

# AUFSÄTZE

*Liza Mattutat*

## Das Problem der Unbestimmtheit des Rechts

### Konsequenzen für die theoretische und die praktische Rechtskritik<sup>1</sup>

Nach der normativen Theorie des Rechtsstaats soll Recht ausschließlich vom Demos gesetzt werden: und zwar unmittelbar in der Verfassung und mittelbar auf den Wegen demokratischer Gesetzgebung. Richter\*innen sollen das Recht nach dieser Theorie rein anwenden, es aber weder schaffen noch verändern. Sie sind an das Gesetz gebunden, und diese Bindung legitimiert den Einsatz staatlicher Macht- und Zwangsmittel. Selbst physischer Zwang gilt dann nicht mehr als Gewalt im eigentlichen Sinne, weil er durch die Rückbindung an das demokratische Gesetz als das *eigene* Gesetz der Verurteilten aufgefasst wird.<sup>2</sup>

Obwohl sich fast alle einflussreichen Rechtstheoretiker\*innen ausdrücklich dagegen verwehren, den normativen Gehalt dieser Theorie mit einer Beschreibung der rechtsstaatlichen Realität zu verwechseln, unternehmen viele bei näherer Betrachtung doch Versuche, die Kernelemente dieser Theorie als erreichbare Ideale zu erhalten. Andere wiederum bringen in immer neuen Varianten skeptische Einwände dagegen vor. Einer der Hauptschauplätze dieser Diskussion um das angemessene Verständnis des Rechtsstaats ist die Frage nach der Bindung der Rechtsprechung an das Gesetz. Diese Frage danach, ob das Recht systematisch und *bestimmt* genug ist, um das Urteil von Richter\*innen abschließend zu orientieren, ist zentral, weil die oben skizzierte demokratische Legitimierung der rechtlichen Sanktionierung nur dann überzeugt, wenn das Urteil der Richter\*innen durch das allgemeine Gesetz festgelegt ist. Nur wenn das Urteil über den einzelnen Fall auf das demokratisch gegebene Gesetz zurückgeht, können Zwangsmaßnahmen als Vollstreckung des *eigenen* Gesetzes der Verurteilten aufgefasst werden. Denn ihr *eigenes* Gesetz ist es nur, wenn sie auf demokratischen Wegen die Möglichkeit hatten, an dessen Genese mitzuwirken. Das Urteil muss deshalb als Konkretisierung des allgemeinen Gesetzes aufgefasst werden können. Unterscheiden sich das Gesetz, an dessen Ent-

1 Dieser Artikel ist eine erweiterte Fassung des Vortrags „Unbestimmtheit und praktische Rechtskritik – Ein Argument mit und gegen die Critical Legal Studies“, den ich auf der Tagung „Praxen der Rechtskritik“ in Berlin gehalten habe. Ich danke dem Publikum der Tagung, insbesondere aber Jan Müller und Sonja Buckel, herzlich für ihre kritischen Nachfragen und hilfreichen Anmerkungen. Katrin Niedenthal, Ulrike Müller und Peter Stein danke ich für unseren Austausch über die Fälle, die ich im Schlussteil dieses Textes als Beispiele anführe.

2 Christoph Menke, *Recht und Gewalt*, Berlin 2011, 8; vgl. G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Frankfurt a. M. 1970, § 100.

DOI: 10.5771/0023-4834-2016-4-496

stehung die Sanktionierten der Möglichkeit nach mitwirken konnten, und das Urteil, das über sie ergeht, anders als im Grad der Konkretisierung, herrschen sie in der Sanktion nicht vermittels der Rechtsordnung demokratisch über sich selbst, sondern werden von anderen beherrscht.

Die Frage ist daher, ob das Recht *bestimmt* genug ist, damit Richter\*innen in jedem Fall durch Interpretation zu *einem einzigen und richtigen* Urteil gelangen können, oder ob das Recht dafür zu *unbestimmt* ist, sodass Richter\*innen in Wahrheit subjektiv entscheiden und damit neues Recht schaffen, das dieser bestimmten demokratischen Legitimation entbehrt.

