

## 2. Recht ist sprachgebunden

Recht ist eine eigene Welt und diese ein Produkt der Sprache.<sup>1</sup> Zunächst mündlich überliefert,<sup>2</sup> später in Gesetzestexten – anfangs in lateinischer, danach der Umgangssprache – niedergelegt, geht Recht heute aus parlamentarischen Beratungen hervor, wird dort beschlossen und danach verkündet. Das aus dem Italienischen kommende „parlare“ bedeutet sprechen: Das Parlament, ein Ort und Hort der Beredsamkeit, das Recht erzeugt!

Alles Recht unterliegt der Auslegung, die den Sprachsinne von Normsätzen erschließt.<sup>3</sup> Dies ist schwierig, wie Karl Kraus bemerkte: „Je näher man ein Wort ansieht, desto ferner sieht es zurück“.<sup>4</sup> Verfehlt die Auslegung „den semantischen Gehalt des Gesagten, hat sie keinen Bestand. Jede Auslegung muss die von der Sprache gezogenen Grenzen einhalten“.<sup>5</sup> Das schlechthin „Unsägliche“ ist evident Unrecht, weil Rechtssätze den Sprachformen folgen müssen.

Recht muss allgemein bekannt und öffentlich zugänglich sein. Der Sozialversicherungsrechtler Franz Kafka macht auf die aus fehlender Bekanntheit technisch gewordenen Rechts rührenden Gefahren aufmerksam: „Unsere Gesetze sind nicht allgemein bekannt, sie sind Geheimnis der kleinen Adelsgruppe, welche uns beherrscht. Wir sind davon überzeugt, dass diese alten Gesetze genau eingehalten werden, aber es ist doch etwas äußerst Quälendes, nach Gesetzen beherrscht zu werden, die niemand kennt“.<sup>6</sup> Wie kann Recht je wirken, wenn über es nicht öffentlich geredet wird?

Recht wird nicht nur in Gesetzen durch Sprache geschaffen. Auch Verträge werden mündlich oder schriftlich geschlossen und durch Erklärung gekündigt. Klagen werden durch die Klageschrift erhoben und vom Gericht durch Urteil beschieden – Sprechakte, die bewusst machen: Es bestehen „Teile der wirklichen Welt, objektive Tatsachen in der Welt, die Tatsache

---

1 Arthur Kaufmann, Grundprobleme der Rechtsphilosophie. Eine Einführung in das rechtsphilosophische Denken, München 1994, 94 ff.; Ernst Forsthoff, Recht und Sprache, Halle 1940, 1 f., 4 f., 8 f.

2 Heinrich Triepel, Vom Stil des Rechts, Heidelberg 1947 (Neudruck Berlin 2007), 127; dabei spielten „Wortzauber“ und „Zauberworte“ anfangs eine zentrale Rolle; dazu Karl S. Bader, Rechtssprache und Rechtskultur, ZSR N.F. 1963, 105, 109.

3 Karl Engisch, Einführung in das juristische Denken, Stuttgart 1971 (5. Aufl.) behandelt als dessen einzigen Gegenstand die Auslegung des Rechts- = Gesetzessatzes.

4 Karl Kraus, Über die Sprache, Frankfurt/Main 1977, 11.

5 Josef Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Frankfurt/Main 1970, 104.

6 Franz Kafka, Zur Frage der Gesetze, Sämtliche Erzählungen, Frankfurt am Main 1987, 314.

nur kraft menschlicher Übereinkunft sind“.<sup>7</sup> Sie heißen „institutionelle Tatsachen“,<sup>8</sup> weil sie aus Institutionen hervorgehen, auf diese verweisen und in ihnen nur ihren Sinn finden.

