

## V. Einzelfragen

Abschließend seien drei rechtstheoretische Themenfelder vorgestellt, an deren Bearbeitung sich der Erkenntniswert der hier entworfenen multidisziplinären Rechtstheorie konkret erproben lässt. Die drei Felder betreffen das Recht der Moderne, die Methode von Recht und Rechtswissenschaft sowie die Textualität des Rechts. Bei der Diskussion aller drei Einzelfragen liegt das hauptsächliche Augenmerk darauf, nachvollziehbar zu machen, wie restlos alle rechtswissenschaftlichen Theoriefragen, gleich ob man ihren Ausgangspunkt philosophisch, historisch, ökonomisch oder rechtsdogmatisch verankert, miteinander verbunden sind, ja unlösbar zusammenhängen. Im Folgenden wird ein geschlossener theoretischer Argumentationskreis vom Recht der Moderne zur Methode und Textualität des Rechts wieder zurück zum Ausgangspunkt führen.

### 1. *Recht und Moderne*

Was ist Moderne, was bedeutet Moderne im Recht? Die erste, für alles Weitere wesentliche Einsicht zur Beantwortung dieser Frage lautet, dass eine rein rechtshistorische Sicht auf die Moderne als Epochenbegriff, der sich mit der Wende zur Neuzeit ab etwa 1500 und verstärkt noch mit dem seit Mitte des 17. Jahrhunderts reflektierten Bewusstsein gesellschaftlichen Wandels in Verbindung bringen lässt, nicht befriedigen kann.<sup>95</sup> Gesellschaftliche Moderne ist mehr als eine historische Epoche, nämlich ein komplexes soziologisch-historisch-ökonomisches Gesamtphänomen, das – und damit wäre man beim Thema – nur multidisziplinär erfasst werden kann. So beschreibt der Modernebegriff eine Vielzahl verwandter Phänomene gesellschaftlichen Strukturwandels, die von der „großen Transformation“ zur Industriegesellschaft des 18. und 19. Jahrhunderts bis zu den aktuellen Krisen der

95 Näher zum Folgenden *Auer*, *Liebe* (Fn. 87), 109 ff. sowie bereits *dies.*, *Diskurs* (Fn. 86), 11 ff., jeweils m.w.N.

westeuropäischen Nachkriegsdemokratien und ihrer Wohlfahrtsstaaten reichen. Gemeinsam ist allen Phänomenen der Moderne von der Aufklärung bis zur Gegenwart – sehr vereinfachend gesprochen – eine Verlusterfahrung: Ihr Grundproblem, gleich ob auf das 17. oder das frühe 21. Jahrhundert bezogen, ist stets der Verlust von Gewissheitszeichen in einer Welt, der der Glaube an ihre übergeordnete Sinnhaftigkeit abhanden gekommen ist, verbunden mit existentieller ontologischer Verunsicherung und dem Kampf um die Wiederaufrichtung von Gewissheiten, die nur noch vom Menschen selbst als einzig verbliebenem und doch essentiell unzulänglichem Normgeber ausgehen kann. Eine so geprägte Moderne ist immer ambivalent, ihr Fortschritt in die Richtung von Aufklärung und Rationalität ist niemals linear, sondern immer von Krisen und Rückschlägen begleitet und um den Preis teils katastrophal destruktiver Nebenfolgen erkaufte. Die moderne Gesellschaft ist außerdem niemals stabil; sie ist die Gesellschaft des sich selbst dynamisch beschleunigenden Wandels, der Selbstauflösung von inneren und äußeren Grenzen, der globalen Dominanz ökonomischer Logiken und der Entwertung aller hergebrachten Bindungen.

Welches Recht bringt eine solche Gesellschaft hervor? Nimmt man die rechtstheoretische Mikroperspektive ein, kann man etwa zu dem bereits erwähnten Ergebnis kommen, dass das moderne Privatrechtssystem mit seiner Dominanz individualistischer Leitbegriffe erst seit der Wende zur Moderne überhaupt konzeptionell denkbar geworden ist, seitdem aber auch alle inneren Widersprüche der modernen Gesellschaft präzise nachvollzieht und um der Einheit seines Wertsystems willen nicht offenlegen kann. Das lässt sich etwa daran ablesen, dass das bürgerliche Eigentum auf der Grundlage des römischrechtlichen *dominium* erst seit der Neuzeit als bedeutsamstes subjektives Privatrecht verstanden werden konnte, was aber nichts daran änderte, dass gleichzeitig die Eigentumsschranken inflationär angewachsen sind. Seit einiger Zeit lässt sich zudem eine expansive Dynamik und kontinuierliche Verschiebung der privaten Eigentumsordnung in den Bereich immaterieller Güter hinein beobachten, bei denen die Ausschließlichkeitslogik des klassischen Eigentums immer mehr an ihre Grenzen stößt. Selbstbeschleunigender Wandel, Selbstdestruktivität und innere Widersprüchlichkeit, Entgrenzung und Selbstauflösung:

Die bürgerliche Eigentumsordnung bildet ein Musterbeispiel für das aporetische Recht der Moderne.<sup>96</sup>

Das ist aber noch lange nicht alles. Das Thema der Moderne im Recht ist nämlich unerschöpflich. Zwei weitere Beispiele rechtstheoretischer Mikroanalyse seien daher an dieser Stelle aufs Geratewohl herausgegriffen. Das erste betrifft den rapiden Wandel der sozialen und rechtlichen Anschauungen über Ehe und Familie, der in Deutschland jüngst in der im Handstreichverfahren Gesetz gewordenen „Ehe für alle“ kulminiert ist.<sup>97</sup> Wer deren Durchsetzung für das kurzlebige Werk interessierter Ideologien hält, täuscht sich indessen grundlegend. Denn hinter der – höchstwahrscheinlich noch gar nicht abgeschlossenen – Öffnung des Ehebegriffs für erweiterte, gleichgeschlechtliche ebenso wie mehrpolige oder zeitlich und sachlich befristete Eheformen steht eine jahrhundertelange ideengeschichtliche Verschiebung der Ehe in die Richtung einer immer stärker von klassischen Ehezwecken befreiten, individualistisch verfassten Liebes- und Beistandsgemeinschaft, die paradigmatischer Ausdruck des modernen Wertewandels weg von hergebrachten göttlichen und naturrechtlichen Gewissheiten hin zum Menschen als Normgeber ist, der seine privatrechtlichen Verhältnisse durch Vertrag regelt.<sup>98</sup> Lässt man sich konsequent auf das Vertragsprinzip als Grundlage des Eheschlusses ein, gibt es jedoch keinen normativen Grund mehr, der privatautonom begründeten dauerhaften Lebensgemeinschaft zweier Menschen desselben Geschlechts oder entsprechenden mehrpoligen Austauschverhältnissen den Ehebegriff vorzuenthalten.<sup>99</sup> Diesen emanzipatorischen Fortschritt gibt es allerdings nur zum üblichen Listenpreis der Moderne: Keine

96 Ausführlich dazu *Auer*, Diskurs (Fn. 86), 91 ff. m.w.N.

97 Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts v. 20.07.2017, BGBl. I, 2787, in Kraft getreten am 1.10.2017; vgl. auch BT-Drs. 18/6665 v. 11.11.2015 und 18/12989 v. 28.6.2017.

98 Zum Folgenden *Auer*, AcP 216 (2016), 239, 259 ff. sowie ausführlich *Gerd Brudermüller*, *Paarbeziehungen und Recht. Rechtsphilosophie und Familienrecht der Partnerschaft*, 2017, 79 ff.

99 Näher *Auer*, AcP 216 (2016), 239, 264; ähnlich *Brudermüller*, *Paarbeziehungen* (Fn. 98), 61 ff.; a.A. *Christopher Schmidt*, „Ehe für alle“ – Ende der Diskriminierung oder Verfassungsbruch?, NJW 2017, 2225 ff.

Individualisierung ohne Zweckentleerung, Entgrenzung und normative Einebnung der nur naturrechtlich zu begründenden besonderen Schutzwürdigkeit der Ehe.<sup>100</sup> Dagegen gibt es auch keinen normativen Schutzwall etwa auf der Grundlage der Annahme unwandelbarer Voraussetzungen des verfassungsrechtlichen Ehebegriffs, denn auch dieser entkommt der Aporie des modernen Individualismus nicht, die ihm dieselbe innere Wandelbarkeit aufzwingt wie allen anderen normativen Institutionen der Moderne.<sup>101</sup> Die privatrechtliche „Ehe für alle“ ist nicht nur verfassungsrechtlich zulässig, sondern tatsächlich konsequente Fortschreibung des normativen Programms der Moderne. Das größere verfassungsnormative Problem wäre auf Dauer ihre gleichheitswidrige Nichtanerkennung gewesen, ebenso wie das künftig mit hoher Wahrscheinlichkeit noch für weitere bis heute *de facto* ausschließlich an monogame Paarbeziehungen geknüpfte Privilegien wie Zugang zur Adoption, zu modernen Reproduktionstechnologien sowie zu einer Vielzahl steuer-, erb- und versorgungsrechtlicher Begünstigungen diskutiert werden wird.

Zweitens sei der Blick weg von der Ehe und hin zu einem der wohl meistdiskutierten, aber in seinen rechtstheoretischen Auswirkungen noch kaum verstandenen Themen gesellschaftlichen Wandels der vergangenen Jahrzehnte gerichtet: der Wende zum Digitalzeitalter. Es reicht nicht aus, sich die Folgen der Digitalisierung für das Recht als durch Gerichte oder den Gesetzgeber einfach technisch lösbare Fragen vorzustellen. Das mag für gewisse dogmatische Einzelfragen der Behandlung digitaler Vertragsinhalte oder digitaler Nachlässe vordergründig zutreffen.<sup>102</sup> Auf einer tieferen Ebene verändert der digitale Wandel jedoch nicht nur einzelne rechtliche Institutionen, sondern

100 So sind weitere Folgeänderungen etwa für das Abstammungsrecht absehbar; dazu *Martin Löhnig*, Ehe für alle – Abstammung für alle?, NZFam 2017, 643 f.