In der Diskussion dieser Frage von der Freirechtsschule über die Topik-Debatte bis zu Habermas' Auseinandersetzung mit Ronald Dworkin haben sich aus den Reihen der Rechtskritik zwei widerstreitende Einschätzungen der Bedeutung der Unbestimmtheit herausgebildet. Sie unterscheiden sich nach der Auffassung der Rolle von Richter\*innen. So wird Unbestimmtheit entweder in der Hoffnung begrüßt, dass die Richter\*innen als Funktionär\*innen sozialen Gerechtigkeitsstrebens ihre Macht progressiv nutzen können – oder aber in der Sorge problematisiert, dass Richter\*innen als Funktionär\*innen des Staates ihre Spielräume gerade zur Rechtfertigung staatlichen Eingriffshandelns und zur Ausweitung des staatlichen Herrschaftsbereichs nutzen können. Ich möchte hier die angelsächsische Diskussion um die Unbestimmtheit des Rechts vorstellen und kommentieren, um diese Positionen um eine weitere zu ergänzen: Als Formbestimmung des Rechts ist Unbestimmtheit weder gut noch schlecht, weder fort- noch rückschrittlich. Sie ist einfach etwas, mit dem wir umgehen müssen – und dieser Umgang kann und muss je nach politischer Situation und Konstellation der Kräfteverhältnisse ein anderer sein. Denn wo Unbestimmtheit in der Rechtsanwendung zum praktischen Problem wird, ist sie ein Indikator für gesellschaftliche Konflikte und bietet Einsatzpunkte für Interventionen kritischer Jurist\*innen.

Um diese Position zu entwickeln, möchte ich zunächst exemplarisch die konträren Positionen Ronald Dworkins und Clare Daltons vorstellen und anschließend mit kritischen Anmerkungen versehen. Zuerst werde ich Ronald Dworkins Position rekonstruieren, dessen *right-answer-thesis* besagt, dass Richter\*innen in jedem Fall zu genau einem richtigen Urteil gelangen können (1). Im zweiten Schritt werde ich ihm Clare Daltons rechtsskeptische Position entgegensetzen, der zufolge die Unbestimmtheit des Rechts irreduzibel ist und die hier stellvertretend für die *indeterminacy thesis*<sup>3</sup> der Critical Legal Studies steht (2). Im dritten Schritt werde ich mit Stanley Fish zeigen, dass beide Ansätze – obwohl sie einander vordergründig entgegengesetzt sind – auf der gleichen problematischen Voraussetzung beruhen: Sie gehen davon aus, dass das Recht vollständig bestimmt sein könnte und vollständig bestimmt sein sollte (3). Während die liberale Rechtstheorie Dworkins Unbestimmtheit so als ein zu lösendes Problem begreift, skandalisieren die Critical Legal Studies die Unbestimmtheit und gehen davon aus, dass die Vorstellung der Bindung durch das Gesetz bloßer Schein ist. Stanley Fish argumentiert dagegen, dass die

3 Die Critical Legal Studies haben viele dekonstruktive Lektüren einzelner Rechtskorpora vorgelegt, in denen sie die Unbestimmtheit des Rechts kritisieren. Neben dem Contract Law, mit dem sich Dalton beschäftigt, unterzogen sie etwa auch das *Constitutional Law* (vgl. Mark Tushnet, *Critical Legal Studies and Constitutional Law: An Essay in Deconstruction*, *Stanford Law Review* 36:1/2 (1984), 623-647) und das *Private Law* dieser Kritik (vgl. Duncan Kennedy, *Form and Substance in Private Law Adjudication*, *Harvard Law Review* 89 (1976), 1685-1778).

Diagnose der Critical Legal Studies zwar angemessen ist, aber in Wahrheit gar kein Problem darstellt (4). Alle drei Reaktionsweisen auf die Unbestimmtheit des Rechts werde ich zurückweisen und daraus unter Einbeziehung einiger Beiträge von der Tagung „Praxen der Rechtskritik“ die oben skizzierte Position entwickeln sowie unterschiedliche Konsequenzen für die theoretische Rechtskritik einerseits und für die praktische Rechtskritik andererseits ziehen (5).