Deswegen haben auch Recht und Rhetorik eine gemeinsame Basis.<sup>9</sup> Bei Kant<sup>10</sup> wird zwar das ethische vom ästhetischen Urteil unterschieden. Aber dies steht gegen eine Tradition, die *bonté* und *beauté*<sup>11</sup> – das Gute und Schöne – in eins setzt. Sie wird bei Friedrich Schiller<sup>12</sup> in die Worte gefasst: „Nur durch das Morgentor des Schönen/Drangst du in der Erkenntnis Land.“ Beide handeln von der „Wirkungsintentionalität von Sprache“ –, wie es Walter Jens für die Rhetorik formulierte und damit deren Gegenstand umschrieb.<sup>13</sup> Auch das Recht handelt davon, wie mit Worten Dinge gemacht werden – *how to do things with words*.<sup>14</sup>

Darum geht es auch der Rhetorik als der Lehre vom begründenden Reden.<sup>15</sup> Rhetorik bezeichnet nicht die Fähigkeit, möglichst gefällig zu reden, um beim Publikum an-, eben gut rüberzukommen. Sie beschäftigt

---

7 John R. Searle, *Die Konstruktion der gesellschaftlichen Wirklichkeit. Zur Ontologie sozialer Tatsachen*, Berlin 2011, 10 ff.

8 Ebd., 39 ff.

9 James Boyd White, *Law as Rhetoric, Rhetoric as Law: The Arts of Cultural and Communal Life*, 52 (1985) *The University of Chicago law review*, 684; vgl. ferner Walter Jens, *Rhetorik*, in Kohl-schmidt (Hg.) *Reallexikon der deutschen Literaturgeschichte*, Berlin 1977 (2. Aufl.), 432, 440: die Rhetorik war danach ursprünglich aus der Juristerei hervorgegangen.

10 Immanuel Kant, *Kritik der Urteilskraft*, Hamburg 2009. Er unterscheidet in VII die Fragen der ästhetischen Urteilskraft und bestimmt sie als solche von Lust und Geschmack (über den sich vorgeblich nicht streiten lässt) und der teleologischen Urteilskraft als diejenigen von Vernunft und Verstand – mithin der reflektierenden Urteilskraft; dabei sind nach IX Fragen nach den Naturzusammenhängen dem Verstand und Fragen des Zwecks (*telos*) der Vernunft zuzuordnen.

11 Triepel, Anm. 2, 28.

12 Friedrich Schiller, *Die Künstler*, in *Schillers Sämtliche Werke*, Erster Band, 1879, 55.

13 Jens, Anm. 9, definiert diese als intentionale, auf reale Wirkung und nicht auf die Beförderung der Schönheit abzielende Disziplin (433); darin bestimmt er die Überzeugungsbildung als eine Mischung aus Belehrung und Affekt; Rhetorik steht danach im Dienst der Aufklärung und zu dieser nicht im Gegensatz (436); Øivind Andersen, *Im Garten der Rhetorik. Die Kunst der Rede in der Rhetorik*, Darmstadt, 2001.

14 John L. Austin, *How to do things with words: the William James Lectures delivered at Harvard University in 1955*, (2nd ed.) Cambridge 1975; darin legt er dar, dass die Sprache nicht nur eine feststellende, sondern weitere Funktionen erfüllt; die Sätze sind daher nicht nur wahr und falsch, sondern auch wirksam oder unwirksam. Solche Sätze nennt er „performative sentences“ (6), „in which to say something is to do something“ (109). Zu solchen Sätzen zählen neben den im Rahmen des Rechts vorkommenden – Bevollmächtigung, Vertragsschluss, Gesetzesbeschluss – auch die in der Alltagswelt geläufigen Sätze der Entschuldigung oder Warnung, die nicht auf die wahr- oder falsch-Alternative zu reduzieren sind, dazu Eike von Savigny, *Die Philosophie der normalen Sprache*, Frankfurt/Main 1974, 127 ff.; John R. Searle, *Sprechakte, Ein sprachphilosophischer Essay*, Frankfurt/Main 1971, 84 ff.

15 Viehweg, *Jb Rechtss/RTh Bd. 2* (1971), 439.

die Wirkungen der Rede auf Zuhörer: wie sie das Gegenwärtige durch Emphase vergegenwärtigt und das Offensichtliche an- und damit einsichtig macht.<sup>16</sup> Rechtliche Begründungen bezwecken dasselbe: Recht ist also „von seinen Anfängen her Sprache“:<sup>17</sup> Alles Recht ist deshalb in und durch Sprache; beide gehören untrennbar zusammen.