101 Näher zum Ganzen *Auer*, AcP 216 (2016), 239, 265 ff. m.w.N. auch zur Gegenauffassung.

102 Aus der breiten aktuellen Diskussion etwa *Constantin Willems*, Erben 2.0 – zur Beschränkbarkeit der Rechtsnachfolge in das „digitale Vermögen“, ZfPW 2016, 494 ff.; *Christiane Wendehorst*, Die Digitalisierung und das BGB, NJW 2016, 2609 ff.; *Stefan Kirn/Claus D. Müller-Hengstenberg*, Überfordert die digitale Welt der Industrie 4.0 die Vertragstypen des BGB?, NJW 2017, 433 ff.; *Merle Bock*, Ju-

vielmehr die gesamte Struktur rechtlicher Normativität und – noch bedeutsamer – die Selbstdefinition des Menschen in der modernen Gesellschaft und damit auch seine Selbstrepräsentation im Recht. Die Rechtstheorie wird sich künftig etwa mit der Frage zu befassen haben, ob staatliches Recht noch sinnvoll als allgemeines Recht erlassen werden kann, wenn die digitale Ökonomie längst weiter ist und Angebote ebenso wie Preise aufgrund hinterlassener Datenspuren individuell maßschneidert. Es liegt auf der Hand, dass eine solche „Granulierung“ oder datenbasierte Personalisierung auch im Bereich der Rechtssetzung und Rechtsanwendung ohne weiteres möglich ist und tatsächlich bereits diskutiert und praktiziert wird.<sup>103</sup> Die Rechtstheorie wäre gut beraten, sich bereits jetzt Antworten auf die keineswegs fernliegende Frage zurechtzulegen, wohin eine strukturell digitalisierte und personalisierte Rechtsordnung steuert, in der das Individuum nicht trotz, sondern gerade *wegen* seiner vollständigen datengetriebenen Berechenbarkeit zunehmend obsolet wird.

Mehr noch: Sie wird auch nach den Ursachen dieser datengetriebenen Berechenbarkeit fragen müssen und dabei auf die Tatsache stoßen, dass Verfahren digitaler Profilierung, die bis vor wenigen Jahrzehnten ausschließlich staatlichen und polizeilichen Akteuren vorbehalten waren, heute zu den unabdingbaren Voraussetzungen der Selbstdefinition des autonomen Subjekts zählen. Dabei befindet sich die digitale Selbstverwirklichung des Individuums auf der Grundlage des Vertragsmodells „Daten gegen digitale Teilhabe“<sup>104</sup> auf bestem Wege dazu, sämtliche Grundlagen der künftigen Unversehrtheit ebendieser In-

ristische Implikationen des digitalen Nachlasses, AcP 217 (2017), 370 ff. sowie die einschlägigen Beiträge zur Zivilrechtslehrertagung in Zürich 2017 zum Thema „Digitalisierung und Privatrecht“, als Sammelband veröffentlicht in AcP 218 (2018), 1 ff.

103 Repräsentativ *Cass R. Sunstein*, *Deciding by Default*, 162 U. Pa. L. Rev. (2013), 1, 48 ff.; *ders.*, *Choosing* (Fn. 29), 157 ff.; *Ariel Porat/Lior J. Strahilevitz*, *Personalizing Default Rules and Disclosure with Big Data*, 112 Mich. L. Rev. (2014), 1417 ff.; *Omri Ben-Shahar/Ariel Porat*, *Personalizing Negligence Law*, 91 NYU L. Rev. (2016), 627 ff.

104 Als „Dienst gegen Daten“ allzu harmlos beschrieben; so *Axel Metzger*, *Dienst gegen Daten: Ein synallagmatischer Vertrag*, AcP 216 (2016), 817 ff. Deutlicher als

dividualität durch öffentliche Preisgabe und massentaugliche Konditionierung auszuhöhlen, und zwar – und das ist das Neue und so noch nie Dagewesene – aufgrund *freiwilliger* Selbstentäußerung geschützter privater Daten, die ohne große Mühe viel tiefere Einschnitte in bislang der individuellen Privatsphäre vorbehaltenen Bereiche zeitigt, als staatlicher Zwang dies je vermocht hat.<sup>105</sup> Dass das dadurch entstehende neue Selbstbild des Menschen, der seine digitale Selbstentäußerung nicht nur klaglos hinnimmt, sondern sie vielmehr als Teil seiner Selbstdefinition als *Selbstverständlichkeit begrüßt*, auch zu einem langfristig veränderten Verständnis aller wesentlichen Grundlagen des Rechtssystems von den – weitgehend leerlaufenden – Grundrechten über das Demokratieprinzip und die Definitionen von Öffentlichkeit und Privatheit bis hin zu den Einzelheiten von Zulässigkeit, Art und Tiefe staatlicher und außerstaatlicher Regulierung in allen möglichen Bereichen vom Haftungs-, Versicherungs- und Verbraucherschutzrecht bis zur detaillierten Gestaltung lebensweltlicher und biographischer Umstände führen wird und hierzu bereits vielfach geführt hat, sollte auf der Hand liegen.<sup>106</sup>