### 1. Ronald Dworkins right-answer-These: Unbestimmtheit ist ein lösbares Problem.

Wie viele liberale Rechtstheoretiker\*innen argumentiert Ronald Dworkin dafür, dass die Unbestimmtheit im Recht abgebaut werden kann. Im Kapitel *Schwierige Fälle* aus *Bürgerrechte ernstgenommen* will er zeigen, dass „auch dann, wenn keine feststehende Regel den Fall erfassen kann, die eine Seite ein Recht haben kann, den Prozeß zu gewinnen. Auch in schwierigen Fällen bleibt es Pflicht des Richters, herauszufinden, welches die Rechte der beiden Seiten sind, und nicht rückwirkend neue Rechte zu erfinden.“<sup>4</sup>

Um herauszufinden, ob eine Partei ein Recht hat oder nicht, wenn das Gesetz dazu nicht ausreichend Auskunft gibt, schlägt Dworkin vor, Prinzipienargumente wie etwa das der Gleichbehandlung („Fairness“) zur Entscheidung heranzuziehen. Prinzipienargumente unterscheiden sich von Zielargumenten darin, dass sie „ein individuelles Recht aufstellen“<sup>5</sup> oder verteidigen. Sie stehen laut Dworkin unter der Forderung „artikulierte[r] Konsistenz.“<sup>6</sup> Das heißt: Richter\*innen müssen ihr Urteil in einem schwierigen Fall „innerhalb einer politischen Theorie rechtfertigen können, die ebenso die anderen Entscheidungen rechtfertigt.“<sup>7</sup> Ein Urteil ist also dann ein richtiges Urteil, wenn es sich durch eine ‚politische Theorie‘ rechtfertigen lässt, die die Verfassung, alle Bestimmungen des positiven Rechts und alle Präzedenzfälle in ein konsistentes System fügt.<sup>8</sup> Durch diese politische Theorie soll sich das Recht als ein „nahtloses Gewebe“<sup>9</sup> handhaben lassen, auch wenn es auf der reinen Textebene inkonsistent scheint oder „Lücken“ aufweist.

Um die Anforderungen an eine solche ‚politische Theorie‘ zu verdeutlichen, führt Dworkin den fiktiven, mit übermenschlichen Fähigkeiten begabten Richter Herkules ein.<sup>10</sup> Herkules muss nicht nur ein komplexes Schema abstrakter und konkreter Prinzipien konstruieren,<sup>11</sup> Hintergrundrechte und institutionelle Rechte unterscheiden,<sup>12</sup> eine integrierbare Theorie von Fehlern aufstellen usw.<sup>13</sup> Er muss im Falle von „*umstrittenen* Begriff[en]“<sup>14</sup> in Gesetzen, wie etwa „Religionsfreiheit“, gar zum politischen Philosophen werden: „Er muss entscheiden, welche Konzeption eine befriedigendere Ausarbeitung der allgemeinen Vorstellung [des umstrittenen Begriffs, also etwa, LM] von religiöser

4 Ronald Dworkin, *Bürgerrechte ernstgenommen*, Frankfurt a. M. 1984, 144.

5 Ebd., 158.

6 Ebd., 154.

7 Ebd.

8 Vgl. ebd., 199 ff.

9 Ebd.

10 Vgl. ebd., 182.

11 Vgl. ebd., 199.

12 Vgl. ebd., 175 ff.

13 Vgl. ebd., 201 ff.

14 Ebd., 178.

Freiheit ist.“<sup>15</sup> Welche Konzeption eines umstrittenen Rechtsbegriffs die bessere ist, entscheidet Herkules durch Blick auf die institutionelle Geschichte des Rechts. Diese stelle ein Archiv der gesellschaftlichen Auseinandersetzung über den umstrittenen Begriff dar und verzeichne so die Elemente, die bei der Ausarbeitung des Begriffs zu berücksichtigen seien. In seinem Essay *Law as Interpretation* vergleicht Dworkin die institutionelle Geschichte des Rechts mit einem Buch, das von mehreren Schriftsteller\*innen gemeinsam geschrieben wird:

„Suppose that a group of novelists is engaged for a particular project and that they draw lots to determine the order of play. [...] Now every novelist but the first has the dual responsibilities of interpreting and creating because each must read all that has gone in order to establish, in the interpretivist sense, what the novel so far created is. [...] This must be interpretation in a non-intention-bound style because, at least for all novelists after the second, there is no single author whose intentions any interpreter can, by the rules of the project, regard as decisive.“<sup>16</sup>

Analog zu den Literat\*innen in diesem Beispiel sind nach Dworkins Auffassung die Rechtsanwender\*innen mehr und mehr in ihrer Interpretation eingeschränkt, je länger die Rechtsgeschichte währt. Daher sei Herkules und annäherungsweise auch jede\*r andere Richter\*in in der Lage, auch auf schwierige Rechtsfragen eine Antwort zu bilden, die nur ausspricht, „was das geschriebene Gesetz oder der Präzedenzfall selbst fordert.“<sup>17</sup> Genau wie nach dem alten rechtspositivistischen Ideal brauchen auch bei Dworkin Richter\*innen das „Normensystem nur anzuwenden [...], um den Willen des Gesetzes zum Ausdruck zu bringen, so daß trotz der Anwendung durch Menschen doch nur die Norm“<sup>18</sup> herrscht. Dworkin bestätigt also eines der Kernelemente der normativen Theorie des Rechtsstaats. Richter\*innen sind nach ihm immer zu genau einem richtigen Urteil verpflichtet.

Diese Position Dworkins ist als *right-answer-These* bekannt geworden und hat die sogenannte *indeterminacy debate*<sup>19</sup> angestoßen, in der Clare Daltons *Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine* einen Zug macht.

## 2. Clare Daltons Variante der *indeterminacy thesis*: Unbestimmtheit ist ein unlösbares und doch skandalöses Problem.

Dalton vertritt in diesem Essay die *indeterminacy thesis* der Critical Legal Studies, nach der das Recht zu unbestimmt ist, um zu einer richtigen Antwort, einem einzigen richtigen Urteil zu führen. Diese These kennt im Diskurs der Critical Legal Studies mindestens drei Varianten: Duncan Kennedy führt in seiner Analyse des amerikanischen Privatrechts etwa vor, dass es zu Normenkollisionen kommen kann, bei denen die Normen

15 Ebd., 184.

16 Ronald Dworkin, *Law as Interpretation*, *Critical Inquiry* 9:1 (1982), 192 f. (179).

17 Dworkin (Fn. 4), 201.

18 Franz Neumann, *Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft*, in: ders., *Demokratischer und autoritärer Staat. Beiträge zur Soziologie der Politik*, Frankfurt a. M. 1967, 45 (7).

19 Ein guter Überblick über die Debatte findet sich bei Lawrence B. Solum, *On the Indeterminacy Crisis: Critiquing Critical Dogma*, *University of Chicago Law Review* 54 (1987), 462-503.

auch den gleichen Anwendungsbereich haben. Sie heben sich so gegenseitig auf, und es ist nicht klar, welcher gefolgt werden soll.<sup>20</sup> In der zweiten und grundsätzlichen Fassung der These stützen sich die CLS auf die Allgemeinheit der Rechtsbegriffe („open texturedness“). Rechtsnormen sind demnach wesentlich allgemein, Sachverhalte notwendig singular. Eine Norm muss daher immer ausgelegt werden, stellt aber für ihre eigene Auslegung keine Hinweise bereit. Sie kann ihre eigene Anwendung nicht regeln und lässt deshalb immer mehrere Urteile zu.<sup>21</sup> Im *Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine* verbindet Clare Dalton diese Variante mit der dritten, nämlich dem Nachweis, dass ein bestimmter Rechtskorpus – das amerikanische Vertragsrecht – zirkulär ist. Dadurch, dass die Strategien richterlicher Entscheidungsfindung aufeinander verweisen, führt auch eine noch so gewissenhafte Interpretation nicht zu einem einzigen, richtigen Ergebnis.<sup>22</sup> Es ist diese Verbindung prinzipieller Argumente mit einer konkreten Analyse, die Daltons Text für die Auseinandersetzung mit dem Unbestimmtheitsproblem besonders interessant macht.

