

Erschienen in Festschrift für Ernst Kramer, Privatrecht und Methode, 2004, S. 161 bis 167
8. Februar 2004

Diskurs mit Ernst – Normstabilität ohne Fixpunkt

"Am Anfang war der Logos."

JOHANNES, 1,1, Ende 1. Jhdt.n.Chr.

"Gib mir einen Fixpunkt und ich hebe die Welt aus den Angeln!"

„Störe nicht meine Kreise!“

ARCHIMEDES VON SYRAKUS, 3. Jhdt.v.Chr.

"... ,zum anderen scheidet eine völlige gesetzliche Bindung der Juristischen Methodenlehre geradezu rechtslogisch daran, dass die angesprochenen Interpretationsnormen ihrerseits auch interpretationsbedürftig sind."

ERNST A. KRAMER, Juristische Methodenlehre, Ende 20. Jhdt.n.Chr.

Diskurs, Lieber Herr Kramer,

ist ein Thema, das sich für eine Festschrift besonders gut eignet. Denn beim Schreiben eines Festschriftenbeitrages hat man ja stets die Person des Jubilars vor dem geistigen Auge. Jedenfalls geht es mir so. Und ich vermute, dass meine subjektive Wahrnehmung kein Unikat ist, sondern subjektive Artikulation eines überindividuellen Phänomens darstellt, konkret eben eines Diskurses verschiedener Personen, welche eines verbindet, nämlich ihre persönliche Beziehung zum Jubilar und gemeinsame fachliche Interessen. Jedenfalls will ich hier nicht einfach einen Aufsatz *über* Diskursivität verfassen, sondern

mit Ihnen, lieber Herr Kramer, einen Diskurs *führen*. Dass dies hier in Schriftform geschieht und dass Dritte (die Leser dieser Festschrift) daran teilnehmen, soll uns beide nicht stören.

Dies umso weniger, als neuere linguistische Theorien (nicht nur vertreten durch den umstrittenen NOAM CHOMSKY) bei einem Diskurs nicht so sehr von den Personen ausgehen, welche sich zusammentun, um – als Subjekte – einen Diskurs zu führen, zum Beispiel eine Festschrift zu verfassen (dieses Verdienst gehört ja ohnehin nicht den Autoren als vielmehr den initiativen Herausgebern), sondern vom Phänomen eines Diskurses, der sich „seine“ Personen – gleichsam als Objekte – sucht; von einem Thema, das sich „seine“ Artikulierer, unter Umständen gar von einer Kontroverse, die sich „ihre“ Kontrahenten sucht.

Gerade die Kontroverse ist nicht selten Anlass, die Diskursivität der eigenen Grundanlage zu vergessen. Bei Kontroversen hört bekanntlich der „Spas“ des unverbindlichen Diskursiven auf und es hält der "Ernst" des Verbindlich-Objektiven, des Wahren und Richtigen Einzug*. Ich weiss nicht, wie es hierbei Ihnen ergeht, Herr Kramer, aber mir kommt bei diesem Thema stets das in den Sinn, was ja auch schon Anderen in den Sinn gekommen ist, nämlich dass der Krieg (oder allgemeiner eben: die Kontroverse) der Vater aller Dinge sei; in dem Sinn nämlich, dass sich subjektives Wahrnehmen, überhaupt subjektives Empfinden, Subjektivität, ja letztlich „Person“ nur im Gegensatz zu einer anderen, ihrerseits so definierten Person verstehen lässt.

Jedenfalls will ich nun versuchen, den "Gegenstand" des Diskurses ernst zu nehmen und gleichwohl das Diskursive der Übungsanlage zu erkennen. Und da dies im Festschriften-Diskurs mit Ihnen, Herr Kramer, geschieht, sei es im doppelten Sinn „Diskurs mit Ernst“.

* Das Wahre und Richtige findet sich denn auch regelmässig belegt in Fussnoten. Sie sind die Fixpunkte ausserhalb des Diskursiven, die letzteres stabilisieren, ja die letztlich wohl überhaupt den Diskurs als „wissenschaftlichen“ erst zulassen. Wenn ich hier nun den Diskurs *führen*, und ihn nicht *abhandeln* will, so verzichte ich auf weitere Fussnoten.