An dieser Stelle enden damit auch sämtliche Analogien zu den bislang formulierten Kritiken der totalitären Konsequenzen des technologischen Fortschritts für die menschliche Gesellschaft und verlangen eine Neuformulierung. Verbindet man etwa *Michel Foucaults* Genealogie repressiver Machttechniken am Beispiel der Geschichte staatlichen Strafens, in der das Verschwinden vormoderner, „analoger“ Körperstrafen mit der gleichzeitigen Verdichtung mentaler Disziplinierung und ökonomischer Herrschaft über Subjekte einhergeht,<sup>107</sup> mit den

hier noch *Jens-Christian Rabe*, Verbrechen und Versprechen. Früher bekamen Serienmörder ein Profil – heute erstellen die Menschen ihres im Netz selbst, Frankfurter Allgemeine Zeitung Nr. 226 v. 30.9./1.10.2017, 15: „Daten gegen Freiheit“.

105 Eingehend *Andreas Bernard*, Komplizen des Erkennungsdienstes. Das Selbst in der digitalen Kultur, 2017, 192 ff.; dazu *Rabe*, Verbrechen (Fn. 104), 15.

106 Wiederum ist auf die „Nudging“-Debatte zu verweisen; dazu bereits vorstehend Fn. 29.

107 Grundlegend *Michel Foucault*, Überwachen und Strafen. Die Geburt des Gefängnisses, 1977; zu Anschlussmöglichkeiten *Klaus Birnstiel*, Wie am Meeresufer ein Gesicht im Sand. Eine kurze Geschichte des Poststrukturalismus, 2016, 199 ff.

Grundlagen der modernen Digitaltechnologie, so endet der strukturelle Analogieschluss zur Regulierung und Konditionierung der beherrschten Subjekte durch staatlichen Anstaltszwang genau dort: an der staatlichen Anstalt. Das Frappierende des Digitalzeitalters ist die Internalisierung totaler Regulierung sämtlicher Lebenszusammenhänge durch digitale Strukturen in *freiwilliger* Komplizenschaft von Staat und privaten Akteuren.<sup>108</sup> Das Feld der Rechtsentstehung ist damit diffus geworden: Regulierung ist nicht mehr gleich Recht; Rechtssetzung ist nicht mehr auf den Staat beschränkt; Rechte eröffnen nicht mehr notwendig sinnvolle individuelle Autonomiesphären; Recht ist im Begriff, sich im globalen Internet der Dinge aufzulösen wie der Zucker im Kaffee, zum bloßen Informations-Bit herabzusinken und durch selbstregulierende digitale Plattformstandards und globales Soft Law ersetzt zu werden.<sup>109</sup>

## 2. *Recht und Methode*

Die zuletzt dargelegte Überlegung führt unmittelbar zum zweiten hier zu diskutierenden Themenfeld der Methodik der Rechtsentstehung. Recht entsteht – auch in den Rechtsordnungen des Civil Law – bisher durch das fallweise richterrechtlich austarierte Zusammenspiel von Grundsatz und Norm, Regel und Einzelfall, das sich mit der hergebrachten Methodenlehre, die lediglich einzelne Argumentationstopoi auf dem Weg zur Falllösung beschreibt, aber wenig bis nichts zur Entstehung neuer Rechtssätze aus kohärenten Falllösungsfeldern beizutragen hat, bis heute nicht befriedigend erklären lässt.<sup>110</sup> Schon der kon-

108 Eindringlich *Rabe*, Verbrechen (Fn. 104), 15.

109 Repräsentativ *Richard Susskind*, *The End of Lawyers? Rethinking the Nature of Legal Services*, 2008; *Mireille Hildebrandt*, *Smart Technologies and the End(s) of Law*, 2015; *dies.*, *Law as Information in the Era of Data-Driven Agency*, 79 *Mod. L. Rev.* (2016), 1 ff.

110 Grundlegend zum Versuch, dies wenigstens zu beschreiben, bis heute *Josef Esser*, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Rechtsfortbildung des Privatrechts*. Rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen- und Interpretationslehre, 4. Aufl. 1990, 11, 20 ff. und *passim*.

ventionelle Kern der Rechtsentstehung durch richterliches Fallrecht und wissenschaftliche Systematisierungsleistung liegt damit im blinden Fleck der hergebrachten juristischen Methodenlehre des kontinentalen Gesetzesrechts,<sup>111</sup> und dieses Problem wird sich mit Blick auf die erwähnten Potentiale einer digitaltechnologischen Strukturverschiebung der gesamten Rechtsgestaltungstätigkeit weg vom Staat und hin zu digital regulierenden Privaten künftig noch verschärfen. Die hergebrachten Strategien der juristischen Methodik versagen in einer zunehmend durch globalen und außerstaatlichen Normpluralismus geprägten Rechtsumwelt. Der Einbruch der Moderne mit all ihren Teilphänomenen ist auch im juristischen Methodendiskurs der Gegenwart unübersehbar und bislang nicht erkennbar bewältigt.