---

16 Chaim Perelman, *Das Reich der Rhetorik: Rhetorik und Argumentation*, München 1980; Bader, ZSR N.F. 1963, 105, 107; Großfeld, *Sprache und Recht*, JZ 1984, 1, 3.

17 Boesch, *Neue Zürcher Zeitung* v. 30.3.1958 Nr. 923/4.

### 3. Rechtsprechung und über das Recht reden

Wer über das Recht redet, kann zur Rechtsprechung nicht schweigen. Gerichtliche Entscheidungen sind Sprechakte. Sie bauen auf den durch die Parteien gegebenen Darstellungen der durch das Gericht zu beurteilenden Begebenheiten auf. Aus solchen Schilderungen erschließt das Gericht die Wirklichkeit als den Tatbestand, den es sodann rechtlich würdigt. Das Gerichtsverfahren – *procès verbal* – ist ein „Gefecht der Worte“.<sup>18</sup> Weil die Wahrheit dem Gericht nicht zugänglich ist, stützt es sich auf das Vorbringen der Parteien, die darin ihre subjektive Sicht auf die zu beurteilenden Begebenheiten und das Recht darlegen.<sup>19</sup> Die Gerichte müssen den Beteiligten vor der Entscheidung rechtliches Gehör gewähren. Die Wirksamkeit des Urteilspruchs steht und fällt mit dessen Begründung. Im Strafprozess hat der Angeklagte das letzte Wort. Das BVerfG<sup>20</sup> nimmt dieses auch für das GG in Anspruch, freilich in einem anderen Sinne als der Angeklagte im Strafprozess.

Das Gericht darf das im Gesetz niedergelegte Recht nicht als unklar, dunkel oder unverständlich ansehen und sich über das Gesetz erheben. Daher bestimmt Art. 4 Code Civil: „Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.“<sup>21</sup>

Nach Arthur Kaufmann sind bei der Gesetzesdeutung „Wort und Gedanke, Wort und Bedeutung nicht zu trennen“.<sup>22</sup> Josef Esser sieht ein Urteil als gelungen an, wenn „der als richtig erkannte Lösungsgedanke ... einen verbindlichen Ausdruck erhalten hat. In der Sprache, d. h. der Mitteilung von einsichtbaren Gründen, liegt denn auch die Überwindung der Subjektivität und der Gefahr der Willkür im Ordnungsakt – vorausgesetzt, dass die Sprache redlich ist“.<sup>23</sup> Rechtsprechung zeigt, dass Recht nicht in und aus abstrakten Normsätzen besteht, die offenlassen, was aus ihnen konkret folgt. Alles Recht ist stets konkret. Es stützt sich auf Gründe, die vor dem zu beurteilenden Sachverhalt sowie dem Gesetz und Recht bestehen müssen. Die Entscheidungen der Gerichte sind für das Verständnis von Recht deshalb essentiell.

---

18 Triepel, Anm. 2, 103.

19 White, Anm. 9, 684, 687.

20 BVerfGE 111, 307, 319: „die in dem letzten Wort der deutschen Verfassung liegende Souveränität“.

21 Article 4 Code Civil.

22 Kaufmann, Anm. 1, 103.

23 Esser, Anm. 5, 131.

Anders als Gesetzen eignet gerichtlichen Entscheidungen ein persuasives Element.<sup>24</sup> Sie stellen das Recht nicht nur fest, sondern sollen auch die unterlegene Partei überzeugen. Für das Wissen von Recht kommt es darauf an, was Gerichte für Recht erkennen. Gerichtliche Entscheidungen beenden einen Prozess, welcher die Parteien mit dem Gericht verbindet. Das Verfahren entfaltet für das gefundene Ergebnis eine eigenständige Legitimation aus der Befolgung fairer Regeln.<sup>25</sup> Rechtsprechung unterliegt außerdem justizieller Kontrolle im Rahmen des Instanzenzuges: Entscheidungen unterer Gerichte müssen vor höheren Gerichten bestehen.