Stabilität durch normativen Fixpunkt

Das eben angesprochene Spannungsverhältnis zwischen diskursiver Thematisierung einerseits und dem "Gegenstand" des Diskurses andererseits findet sich wieder als zentrale Problemstellung der rechtlichen Methodenlehre, ja letztlich von Recht überhaupt: Gibt es die Stabilität des normativen Fixpunktes (über den man allenfalls streiten kann), oder befinden wir uns in einer Übungsanlage, die rein in ihrer kontrovers-diskursiven Phänomenologie funktioniert (und höchstens *hieraus* Stabilität erlangen kann)? Wenn ich dies richtig sehe, Herr Kramer, würde ich dieses Stabilitätsdilemma wie folgt in die Geschichte der rechtlichen Methode einordnen:

- Die gemeinhin betonte Leistung des römischen Rechts bis hin zur Klassik liegt in der Entwicklung von privatrechtlichen Institutionen, des rechtlichen Denkens mit Relevanz auch für andere Rechtsgebiete, namentlich des Staats- und Völkerrechts. In methodischer Hinsicht – und dies interessiert hier – lässt sich dabei eine Entwicklung *aus den gesellschaftlichen Realien heraus* feststellen, etwa aus der "Gesellschaftsordnung" des pater familias, speziell aber auch aus der Gerichtspraxis, aus Elementen mithin, die erst im *Ergebnis* zu dogmatischen Gebilden und insofern zu Gesetzmässigkeiten "ausserhalb" der Realien geführt haben. *Soweit* sich daraus schliesslich eigenständige Strukturen bis hin zu einem eigentlichen „Rechtskörper“ entwickelt haben, der dann im Mittelalter als solcher wiederentdeckt worden ist, so war dieser von seiner Entstehung her allemal ein Produkt aus den Realien der gesellschaftsimmanenten Konflikte. Und mochte dem im Mittelalter entdeckten „Rechtskörper“ zunächst die Bedeutung eines in sich konsistenten, gleichsam abstrahierten, normativen Fixpunktes beigegeben worden sein, so lag seine *Basis* historisch im Diskurs; nicht so sehr (zumindest in der Vorklassik) im Diskurs der Gelehrten, sondern im Diskurs der im Streit liegenden kollidierenden Interessen. Also: *Zuerst* Diskurs – *dann* Fixpunkt.
- Genau umgekehrt gestaltet sich die Rezeptionsgeschichte, eigentlich bis heute: *Zuerst* Fixpunkt – *dann* Diskurs. *Zuerst* absolute normative Bezugsgrösse, die sich dann erst bei näherer Betrachtung beziehungsweise beim Hineinziehen in reflektierenden Diskurs mehr und mehr relativiert. Und gerät der Fixpunkt so ins Wanken, wird er als-

bald durch neue absolute Fixpunkte ersetzt (denen dann allerdings ihrerseits dieselbe Relativierung widerfährt):

Bereits erwähnt wurde das im Mittelalter wiederentdeckte römische Recht, das als solches bewundert und zunächst gleichsam von aussen auf die gesellschaftlichen Gegebenheiten der städtischen Partikularrechte appliziert wurde, eher als Fremdkörper denn aus Bewährung im gerichtlichen Alltag. Erst seine zweite Entdeckung in den Realien des historisch Gegebenen liess es praktisch bedeutsam werden – und gleichzeitig seine Absolutheit verlieren: die historische Rechtsschule des 19. Jahrhunderts.