Und schon befindet man sich wieder inmitten rechtstheoretischer Fragestellungen, die sich mit den Bordmitteln einer auf nationale und staatliche Rechtssysteme zugeschnittenen juristischen Methodenlehre nicht mehr bewältigen lassen. Es bedarf einer vergleichenden Rechtswissenschaftstheorie, um übergreifende Strukturen der Normentstehung und Normanwendung herauszuarbeiten, die auch in transnationalen Soft Law-Regimes und internationalen Mehrebenensystemen anschlussfähig sind. Dabei hat man es mit einer genuin rechtstheoretischen Aufgabe zu tun, die auf der Grundlage eines internationalen Strukturvergleichs rechtswissenschaftlicher Herangehensweisen letztlich auf die Frage zielt, ob es so etwas wie global geteilte Grundannahmen von Rechtswissenschaft überhaupt gibt. Es steht zu vermuten, dass die Antwort darauf weit abseits von inhaltlichen Fragen der jeweiligen nationalen Rechtsdogmatiken zu suchen ist und stattdessen sprachliche, semantische und performative Strukturen rechtlicher Normentstehung in den Blick zu nehmen hat, die wiederum genuin philosophisches Terrain sind.

Beispielhaft kann auf die Entstehung der europarechtlichen Methodenlehre seit den 1980er Jahren verwiesen werden, deren Relevanz für sämtliche Bereiche einfachgesetzlicher Rechtsanwendung im nationa-

111 Das Common Law ist hier – bei aller rechtsvergleichenden Vorsicht – weiter; vgl. *Kischel*, Rechtsvergleichung (Fn. 17), 245 ff. (Rn. 4 ff.).

len Methodendenken spätestens seit den 1990er Jahren allgemein anerkannt ist.<sup>112</sup> Rechtstheoretisch bedeutsam ist diese Entwicklung, weil sie den hergebrachten Kanon der klassischen Auslegungs- und Rechtsfortbildungsmethoden mit zwingender Wirkung an seine Grenzen geführt und für die ganz anders strukturierten Diskurse des Unionsrechts geöffnet hat. Dies betrifft insbesondere die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, die eher an die Fallrechtspraxis des Common Law erinnert als an die Entscheidungspraxis deutscher Obergerichte. Zugespitzt lässt sich die These formulieren, dass durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs in den vergangenen Jahrzehnten ein neues Fallrechtssystem entstanden ist, das aufgrund seiner bindenden Wirkung jedenfalls mittelfristig auch im nationalen methodischen Kontext eine Neubewertung der Grundsatzfragen nach dem Rechtsquellencharakter richterlicher Präjudizien sowie nach dem notwendigen Wechselspiel von Grundsatz und Norm in der Rechtsfindung erzwingen wird. Entsprechende Ansätze der deutschsprachigen juristischen Methodenlehre, die bereits in den 1950er bis 1970er Jahren formuliert wurden, erhalten auf dieser Grundlage eine späte Bestätigung und legen aus heutiger Sicht eine Wiederaufnahme und Neubearbeitung nahe.<sup>113</sup>

Die Folgen der unionsrechtlichen Umwälzung der Methodenlehre reichen aber noch weiter. So sind die disziplinären Grenzen zwischen öffentlichem und privatem, nationalem und transnationalem Recht dadurch insgesamt in Bewegung geraten und haben rechtstheoretischen Diskursen einen Impuls in die Richtung rechtsquellentheoretischer Pluralisierung verliehen, der in früheren Jahrzehnten konzeptionell so nicht denkbar gewesen wäre. So galt es um 1960 bereits als methodisch progressiv, juristische Methodenfragen als Verfassungsfragen zu behandeln und damit die zu diesem Zeitpunkt noch ernsthaft verteidigte Annahme normativer Autonomie des Privatrechts gegenüber

112 Repräsentativ *Karl Riesenhuber* (Hrsg.), *Europäische Methodenlehre*, 3. Aufl. 2015; zum Ganzen näher *Auer*, *Berliner Republik* (Fn. 52), 128 ff. m.w.N.