In diesem gerichtlichen Kontrollsystem kommt die Rechtswissenschaft – klassisch vom *Corpus Juris*<sup>26</sup> als *iusti atque iniusti scientia* gekennzeichnet – nicht vor. In manchen Gerichtszweigen und Rechtsordnungen wird die akademische Würdigung der Rechtsprechung auch nicht wahr- oder für wichtig genommen. Allerdings findet die Rechtswissenschaft in der Rechtsprechung einen wichtigen Gegenstand. „Jedes Rechtserkenntnis“ muss „die Erkenntnis von Recht“ befördern. Rechtswissenschaft hat bei gerichtlichen Entscheidungen dagegen nicht zu klären, ob sie den Prozess korrekt abschließen und mit Präjudizien in Einklang stehen. Denn sie sollen nicht Entscheidungen justiziell überprüfen. So wenig wie das BVerfG taugt akademische Jurisprudenz zur „Superrevisionsinstanz“, die zwar nicht alles, aber alles besser weiß.

Eine akademische Befassung mit dem Recht ist auf die Vermittlung der professionellen Sprache und Regeln für juristisches Arbeiten ausgerichtet und auszurichten.<sup>27</sup> Sie hat zu beantworten, ob das für Recht Erkannte dem Recht gemäß ist. Rechtswissenschaft soll Rechtsprechung weder ordnen, noch zur Ordnung rufen, sondern in das Recht einordnen. Dieses wird als abstraktes System von Regeln vor- und dargestellt. Dafür verwendet die Wissenschaft eigene Begriffe:<sup>28</sup> etwa juristische Person, Rechtsverhältnis, Kollisionsnorm, formuliert Theorien und entwickelt eine systematische Vorstellung von Recht. Dieses wird von ihr als sinnerfüllte und in sich schlüssige Ordnung dargestellt. Die rechtlichen Beurteilungsmerkmale kommen in diesem Ordnungssystem vor und legen auch die Auswahlgesichtspunkte im Prozess rechtlicher Wertung fest.<sup>29</sup>

---

24 Kaufmann, Anm. 1, 96.

25 Niklas Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, Neuwied 1969.

26 *Corpus Juris I* 1.

27 James Boyd White, *The Legal Imagination. Studies in the Nature of Legal Thought and Expression*, Boston/Toronto 1973, xxi „legal education could be defined by saying that one learns to read and to write the professional language of the law“.

28 Bader, ZSR N.F. 1963, 105, 113 ff. sieht in der Begriffsbildung den Ausgang und zentralen Gegenstand der Verwissenschaftlichung von Recht; die begrifflich werdende Rechtssprache ist ihm der „Ausdruck...eines vom Recht her geforderten Denkens“ (123)

29 Kaufmann, Anm. 1, 89.

Solches Bemühen heißt Dogmatik als Rechtserkenntnis durch den Gebrauch wissenschaftlicher Methoden. Rechtsdogmatik ist – wie es Günther Jahr<sup>30</sup> ausdrückte – die methodisch geleitete Überprüfung von Rechtsatzbehauptungen auf der Grundlage gültiger Rechtssätze. Diese Behauptungen halten fest, wie als wirklich gedachte Fälle auf Grund gültiger Rechtssätze zu entscheiden sind. Alle dogmatischen Bemühungen sind auf die Bildung von Begriffen und deren Zusammenführung zu einem axiomatischen System gerichtet, auf dessen Grundlage Lehren als Rechtsatzbehauptungen über die Entscheidung von Fällen formuliert werden können.<sup>31</sup>

Dogmatik hat für die Kernmaterien des Rechts wie auch die zahlreich neu entstandenen Rechtsgebiete Bedeutung. Manche von deren Eigenheiten lassen sich als Gegenbegriff zu den angestammten Gebieten – etwa das Arbeits-, Miet- und Verbraucherrecht als Ausprägung von *ius cogens*, Kollektivverträgen und Verbandsklagen – bestimmen. Auch neue Gebiete wie das Sozialrecht können, wie von Hans F. Zacher<sup>32</sup> exemplifiziert, begrifflich durchmessen und damit tiefer verstanden werden, wenn einzelne seiner Elemente durch das sie jeweils leitende Ziel als Vorsorge, Entschädigung, Förderung oder Hilfe bestimmt werden.