- Dem vorausgegangen war der im Mittelalter stark ausgeprägte absolute Fixpunkt des göttlichen Gesetzes : „*Am Anfang* war der Logos.“ Allerdings trug dieses durch seine Verwebung mit virtuoser und der eigenen Zeit vorausseilender Rationalisierung (etwa des Aquinaten) den Keim seiner Relativierung schon in sich: Das göttliche Naturrecht (welch widersprüchliche Wortkombination!) wich alsbald dem Naturrecht per se, dem Naturrecht aus sich selbst, aus der Vernunft. Und die Vernunft – wir überspringen ihre juristische Hochblüte entsprechender Kodifikationen aufgeklärter europäischer Staaten – wurde spätestens um die Wende vom 19. zum 20. Jahrhundert, zu Beginn der Postmoderne, als "prosaisch" erkannt. Sicher kennen Sie, lieber Herr Kramer, jene Stelle aus dem Roman „*Effi Briest*“ des sogenannten Realisten Fontane.
- Bis dahin hatte sich herumgesprochen, dass die Stabilität des Absoluten möglicherweise ein gewisses Grundproblem in sich selbst trägt, eine Gesichtspunkt, der insbesondere im Bereich des Rechts nicht leicht hinzunehmen ist; dies bekanntlich eines der Elemente, die zum Postulat der nationalen Gesamtgesetzbücher führten. Zumal die neu gebildeten Nationalstaaten ihrerseits die demokratische Legitimation zum Erlass der Kodices hergaben, lag die Antwort ihrer Verbindlichkeit nicht primär in inhaltlicher Richtigkeit als vielmehr in ihrem formgerechten Erlass begründet. Rechtsmethodologisch – nicht staatsphilosophisch – heisst dies bekanntlich „Gesetzespositivismus“: Das Absolute hatte sich nach dem Verlust des Göttlichen, des "Natürlichen", der Vernunft trotzig im „Positiven“ niedergelassen.

Allerdings meldet sich auch hier alsbald das Relativierende, sei es in der Freirechtsschule, in der Interessenjurisprudenz, welche die per se-Verbindlichkeit des formellen

Gesetzes immer wieder in Frage stellt; sei es dann aber vor allem auch die durch drei europäische Terrorregime im 20. Jahrhundert entfachten Debatten über Gesetz, Recht und Gerechtigkeit. Sie brachten zwar wiederum sehr prononcierte Argumente zugunsten einer gesetzespositivistischen Optik; nun aber im Bewusstsein um ihre Relativität, ja teilweise gar ihre Fiktions-Qualität, und konsequenterweise nicht mit dem Argument ihrer Richtigkeit, sondern aus Gründen pragmatischer Erfahrung und mit dem Ziel einer gewissen Zweckstabilität (H.L.S. HART, KELSEN, aber auch RADBRUCH).

Bis heute, so würde ich sagen, bemüht sich das Recht, eine gewisse Stabilität zu erreichen, indem es sich an „etwas“ hält, indem es – zumindest vom gedanklichen Approach her – einen Fixpunkt annimmt, extrapoliert, ja unter Umständen gar fingiert. Und selbst das Wissen um eine solche Fiktion und damit um das Fehlen von Objektivität hindert die Methodenlehre nicht daran, mit der Kategorie des Fixpunktes zu operieren.

Zirkularität statt Fixpunkt

Auch wenn das Fixpunkt-Paradigma des Rechts zunehmend pragmatisch, nicht mehr nur objektivistisch verstanden wurde und wird, so musste die andauernde Spannungsbeziehung früher oder später zu einer viel grundsätzlicheren Hinterfragung von Normstabilität führen: Nicht zufällig fällt der Erlass der nationalen Gesetzbücher um die Wende vom 19. zum 20. Jahrhundert zusammen mit einem fundamentalphilosophischen Paradigmawechsel, den man als Übergang von aufklärerisch-modernem Wahrheitsstreben zu postmoderner Phänomenologie nennen könnte. Was im Werk HUSSERLS erwachte, durch HEIDEGGER tief und breit artikuliert, durch GADAMER differenziert wurde, fand sich auch im juristischen Diskurs von ESSERS "Vorverständnis und Methodenwahl": nämlich die fundamentale Zirkularität allen Argumentierens, Erkennens, ja Denkens; und daraus die Haltung, nicht diesen Circulus, sondern, wenn schon, den vermeintlichen *Fixpunkt* als „viciosus“ zu bezeichnen.