113 Exemplarisch in diesem Sinne *Mehrdad Payandeh*, *Judikative Rechtserzeugung. Theorie, Dogmatik und Methodik der Wirkung von Präjudizien*, 2017.

dem Grundgesetz herauszufordern.<sup>114</sup> Inzwischen werfen Methodenfragen jedoch längst nicht mehr nur Verfassungsfragen, sondern vor dem Hintergrund rechtssystemübergreifender Pluralisierung ganz allgemeine Fragen nach der Möglichkeit textbasierter Sinnentstehung in multipolaren Normwelten auf.<sup>115</sup> An dieser Stelle mündet die Pluralisierung der juristischen Methodenlehre damit in den wissenschaftstheoretischen Horizont der Frage, was juristische Methodik als wissenschaftliches Erkenntnis- oder Praxisverfahren überhaupt leisten kann oder soll.<sup>116</sup>

### 3. *Recht und Textualität*

Die zuletzt gestellte Frage ist schließlich wiederum eine genuin philosophische Frage, die nicht ohne Auseinandersetzung mit den Bedingungen der Entstehung rechtlichen Sinns aus sprachlichen Zeichen zu beantworten ist. Eine bereits tangierte Fragestellung bezieht sich dabei auf die Art und Weise, in der soziale Kommunikation in Abhängigkeit von den ihr jeweils zur Verfügung stehenden Medien – von Oralität über Literalität bis hin zur noch vielfach unerschlossenen Digitalität – das Recht formt.<sup>117</sup> Die philosophische Grundproblematik, auf die man dabei stößt, ist jedoch für alle verschriftlichten Rechtssysteme zunächst dieselbe: Die Schriftlichkeit des Rechts impliziert nicht nur die Möglichkeit überzeitlicher und überpersönlicher Textfixierung und Textüberlieferung, sondern eröffnet notwendig eine semantische Differenz zwischen Geschriebenem und Gemeintem, Zeichen und Be-

114 Ausgangspunkt war das Lüth-Urteil BVerfGE 7, 198; dazu *Haferkamp*, AcP 214 (2014), 60, 78 ff.

115 Exemplarisch *Karl-Heinz Ladeur/Ino Augsberg*, „Der Buchstabe tötet, aber der Geist machet lebendig“? Zur Bedeutung des Gesetzesverständnisses der jüdischen Tradition für eine postmoderne Rechtstheorie, *Rechtstheorie* 40 (2009), 431 ff.; zum Ganzen näher *Auer*, ZEuP 2015, 773, 788 ff. m.w.N.

116 Ähnliche Ausgangsfrage bei *Reimer*, *Methodenlehre* (Fn. 20), 21 ff. (Rn. 1 ff.).

117 Dazu nur *Vesting*, *Rechtstheorie* (Fn. 6), 170 ff. (Rn. 280 ff.).

zeichnetem, *signifiant* und *signifié*, Schrift, Sinn und Sein.<sup>118</sup> Jede Methodenlehre, die sich ernsthaft mit der Sinnentstehung aus Rechtstexten befasst, muss sich in der einen oder anderen Weise zu dieser Differenz verhalten.

Das herkömmliche Modell der auf dem Gedanken der autoritativen Geltung staatlicher Gesetzestexte beruhenden kontinentaleuropäischen Methodenlehre besteht darin, diese Differenz durch den Vorrang autoritativer Normgeltung vor der Selbständigkeit des richterlichen oder administrativen Interpretationsakts aufzuheben. Grundlegend hierfür ist die Prämisse, dass der dem Legislativakt nachgelagerte Interpretationsakt lediglich die im Gesetzestext enthaltenen Intentionen des Gesetzgebers unter Anwendung hermeneutischer Sinnangleichungsverfahren nachvollzieht und das Gesetz insoweit lediglich auslegt oder sinnentsprechend fortbildet, ihm jedoch grundsätzlich keinen eigenständigen, unabhängigen Sinn hinzufügt. Richterliche Rechtsschöpfung ist im hergebrachten Methodenmodell allenfalls in Ausnahmefällen anders nicht behebbarer Rechtslücken akzeptabel, ansonsten jedoch dem erklärten Anspruch nach unzulässig.<sup>119</sup> Grundsätzlich dasselbe gilt insoweit – und dies unterstreicht die Universalität des zugrundeliegenden philosophischen Problems – auch für die nicht auf legislative, sondern auf judikative Quellentexte abstellende Methodentradition des Common Law.<sup>120</sup> Die „Lesbarkeit“ als hermeneutisch vermittelte Sinnzugänglichkeit autoritativer Rechtstexte wird letztlich von allen Methodenmodellen als notwendige und nicht weiter hinterfragbare Bedingung vorausgesetzt.

Bei genauerer Betrachtung lässt sich dieses Sinnentstehungsmodell indessen nicht halten. Fundamentale Kritik daran wurde bereits um die Wende zum 20. Jahrhundert von den freirechtlichen Kritikern des zeitgenössischen Gesetzespositivismus mit seinen teilweise utopischen Vollständigkeits- und Lückenlosigkeitspostulaten geübt. Bis heute

118 Linguistische Grundlagen und poststrukturalistische Kritik bei *Birnstiel*, Gesicht im Sand (Fn. 107), 49 ff., 115 ff.

119 Repräsentativ *Bernd Rütters/Christian Fischer/Axel Birk*, Rechtstheorie, 9. Aufl. 2016, 560 ff. (Rn. 936 ff.); *Larenz/Canaris*, Methodenlehre (Fn. 53), 232 ff.