Rechtswissenschaftliche Begriffe haben die ihnen gestellte Ordnungsaufgabe zu reflektieren, sind also auf eine Lösung gerichtet und müssen für die ihnen zugrunde liegenden Interessenbewertungen offen sein.<sup>33</sup> Denn Rechtsbegriffe und Lehren suchen eine „Mitte zwischen Rechtsidee und Lebenssachverhalt, um die letztlich alles Rechtsdenken kreist“.<sup>34</sup> Und vor allem: „Dogmatische Begriffe sind stets vergleichende Bestimmungen, die von den Einzelheiten nationaler und zeitlicher Regelungen absehen“ – so Günther Jahrs Befund.<sup>35</sup> Rechtsdogmatik stellt damit das Recht einzelner Staaten in die historische Kontinuität und in den Kontext der Rechte aller Staaten und macht es so als Teil der internationalen Ordnung sichtbar.

Rechtswissenschaft würdigt gesetztes Recht in den unterschiedlichen Ebenen seiner Normierung, sie finden in unterschiedlichen gerichtlichen Zuständigkeiten ihren Ausdruck. Rechtswissenschaft versteht Recht historisch und rechtsvergleichend, geht von einer konkreten Frage aus und ordnet sie in den Kontext gleichartiger Entscheidungen auf der Basis allgemeiner Begriffe, Regeln und Lehren ein. Der „juristische Schriftsteller“ hat daher – um es mit Hans Dölle zu sagen – im Vergleich zum Gesetzgeber

---

30 Günther Jahr, Zum Verhältnis von Rechtstheorie und Rechtsdogmatik, in Jahr/Maihofer (Hg.), Rechtstheorie. Beiträge zur Grundlagendiskussion, Frankfurt/Main 1971, 303, Tz. 1.42.

31 Ebd., Tz. 2.41.

32 Hans F. Zacher, Grundtypen des Sozialrechts, in ders., Abhandlungen zum Sozialrecht, Heidelberg 1993, 257; ders., Sozialrecht und Gerechtigkeit, in ebd., 308.

33 Esser, Anm. 5, 105.

34 Kaufmann, Anm. 1, 104.

35 Jahr, Anm. 30, Tz. 2.50.

wegen der „größeren Breite und Mannigfaltigkeit des Stoffes“ eine größere „stilistische Bewegungsfreiheit“.<sup>36</sup> Sie setzt damit den konkreten Fall mit dem Gesamtsystem in Bezug, geht zwar vom Einzelfall aus, darf dort aber niemals enden.

Urteile haben dagegen primär die Parteien zu erreichen, weil sie deren rechtliches Vorbringen reflektieren wie kommentieren. Sie müssen dem Streitgegenstand gemäß sein und beziehen ihre Richtigkeit aus dessen angemessener Würdigung. Sie konzentrieren sich auf das in einem Staat im Zeitpunkt des Erlasses der Entscheidung geltende Recht – ohne es in Raum und Zeit einzuordnen. Rechtsprechung hat Teil an der Rechtssetzung, weil sie wie diese vorschreibt; Rechtswissenschaft beschreibt dagegen Recht.<sup>37</sup>

Mögen Rechtsprechung und Rechtswissenschaft daher von derselben Leitfrage ausgehen, so unterscheiden sie sich doch in Fragehorizont und Leitperspektiven. Dem obersten Gericht kommt „das letzte Wort“<sup>38</sup> im Instanzenzug zu. Deshalb bleibt die Aussage, das Gericht „irrte“, für die am Rechtsstreit Beteiligten ohne Konsequenzen. Die wissenschaftliche Debatte über das Recht ist damit aber nicht beendet. Denn während die Rechtsprechung an die gesetzten Prämissen gebunden ist, kann die Rechtswissenschaft diese in Frage stellen und Alternativen formulieren.

---

36 Hans Döle, *Vom Stil der Rechtssprache*, Tübingen 1949, 67, 59. Auf S. 31 unterscheidet er zwischen der Amtssprache und der Sprache der Rechtswissenschaft.

37 Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 1960 (2. Aufl.), Nachdruck Wien 1976, 79.

38 H.L.A. Hart, *Der Begriff des Rechts*, Frankfurt/Main 1973, 196.