationen den Widerstreit systemspezifischer Funktionslogiken und Rationalitäten zum Thema gemacht und daraus die Vorstellung eines kollisionstheoretischen Verständnisses des Rechts entwickelt, das an wichtige Arbeiten von Rudolf Wiethölter anschließt.¹⁴³ Grund- und Menschenrechte werden als institutionelle Autonomiegarantien interpretiert, als „Kollisionsnormen“ für die Abstimmung unverträglicher Handlungslogiken.¹⁴⁴ Auf den Bereich der digitalen Kommunikation übertragen heißt das, dass die Abstimmung zwischen der Selbsterzeugung technischer Standards und den daraus resultierenden Gefährdungen für andere Gesellschaftssektoren „nicht an der politischen Verfassung, sondern an ihrer Eigenverfassung gemessen werden“ muss.¹⁴⁵ Die Rechtsnormqualität technischer Standards kann anerkannt werden, wenn deren Produktion zugleich an einen regimespezifischen Menschenrechtsstandard gekoppelt wird, der adäquat auf die Risiken der digitalen Kommunikation reagiert. Die „Digitalverfassung“ dient dann primär als Maßstab zur Stabilisierung der institutionellen Differenz und jeweiligen Eigenlogik von spontaner, allgemein zugänglicher Internetkommunikation einerseits und ihren hochorganisierten Spezialbereichen (Intranets) andererseits.

239 Teubner richtet den Fokus seiner Forschungen zwar primär auf transnationale Norm- und Rechtsbildungsprozesse, seine Überlegungen lassen sich aber durchaus auch problemlos ins innerstaatliche Recht übertragen. Auch hier lässt sich ein enges Zusammenspiel von gemeinsamem Wissen, der daran geknüpften Regel- und Konventionsbestände und der Interpretation des positiven Rechts beobachten. Ein negatives Beispiel dafür ist die Familienbürgerschaft: Die Übernahme einer Bürgerschaft für den Kredit des Vaters, den die Tochter nie zurückzahlen kann, ist keine Störung der Vertragsparität zwischen der faktisch überlegenen Bank und dem faktisch unterlegenen Familienbürgen.¹⁴⁶ Vielmehr handelt es sich um einen Fall „struktureller Korruption“: Die Integrität der grundrechtlich geschützten Autonomie innerfamiliärer Kommunikation (Art. 6 GG) wird durch das Eindringen wirtschaftlicher Rationalität verletzt. Weil aber jede Intimbeziehung ihre eigene Opfergrenze findet, verbietet es sich, „Normen der Familienmoral empirisch zu ermitteln und diese zu einem Rechtsstandard der Opfergrenze zu generalisieren“.¹⁴⁷ Die Autonomie der

¹⁴¹ G. Teubner, Globale Zivilverfassungen, ZaöRV 63 (2003), 1 ff., 16; ausführlich *ders.*, Verfassungsfragmente, 2012.

¹⁴² Teubner, ebd., 21.

¹⁴³ G. Teubner, Recht als autopoietisches System, 1989, 123 ff.; vgl. nur R. Wiethölter, Recht-Fertigungen eines Gesellschafts-Rechts, 2003.

¹⁴⁴ G. Teubner, Die anonyme Matrix, Der Staat 45 (2006), 161 ff., 180; *ders.*, Ein Fall von struktureller Korruption?, KritV 83 (2000), 388 ff., 399; vgl. auch *ders.* (Fn. 141 – Verfassungsfragmente), insb. 225 ff.

¹⁴⁵ Teubner (Fn. 141 – Zivilverfassungen), 22.

¹⁴⁶ BVerfGE 89, 214 ff.; ähnlich BVerfGE 81, 242 ff. (Handelsvertreter).

¹⁴⁷ Teuber (Fn. 144 – strukturelle Korruption), 394, 396 f.