120 Dazu nur *Kischel*, Rechtsvergleichung (Fn. 17), 255 ff. (Rn. 21 ff.).

kaum verstanden wird dabei, dass es insbesondere *Hermann Kantorowicz* entgegen dem, was mit dem Begriff „Freirecht“ meist assoziiert wird, gerade nicht darum ging, die richterliche Bindung an das Gesetz durch Betonung der eigenschöpferischen Qualität der richterlichen Interpretationsleistung in Abrede zu stellen. *Kantorowicz*' Freirechtslehre enthält vielmehr den Entwurf einer Rechtstheorie, der von der fundamentalen, letztlich unüberbrückbaren Bedeutung der Differenz zwischen Gesetz und Gesetzgeberwille ausgeht und damit bis heute den Finger in die Wunde solcher Methodenkonzeptionen legt, die sich dieser texttheoretischen Einsicht verschließen.<sup>121</sup> Nach *Kantorowicz* ist ein methodenehrliches Verständnis von Gesetzesbindung nur möglich, wenn man anerkennt, dass eine Rechtsfindung niemals allein auf der Autorität des Gesetzes, sondern stets auf einer autonomen Interpretationsleistung des Rechtsanwenders beruht und damit *notwendig* richterliche Rechtsschöpfung voraussetzt. Es ist gerade die *Achtung* vor der Gesetzesbindung, die es gebietet, jegliche rechtserzeugende Interpretation als autonome Rechtsschöpfung und nicht nur als gebundene Rechtsfortbildung oder Fortentwicklung der im Gesetz bereits angelegten autoritativen Wertentscheidung zu deuten.<sup>122</sup>

Bestätigung findet diese Grundthese des Freirechts in der seit einiger Zeit von der Rechtstheorie entdeckten oder wiederentdeckten Interpretationskultur des jüdischen Rechts, die seit Jahrhunderten auf dem Meinungspluralismus rabbinischer Interpreten aufbaut und in diesem „anarchischen“ Verständnis von Sinnstiftung durch divergierende, ja inkonsistente Interpretationsstandpunkte kein Defizit, sondern im Gegenteil eine vernunftbegründende Qualität erkennt.<sup>123</sup> Das jüdische Gesetzesverständnis lehrt, die richterliche Begründungsleistung als

121 Zum Ganzen ausführlich *Auer*, ZEuP 2015, 773 ff.; kritisch dazu, jedoch ohne neue Erkenntnisse zu *Kantorowicz Klaus F. Röhl*, Freirecht und rabbinische Interpretationskultur. Zu einer These von Marietta Auer, <http://www.rsozblog.de/tag/rabbinische-interpretationskultur> (zuletzt abgerufen am 20.11.2017).

122 So ausdrücklich *Hermann Kantorowicz*, Probleme der Strafrechtsvergleichung, MSchKrimPsych 4 (1907/8), 65, 76 f.; dazu *Auer*, ZEuP 2015, 773, 786 f.

123 Dazu etwa *Suzanne L. Stone*, In Pursuit of the Counter-Text. The Turn to the Jewish Legal Model in Contemporary American Legal Theory, 106 Harv. L. Rev. (1993), 813, 828 ff.; *Justus v. Daniels*, Religiöses Recht als Referenz. Jüdisches

notwendig eigenständiges, heteronomes normatives Datum zu begreifen, das sich vor den autoritativen Gesetzestext schiebt und diesen in einer fundamentalen Weise normativ unverfügbar macht. Irrationalität und Richterwillkür folgen nach diesem Modell nicht aus der Vielfalt diverser und methodisch unterschiedlich begründeter Rechtsstandpunkte, sondern vielmehr im Gegenteil aus dem Anspruch, für einen *bestimmten* Standpunkt die unmittelbare autoritative Legitimation der angeblich größten Gesetzesnähe in Anspruch zu nehmen. Dieser Anspruch ist jedoch unerfüllbar, da kein der allgemeinen interpretativen Vernunft anheimgegebener Gesetzestext divergierende Interpretationen ausschließen oder deren interpretatorische Qualität unmittelbar autoritativ beglaubigen kann. Das entscheidende Element rechtlicher Bedeutungsentstehung ist nicht der autoritative Gesetzestext, sondern der von diesem unabhängige, normativ eigenständige Lese- und Interpretationsvorgang; die Autorität des Gesetzes ist selbst dann, wenn sie zentraler methodischer Bezugspunkt rechtsanwendender Interpretation ist, radikal *abwesend*.<sup>124</sup>

Mit *Robert M. Cover* lässt sich diese Einsicht noch dahingehend erweitern, dass sich der Begriff des Rechts und die Entstehung rechtlicher Bedeutung überhaupt nur angemessen verstehen lassen, indem man sich vom hergebrachten staatszentrierten Verständnis des Rechtsbegriffs löst und akzeptiert, dass staatliches Recht stets nur einen kleinen Teil des *Nomos* oder „normativen Universums“ ausmacht, das sämtliche Bereiche sozialer Sinnstiftung zwischen Menschen umfasst, zu denen neben dem Rechtssystem stets auch vielfältige andere normative Sinnsphären kultureller, religiöser, familiärer oder konventioneller Prägung gehören.<sup>125</sup> *Cover* begreift die gesamte sozial erfahrbare Welt als normgeprägt, durch ihren *Nomos* zusammengehalten und

Recht im rechtswissenschaftlichen Vergleich, 2009, 129 ff.; zum Ganzen *Auer*, ZEuP 2015, 773, 789 ff.