Dort begreift Dalton das Unbestimmtheitsproblem im Recht als die Wiederkehr des alten skeptischen Problems. Fragten die Skeptiker einst, „wie kann ich jemals wissen, was der andere meint, wenn Sprache immer mehrere Deutungen zulässt?“, muss sich das Recht nun die Frage gefallen lassen: „Wie können Richter\*innen jemals wissen, welche Interpretation eines Rechtstextes die richtige ist, wenn Begriffe immer vieldeutig sind?“

Nach Daltons Analyse versucht das Recht der Bedrohung, die von dieser Frage ausgeht, dadurch zu begegnen, dass es mithilfe der Dichotomien öffentlich – privat, objektiv – subjektiv, Form – Inhalt versucht, so formal wie irgend möglich zu erscheinen. Durch eine dekonstruktive Lektüre des amerikanischen Vertragsrechts entlang ebendieser Dichotomien will Dalton zeigen, i.) dass das Recht stets einen der Pole seiner grundlegenden Gegensätze bevorzugt,<sup>23</sup> ii.) dass das Recht diese Hierarchisierung nicht durchhalten kann, weil jeder der Pole sein Gegenstück voraussetzt und bedingt,<sup>24</sup> und iii.) dass diese Hierarchisierung deshalb als ein Versuch gelesen werden muss, das skeptische Problem zu verdrängen, statt es zu lösen.<sup>25</sup>

Im zweiten Teil ihres Essays dekonstruiert Dalton den Gegensatz subjektiv – objektiv und arbeitet zunächst heraus, dass rechtliche Entscheidungen bei Streitigkeiten über Vertragspflichten auf dieser Unterscheidung beruhen: Verträge vermitteln *subjektive* Willen miteinander. Dennoch muss sich *objektiv* feststellen lassen, worin die Willensäußerung besteht, wenn sie im Streitfall geltend gemacht werden können soll.<sup>26</sup>

Das amerikanische Vertragsrecht hält dafür drei Strategien bereit: i.) das ‚Intentions-Modell‘, nach dem sich die Absicht aus dem Wortlaut des Vertrages schließen lässt; ii.), das ‚Hierarchie-Modell‘, das es erlauben soll, verschiedene Willenserklärungen in eine hierarchische Ordnung zu bringen und so zu entscheiden, welche die endgültige Willens-

20 Vgl. Kennedy (Fn. 3.).

21 Vgl. ebd.

22 Vgl. Clare Dalton, *An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine*, Yale Law Journal 94:5 (1985), 997-1114.

23 Vgl. Dalton, ebd., 1000.

24 Vgl. ebd., 1007f.

25 Vgl. ebd., 1001.

26 Vgl. ebd., 1042 ff.

erklärung ist; und iii.), das ‚Verantwortungsmodell‘, mit dem geklärt werden können soll, wer dafür verantwortlich ist, dass die vertragliche Kommunikation gelingt.<sup>27</sup>

In sehr kleinschrittiger Lektüre zeigt Dalton nun, dass diese Strategien, die einander ergänzen sollen, in Wahrheit zirkulär aufeinander verweisen:

*"(1) any standard that begins by emphasizing intention winds up depending on equally unsatisfying models of formal hierarchy or responsibility; (2) any standard that begins by emphasizing formal hierarchy winds up depending on equally unsatisfying models of intention or responsibility; and (3) any standard that begins by emphasizing responsibility winds up depending on equally unsatisfying models of formal hierarchy or intention."<sup>28</sup>*

Dalton kommt so letztlich zu dem Schluss, dass das Vertragsrecht Richter\*innen keine feste Grundlage zur Beilegung von Vertragsstreitigkeiten bietet: Das Unbestimmtheitsproblem wird von der Deutung des Willens zur Deutung der Willenserklärung über die Hierarchie verschiedener Willenserklärungen bis zu der Verteilung von Verantwortlichkeiten verschoben – bei der sich letztlich zeigt, dass es doch von der\*em einzelnen Richter\*in abhängt, wie entschieden wird.<sup>29</sup> Weil die Widersprüche der Konzepte, die Richter\*innen bei ihrer Arbeit verwenden, nicht offen zutage liegen, sieht es trotzdem immer so aus, als wendeten sie das Recht bloß an. Das heißt, gerade dadurch, dass das Vertragsrecht sie immer weiter schickt, von einem Modell zum nächsten, entsteht der Anschein, es böte vielfältige Lösungen zur Feststellung der wahren Absicht der Vertragsparteien an. Daltons Konsequenz liest sich folgendermaßen:

*„If this critique of liberal legal argument has weight, as I believe it does, we need first to understand more concretely how doctrinal inconsistency necessarily undermines the force of any conventional legal argument, and how opposing arguments can be made with equal force. We need also to understand how legal argumentation disguises its own inherent indeterminacy and continues to appear a viable way of talking and persuading.“<sup>30</sup>*

Als Antwort auf Ronald Dworkin gelesen, wendet Dalton gegen sein Interpretationsmodell des Rechts also ein, dass es nie eine einzige gültige Interpretation eines Gesetzes geben kann, sondern immer viele Deutungen möglich sind, die mit gleichem Recht beanspruchen können, Instanzen der Regel zu sein. Dalton greift so genau das Element der normativen Theorie des Rechtsstaats an, das Dworkin verteidigt. Richter\*innen sind nach Daltons Diagnose nie durch das Recht gebunden, es scheint bloß so.

### 3. Die geteilte Voraussetzung Dworkins und Daltons: Das Recht sollte vollständig bestimmt sein.

Die beiden Ansätze von Dalton und Dworkin sind einander genau entgegengesetzt: Während Dworkin für die rationale Bestimmtheit des Rechts und seine daraus erwachsende Kraft, Richter\*innen vollständig zu binden, argumentiert, macht Dalton die irre-

27 Vgl. ebd., 1039 ff.

28 Ebd., 1041 f.

29 Vgl. ebd., 1065.

30 Ebd., 1007, Hervorhebung LM.

duzible Unbestimmtheit des Rechts und damit gerade seine Unfähigkeit, Richter\*innen überhaupt zu binden, geltend.

Dworkins und Daltons Ansatz basieren dennoch auf einer geteilten Voraussetzung, wie Stanley Fish herausgearbeitet hat: Dadurch dass Dalton die mangelnde Bestimmtheit im Recht als einen Skandal begreift, „macht sie sich von ihren Gegnern ununterscheidbar, da sie – wie jene – das Recht an einem Standard von rationaler Bestimmtheit misst.“<sup>31</sup> Im selben Atemzug sagt sie, dass das Recht nicht bestimmt *sein kann* und dass es doch eigentlich bestimmt *sein müsste*. Denn sie geht davon aus, dass „dogmatische Inkonsistenz notwendig die Kraft jedes konventionellen Rechtsarguments unterminiert.“<sup>32</sup> Das aber ist erstens gar nicht der Fall, denn konventionelle Rechtsargumente werden im Gegenteil täglich mit großem Erfolg vorgebracht. Und zweitens unterscheidet Dalton damit zwischen „zwei Arten von Kraft, einer guten und einer schlechten. Die gute Kraft ist die Kraft von eindeutig bestimmten Rechtsverfahren, und die fehlen dem Recht. Die schlechte Kraft ist die Kraft rhetorischer Virtuosität, und die besitzt das Recht in beschämendem Überfluss.“<sup>33</sup> Dalton kann so einerseits nicht verstehen, warum das Recht seiner skandalösen Unbestimmtheit zum Trotz funktioniert, und landet andererseits selbst wieder bei einer normativen – oder liberalen – Rechtskritik, die sich das Recht als ein vollständig bestimmtes, widerspruchsfreies Normensystem wünscht. Ihr Ansatz bleibt so ebenso wie Dworkins der Vorstellung des Rechtsstaats verhaftet, die davon ausgeht, vollständige Bestimmtheit des Rechts wäre ein erreichbares Ziel.