Familie muss als Limitierung in den wirtschaftsrechtlichen Kontext eingeführt werden. Weil es aber keinen verallgemeinerungsfähigen Maßstab der Opfergrenze, kein gemeinsam geteiltes Wissen über den Einzelfall hinaus gibt, muss die Verfassungsinterpretation hier eine stabile Grenze, einen Standard, vorgeben und ruflose Familienbürgschaften per se verbieten.¹⁴⁸

Akzentuiert Teubner eher die Autonomie der Rechtsinterpretation gegenüber den Gefährdungen des Rechts durch autonome außerrechtliche Standardbildung, geht es Karl-Heinz Ladeur und Ino Augsberg in einer jüngeren Publikation darum, „Auslegung als ‚Management‘ der Kohärenz rechtlicher und außerrechtlicher Regelmäßigkeit“ einzurichten.¹⁴⁹ Das Recht ist in eine komplexe Infrastruktur von gesellschaftlichen Regeln und praktisch erprobten Konventionen eingebettet, und diese Verhaltensmuster erzeugen eine Art „soziale Epistemologie“,¹⁵⁰ eine in den „kognitiven Komponenten des liberalen Rechts ... angelegte Lernfähigkeit“.¹⁵¹ Stärker jedenfalls als Teubner betont Ladeur den „Eigenwert“ des gemeinsamen Wissens, das als Selektionskriterium für sachbezogenes Interpretieren genutzt werden soll. „Interpretation setzt Unentscheidbarkeit voraus – und braucht doch Vorentschiedenes.“¹⁵² Vor allem die in der „Privatrechtsgesellschaft“ zerstreuten praktischen Wissens- und Regelbestände erzeugen jedenfalls dann eine Selbstbindung der Rechtsinterpretation, wenn diese Selbstbindung Fortentwicklungen zulässt.¹⁵³ Das führt zur Vermutung und Anerkennung eines grundsätzlichen Eigenwerts gesellschaftlicher Selbstorganisation. Die heterarchische „relationale Rationalität der distribuierten Ordnungsbildung“ legt insbesondere der politischen Gesetzgebung, „der deliberativen Rationalität der hierarchischen Normgebung“,¹⁵⁴ eine Beweislast zur besseren Lösung der Probleme auf. Als Beispiel nennen Ladeur/Augsberg die Rechtschreibreform: Wenn der Staat durch die Einführung neuer orthographischer Regeln in ein funktionierendes Sprachspiel eingreift, muss erwogen werden, ob eine solche Initiative nicht schon an der Natur des Gegenstands scheitert. Das erscheine jedenfalls dann plausibel, wenn prognostizierbar sei, dass die selbsterzeugte Komplexität der deutschen Schriftsprache nicht auf wenige einfache Regeln reduziert werden könne, ohne erhebliche Verluste an sprachlichem Differenzierungsvermögen in Kauf nehmen zu müssen. Auch die (im Demokratieprinzip verankerte) Prärogative des Gesetzgebers sei dann kein Gegenargument: „Caesar non supra grammaticos.“¹⁵⁵

Im Unterschied zur juristischen Hermeneutik wird die Interpretation bei Teubner und Ladeur nicht mehr an der Kontinuität eines historischen Vorverständnisses gemessen, sondern auf die dynamische Stabilität der gemeinsamen Wissensbestände der modernen bzw. postmodernen Gesellschaft eingestellt. Das gemeinsame Wissen wird nicht länger einem schicksalhaften Zirkel zugeschrieben, der dem positiven Recht stabile ge-

¹⁴⁸ Teubner, ebd., 396f.

¹⁴⁹ Ladeur/Augsberg (Fn. 15), 164ff.; Ladeur (Fn. 31), 78ff. (Verknüpfung des Rechts mit dem praktischen gesellschaftlichen Wissen); vgl. auch I. Augsberg, Die Lesbarkeit des Rechts, 2009 (wo dieses Kohärenzmanagement in einem weiten Begriff der Textualität des Rechts abgebildet wird).

¹⁵⁰ Ladeur/Augsberg (Fn. 15), 165; vgl. auch I. Augsberg, Strategien des Nichtwissens im Bereich staatlicher Aufgabenwahrnehmung, 2014, 103ff.; vgl. auch ders., Informationsverwaltungsrecht, 2014, insb. 80ff.

¹⁵¹ K.-H. Ladeur, Negative Freiheitsrechte und gesellschaftliche Selbstorganisation, 2000, 12.

¹⁵² Ladeur/Augsberg (Fn. 15), 164.

¹⁵³ Ladeur/Augsberg, ebd., 170.

¹⁵⁴ Ladeur/Augsberg, ebd., 168.