ESSERS Zirkularität der juristischen Hermeneutik – und ich glaube, genau dies gefällt auch Ihnen, Herr Kramer, an ihm – will das Recht keineswegs aus den Angeln heben; im Gegenteil: Er will es stabilisieren, indem er es zwischen zwei gefährlichen Klippen ky-

bernetisch hindurch manövriert: Auf der einen Seite die ausserrechtliche Ideologie etwa des Machtstaates – auf der anderen Seite aber auch das durchdogmatisierte, vermeintlich in sich ruhende Recht, dessen Gefährlichkeit darin liegt, sich in bornierter Eigenschau von seiner Aufgabenstellung der Wirklichkeitsbeeinflussung loszulösen und gerade dadurch wiederum zum Spielball des Machtstaats zu werden.

Die Klippe des Machtstaats will ich hier nicht thematisieren (obwohl die Frage durchaus aktuell ist), wohl aber im Rahmen dieses methodologischen Diskurses die andere Klippe, jene des in sich ruhenden Rechts. Sie erfährt derzeit – auch in der Schweiz – eine Aktualisierung, die einigen der betreffenden Diskursteilnehmer vielleicht nicht einmal bewusst ist: Ich denke – wie kann es in einer Festschrift für Sie, Herr Kramer, anders sein – an die Thematik der teleologischen Reduktion. Mit Ihrer differenzierten, aber gleichwohl unbeschwerten Befürwortung der teleologischen Reduktion helfen Sie der schweizerischen Methodenlehre, Distanz zu gewinnen zu jener Klippe des juristischen Fixpunktes, der sich in diesem Kontext "Gesetz" (oder differenzierter „subjektiv-historisches Verständnis des Gesetzes“) nennt. Damit ziehen Sie – noch immer! – den Widerspruch Jener auf sich, die das formell gültige Gesetz als den Fixpunkt schlechthin befürworten oder ihn zumindest idealtypisch postulieren. Und bezeichnenderweise bezeichnen sie die teleologische Reduktion als "trojanisches Pferd" – ein verfängliches Bild: Wie wenn das Recht festgemauert und mit Schutzwällen umgeben wäre; da gefällt mir das Bild des Schiffes besser, das – speziell bei Turbulenzen – sich an der Klippe des Gesetzes zwar orientieren, aber ihm nicht all zu nahe kommen sollte.

Fanden Sie es, Herr Kramer, auch so wohltuend, dass die ZSR kürzlich einem Philosophen und Theologen die Gelegenheit gab, aus interdisziplinärer Distanz den Juristen etwas mehr Kybernetik zu empfehlen? Das Bild der Kybernetik gefällt Ihnen wahrscheinlich gut, mir jedenfalls auch. Und doch, unter dem Gesichtspunkt von Stabilität haben wir damit zunächst erst etwas *nicht* erreicht, nämlich dass sie sich nicht von etwas Fixem ableiten lässt. Wovon dann aber sonst?

Stabilität *durch* Zirkularität?

Warum ich Ihren eingangs zitierten Satz, Herr Kramer, dem archimedischen Fixpunkt gegenüber gestellt habe? Archimedes tönt – wenn man so will – etwas von oben herab auf die Welt, belächelt sie fast ob ihrer Instabilität: Braucht es doch so wenig wie einen kleinen Fixpunkt, und schon ist sie aus den Angeln gehoben! Demgegenüber aus Ihrer Methodenlehre die nüchterne Umschreibung der Übungsanlage, wonach man offensichtlich ohne Fixpunkte auszukommen hat; nicht um sich über das Fixpunktdenken zu empören oder zu amüsieren, sondern um sich interessiert der zirkulären Aufgabe zu stellen. Und in ihr – so wahrscheinlich unser beider Überzeugung – wird sich kybernetische *Stabilität* ergeben.