#### 4. Stanley Fishs skeptische Lösung: Unbestimmtheit ist gar kein Problem.

Stanley Fish hat diese Unklarheit, die Dalton mit manchen anderen Vertreter\*innen der Critical Legal Studies teilt, zum Anlass genommen, den Rechtsskeptizismus eine Drehung weiter zu treiben. Formuliert Dalton den rechtsskeptischen Einwand, so hält Stanley Fish die skeptische Lösung bereit. Solche Lösungen begegnen einem skeptischen Paradox im Gegensatz zu gewöhnlichen Lösungen nicht dadurch, dass sie eine seiner Prämissen zurückweisen. Vielmehr akzeptieren sie das Paradox, zeigen aber auf, dass es gar nicht darauf hinausläuft, unsere gewöhnlichen Überzeugungen infrage zu stellen.<sup>34</sup> In unserem Fall akzeptiert Fish also, dass das Recht als Text unbestimmt ist, und will zugleich zeigen, dass diese Einsicht unsere Überzeugung, nach der Richter\*innen an das Gesetz gebunden sind, gar nicht bedroht.

Fish stimmt also Dalton darin zu, dass das Recht *als Normensystem* unbestimmt ist und Richter\*innen daher nicht in dem Sinne bindet, dass es sie immer auf genau ein einziges Urteil verpflichtet. Ja er geht davon aus, dass das Recht nicht nur unbestimmt, son-

31 Stanley Fish, Das Recht möchte formal sein, in: ders., Das Recht möchte formal sein, Berlin 2011, 112 (155).

32 Eigene Übersetzung, Dalton (Fn. 22), 1007.

33 Fish (Fn. 31), 155.

34 Der Ausdruck „skeptische Lösung“ geht auf Saul Kripkes einflussreiche Deutung des Regelfolgenproblems bei Wittgenstein zurück (vgl. Saul Kripke, Wittgenstein on Rules and Private Language. An Elementary Exposition, Cambridge 1982.). Eine hervorragende Erläuterung und Kritik der Funktionsweise skeptischer Lösungen, die die Formulierung eines Problems mit dessen Lösung verwechseln, findet sich bei Jens Kertscher/Jan Müller, McDowells Wittgenstein, in: Christian Barth/David Lauer (Hrsg.), Die Philosophie John McDowells. Ein Handbuch, Münster 2014, 223-235.

den *unbestimmbar* ist, indem er das Unbestimmtheitsproblem in seiner allgemeinsten und weitreichendsten Fassung akzeptiert: Weil Tatbestandsmerkmale immer allgemein formuliert sind, kann nie „mit *subsumierbarer Klarheit*“<sup>35</sup> festgelegt sein, ob der einzelne Sachverhalt ein Fall einer bestimmten Norm ist oder nicht. Die Unbestimmtheit des Rechts „ist in der Eigenart des Normativen begründet und ergibt sich daraus, daß ein konkretes Faktum konkret beurteilt werden muß, obwohl als Maßstab der Beurteilung nur ein rechtliches Prinzip in seiner generellen Allgemeinheit gegeben ist.“<sup>36</sup> Selbst wenn sich die Unbestimmtheit, die sich aus Normenkollisionen und zirkulären Verweisen innerhalb eines Rechtskorpus ergeben, vermeiden ließe, löste sich das Unbestimmtheitsproblem dadurch nicht. Denn es ergibt sich schon allein daraus, dass das Gesetz ausgelegt werden muss.

Ist Unbestimmtheit ein Effekt der „Eigenart des Normativen“, d.h. ein Strukturmoment des Rechts, läuft Daltons Skandalisierung der Unbestimmtheit ins Leere. Sie hält dem Recht etwas vor, das wesentlich zu ihm gehört, von dem es selbst schon weiß und das es auch schlicht nicht ändern kann (ihre Kritik ist mit dem Wunsch nach einem Fahrrad ohne Übersetzung vergleichbar, weil es immer möglich ist, dass die Kette abspringt.)