¹⁵⁵ Ladeur/Augsberg, ebd., 169.

schichtliche und gesellschaftliche Prinzipien vorordnet und vorgibt, sondern als ein dynamisches Wissen, das im gesellschaftlichen Wandel laufend neu erzeugt werden muss – und zu dessen Produzenten (und nicht nur Konsumenten) gehört die Rechtsordnung selbst. Teubner hebt etwa die gestiegene Bedeutung der laufenden Produktion privater Regelbildung in Form Allgemeiner Geschäftsbedingungen, Standardisierungen und ähnlicher Normierungen z. B. in Wirtschaftsunternehmen, privaten Verbänden, Krankenhäusern, Schulen oder Universitäten für das Recht und den interpretativen Umgang mit ihm hervor. Und Ladeur/Augsberg betonen ausdrücklich die Legitimität experimenteller Interpretationen in Fällen, in denen keine etablierten Handlungsmuster existieren, auf die etwa Gerichte zurückgreifen können, so dass diese selbst durch Interpretation einen Beitrag zur sozialen Regel- und Konventionsbildung leisten müssen. Als gelungene Beispiele für eine derartige Mobilisierung des gemeinsamen Wissens durch experimentelle Rechtsprechung werden etwa Entscheidungen des BGH zur Produkthaftung, des BVerfG zum Rundfunkrecht, die neuere Entwicklung im Recht des Persönlichkeitsschutzes und im Technikrecht genannt.¹⁵⁶

- 242 Die Konsequenzen dieser Vorschläge sind weitreichend. Insbesondere bei Ladeur/Augsberg wird die Wissensproduktion selbst zu einem Aspekt der Rechtsbildung und Rechtsinterpretation. Damit wird die etwa in der Systemtheorie noch vorausgesetzte normative Geschlossenheit des Rechtssystems zumindest partiell gelockert. Ladeur/Augsberg weisen zwar wiederholt darauf hin, dass die Berücksichtigung des gemeinsamen Wissens nicht zu einer Einebnung der Unterscheidung von Rechtsinterpretation und sozialer Konventionsbildung führen dürfe. Der Sache nach wird in der Rückverweisung des Rechts an die Standard- und Regelbildung der jeweils betroffenen Sachbereiche jedoch eine Ambivalenz sichtbar, die darauf hinweist, dass Recht und Rechtsinterpretation eng mit einem gemeinsamen Wissen verkoppelt sind, das die Grenze zwischen Innen und Außen, zwischen Rechtsstrukturen und Sachstrukturen laufend destabilisiert. Die Entscheidung über die Verwendung des Wissens wird in der juristischen Interpretation gefällt, aber entgegen einer vordergründigen Beschwörung der Einheit und Autonomie der Rechtsordnung, wird die Ausschließlichkeit und Eigenständigkeit normorientierter Entscheidungen damit relativiert.
- 242 a Das ließe sich in medientheoretischer Perspektive als Reaktion auf die gestiegene Bedeutung technischer Medien deuten, die das alte normative Regelmodell, das sich immer an vorgegebenen Maßstäben orientiert hat, abschwächt. An die Stelle einer stabilen „vertikalen Autorität“, die es ermöglichte, das Einzelne unter ein Allgemeines zu subsumieren (und damit in eine schon vorhandene normative Wirklichkeit einzurücken), tritt eine fluide namenlose Autorität von zerstreuten horizontalen Bewegungen. An die Stelle einer Normhierarchie mit einem „letzten Grund“ tritt ein „finding as founding“ (Stanley Cavell), ein auf Offenheit angelegter Prozess des Suchens und Findens von Mustern, Normen und Gründen „zu einem Netz von Möglichkeiten, die in einer experimentellen Form auf ihre Haltbarkeit als anschlussfähiges Muster für weitere Möglichkeiten getestet, durchgespielt werden, ohne dass wieder die Herausbildung einer verallgemeinerungsfähigen Regel, einer dauerhaften Form erwartet werden könnte.“¹⁵⁷ Für eine solche Lesart spräche besonders die neuartige Rolle des Codes in der digitalen Kommunikation und das damit verbundene Übergreifen der Computer-

¹⁵⁶ Ladeur/Augsberg, ebd., 175 ff.

¹⁵⁷ K.-H. Ladeur, Die Textualität des Rechts, 2015 i. E.