124 *Auer*, ZEuP 2015, 773, 794 f. m.w.N.

125 Grundlegend *Robert M. Cover*, The Supreme Court 1982 Term. Foreword: Nomos and Narrative, 97 Harv. L. Rev. (1983), 4 ff.; dazu *Stone*, 106 Harv. L. Rev. (1993), 813, 823 ff.; v. *Daniels*, Religiöses Recht (Fn. 123), 195 ff.; *Auer*, ZEuP 2015, 773, 795 ff.

in allen Bereichen nur durch Interpretation bzw. Narrative verständlich und vermittelbar – man könnte dies das interpretatorische *a priori* der menschlichen Existenz nennen.

Interessant wird es nun, wenn man beide Erkenntnisse – also die texttheoretische Einsicht in die Differenz von Zeichen und Sinn und das zuletzt beschriebene interpretatorische *a priori* Robert Covers – zusammennimmt und dabei wieder auf harten philosophischen Untergrund stößt. Wenn Jacques Derridas Vermutung zutrifft, dass die Illusion der Präsenz von unmittelbar zugänglichem Sinn in der Schrift nicht ohne Bezug zur spezifisch abendländischen, phonetischen Schriftkultur gesehen werden kann, in der sich durch die imaginierte Einheit von Stimme, Schrift und Sein der Logozentrismus der abendländischen Metaphysik fortschreibt,<sup>126</sup> ist man auch in der Rechtstheorie wieder zurückgeworfen auf diesen letztlich partikulären Rahmen der abendländischen Metaphysik, der die gesamte westliche Kultur prägt. Und damit gelangt man wieder zum interpretatorischen *a priori* der westlichen Moderne und der Frage nach dem konkreten So-Sein von rechtlichem Sinn in *dieser* Gesellschaft, die sich wie bereits ausgeführt zwar unter Verdrängung ihrer metaphysischen Prämissen beantworten lässt, sich von diesen dadurch aber keineswegs befreien kann:

„Daß der Zugang zum geschriebenen Zeichen die geheiligte Macht gewährt, die Existenz in der Spur fort dauern und die allgemeine Struktur des Universums erkennen zu lassen; daß der ganze Klerus, ob er über politische Macht verfügte oder nicht, zur gleichen Zeit entstand wie die Schrift und sich mit Hilfe der in der Schrift angelegten Herrschaft durchsetzen konnte; daß die Strategie, die Ballistik, die Diplomatie, die Agrikultur, das Steuerwesen und das Strafrecht in ihrer Geschichte und ihrer Struktur an die Herausbildung der Schrift gebunden sind; daß der der Schrift zugeschriebene Ursprung in den verschiedenartigsten Kulturen nach immer analogen Schemata oder Ketten von Mythen verlief, und daß dieser Ursprung in sehr komplexer, aber dennoch geregelter Weise mit der Aufteilung der politischen Gewalt und der Struktur der Familie verknüpft war; daß die Möglichkeit zur Kapitalisierung und für die politisch-administrative Organisation immer über die Hand der Schreiber verlief, welche zahlreiche Kriege ins Rollen

126 Dazu instruktiv *Birnstiel*, Gesicht im Sand (Fn. 107), 124 ff.

brachte und die in ihrer Funktion nie beschnitten werden konnte, wie auch immer der Vorbeimarsch der Delegation sich gestaltete, in denen man sie am Werke sah; daß durch die Verschiebungen (*décalages*), die Ungleichmäßigkeiten der Entwicklung, das Spiel von Beharrlichkeiten, Verzögerungen, Weitschweifigkeiten usw. hindurch der enge Zusammenhang zwischen dem ideologischen, religiösen und wissenschaftlich-technischen System und den Schriftsystemen ungebrochen fortbesteht – Schriftsystemen, die folglich immer mehr und zugleich etwas anderes waren als bloße ‚Kommunikationsmittel‘ oder Vehikel des Signifikats; daß gerade der Sinn der Macht und der Effizienz im allgemeinen, der als solcher, das heißt als Sinn und (idealisiert) als Herrschaft nur zusammen mit der sogenannten ‚symbolischen Gewalt‘ in Erscheinung treten konnte, immer an die Verfügung über die Schrift gebunden war; daß die monetäre und vormonetäre Ökonomie und die schriftliche Berechnung gleich-ursprünglich sind; daß es ohne die Möglichkeit der Spur [...] kein Recht gibt – all das verweist auf eine gemeinsame und radikale Möglichkeit, die als solche von keiner Einzelwissenschaft und keiner abstrakten Disziplin gedacht werden kann.“<sup>127</sup>

Womit der Kreis zum Ausgangspunkt geschlossen wäre.

127 *Derrida*, *Grammatologie* (Fn. 58), 168 f.