Im Ergebnis wird sich an die Adresse von Archimedes folgern lassen: Weil es einen Fixpunkt *nicht* gibt (siehe oben), ist die Welt so stabil. Ihre vermeintlich fragile Zirkularität macht ihre Stabilität aus. Indem Zirkularität nicht durch Fixpunkte gestört wird, kann sie ihre eigene Stabilität entfalten – „Störe nicht meine Kreise!“

Natürlich ist die Stabilität der Zirkularität eine andere als jene des Fixpunktes. Es kann nicht darum gehen – um nochmals das Beispiel des Gesetzeswortlauts und seiner teleologischen Reduktion zu nehmen – ihn durch das „objektiv-geltungszeitliche Verständnis des Gesetzes“ zu ersetzen, das dann seinerseits wieder aufgrund eines möglichst messbaren Kriterienkatalogs eingefangen werden soll. Dies würde bloss den einen durch einen anderen Fixpunkt ersetzen. Möglicherweise, sehr geehrter Herr Kramer, würden Sie dies trotzdem befürworten. Ich würde es eher ablehnen, und zwar aus der Überlegung heraus, dass ein Gesetz, dessen Bedeutung sich den aktuellen Bedürfnissen anpasst, gar nicht mehr ins Paradigma der erlassenen Norm passt. Wir könnten uns vielleicht finden, wenn wir diese Norm nicht „Gesetz“, sondern "Gesetzmässigkeit" nennen. Das gibt ihr eine andere Qualität; nicht mehr eine solche aus der dualistischen Abgrenzung des Sollens gegenüber dem Sein, sondern eine solche *der in den Verhältnissen der Gesellschaft als Phänomen feststellbaren Gesetzmässigkeit*.

Angesichts einer solchen Optik – sollten wir sie denn in unserem Diskurs gemeinsam einnehmen – würden Sie die Aufgabe des Methodologen möglicherweise *innerhalb* dieses Phänomens sehen, wenn auch im Wissen um die umfassende Übungsanlage. Dies hät-

te dann wohl eine gewisse selbst auferlegte Zurückhaltung zur Folge; gleichsam aus der Logik, dass sich Rechtsmethodologie als Teil des *Rechts*-Systems versteht und innerhalb derselben die ihm zuerkannte Rolle spielt. Dazu wird gehören, im Ritual des Umgangs mit der Anwendung von Gesetzen deren Gültigkeit vorauszusetzen, auch wenn dann im Rahmen ihrer gedanklichen Durchdringung gewisse Freiheiten erlaubt sind, wie etwa jene der teleologischen Reduktion.

Demgegenüber würde es mich reizen, die Rolle der Methodologie – vielleicht würde man dann eher von *Rechts-Theorie* sprechen – *ausserhalb* jenes Phänomens der Gesetzmässigkeit zu sehen. Recht versteht sich dann eher als Human-Ethologie denn als Geisteswissenschaft, eher als Spezialgebiet der Primatologie denn als Human-Sozialwissenschaft. Dabei ist mir sehr wohl bewusst, dass auch diese Reflexion "von aussen" ihrerseits Teil einer erkenntnistheoretischen Zirkularität bildet, insofern also ebenfalls eine ihr zuerkannte Rolle spielt. Jedenfalls würde der Umgang mit der Anwendung von Gesetzen nicht deren Gültigkeit voraussetzen, sondern das formell erlassene Gesetz zunächst rein als „realistisches Rechtsfindungselement“ nebst anderen behandeln, allenfalls auch das Ritual der Gültigkeitsannahme seinerseits als Realie miteinbeziehen, um dem Gesetz schliesslich jene „Gültigkeit“ zu geben, die dabei eben herauskommt. Gültig, stabil, fix ist nicht die Ausgangslage, sondern das Ergebnis – insofern wiederum: *Zuerst* Diskurs – *dann* Stabilität. Oder auch: Stabilität *aus* dem zirkulären Diskurs heraus.

Vielleicht, lieber Herr Kramer,

ergibt sich die Möglichkeit, dass ich diesen mit Ihnen vor meinem geistigen Auge geführten Diskurs in „Wirklichkeit“ weiterführen darf. Ich würde mich freuen. Allerdings: neuere "neurophilosophische" Theorien (MATURANA/VARELA; GERHARD ROTH) unterscheiden das geistige Auge vom „wirklichen“ Auge nicht wirklich ...