Statt die Unbestimmtheit zu beklagen, empfiehlt Fish daher, schlicht zu akzeptieren, dass das Recht eben kein rationales System darstellt. Es sei vielmehr ein „Satz von Hilfsmitteln zum Denken und Argumentieren“<sup>37</sup> und daher durch und durch rhetorisch. Richter\*innen entscheiden deshalb aber nicht willkürlich, sie werden nur – und dies ist die skeptische Lösung – von etwas anderem gebunden als dem Wortlaut der Gesetze. Die die Richter\*innen bindende Normativität ist nicht in die „Sprache [der Gesetze, LM] eingelassen [...], sondern in die institutionelle Struktur, innerhalb derer Äußerungen gehört [oder Gesetze gelesen, LM] werden: nämlich als bereits organisiert, in Beziehung auf bestimmte vermutete Absichten und Ziele.“<sup>38</sup> Nach Fish sind Richter\*innen also bei der Auslegung von Normen durchaus gebunden, allerdings nicht, wie man für gewöhnlich annimmt, durch die Normen selbst, sondern durch die institutionellen Beschränkungen dessen, was überhaupt sinnvoll gesagt und geurteilt werden kann. Sie sind also nicht durch die Normen, sondern durch die „Behauptbarkeitsbedingungen“ beschränkt. Und was behauptet werden kann, hängt letztlich davon ab, was von der Interpretationsgemeinschaft zunächst der Jurist\*innen, aber letztlich auch aller am politischen Diskurs Beteiligten akzeptiert wird.<sup>39</sup> Entscheidend dafür, welches Urteil ‚richtig‘ ist, sind also nach Fish faktische Erfolgsbedingungen, nicht normative Regeln.

35 Carl Schmitt, *Politische Theologie*. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität, Berlin 1979, 12, Hervorhebung L.M.

36 Ebd., 41 f. Schmitts autoritative Lösung dieses Problems durch Übertragung der sich daraus ergebenden Entscheidungsmacht an Richter\*innen im Normalzustand und an Adolf Hitler als Reichskanzler und Reichspräsident („Führer“) im Ausnahmezustand ist begrifflich falsch und politisch abzulehnen. Zu einer ausführlichen Kritik von Schmitts Lösung siehe Liza Mattutat, *Die vertrackte Urteilsform – ein Argument zur Frage der Rechtsgeltung mit und gegen Hans Kelsen, Gustav Radbruch und Carl Schmitt*, Marburg 2016. Trotz der Falschheit und Gefährlichkeit seiner Lösung gehört Schmitts hier zitierte *Problemformulierung* zu den präzisesten.

37 Fish (Fn. 31), 160.

38 Stanley Fish, *Gibt es einen Text in diesem Kurs?*, in: ders., *Das Recht möchte formal sein*, Berlin 2011, S. 35 (36 f.).

39 Vgl. Stanley Fish, *Working on a chain gang: Interpretation in Law and Literary Criticism*, *Critical Inquiry* 9 (1982), 201 (211).



Die Kraft „jedes konventionellen Rechtsarguments“, die Dalton trotz der täglichen Beweise ihrer Wirksamkeit unterminiert sieht, erklärt sich dann nicht daraus, dass das Recht bestimmt genug ist, um als unbezweifelbare Grundlage zu dienen. Sie erklärt sich daraus, dass die Unbestimmtheit des Rechts durch den politischen und institutionellen Rahmen begrenzt wird und deshalb in der Praxis nur selten eine Rolle spielt. Das Recht ist nicht immer an allen Stellen gleichermaßen unbestimmt, weil es sich durch die Geschichte seiner Gebräuche bestimmt hat – und zwar so erfolgreich, dass es uns in einfachen Fällen so erscheint, als wären die sie betreffenden Gesetze von Natur aus bestimmter als andere. Wir meinen, ein Gesetz sei bestimmt, weil seine Unbestimmtheit mit Blick auf den einfachen Fall gar nicht problematisch werden muss und so nicht in Erscheinung tritt.

Stanley Fish zeigt aber, dass „Einfachheit [...] keine Eigenschaft des Falls als solchem“ ist, „sondern einer Interpretationsgeschichte, in deren Verlauf sich eine Interpretationsstrategie [...] gegen andere durchgesetzt hat.“<sup>40</sup> „Schwierige Fälle“ sind hingegen Fälle, die diesen Prozess noch nicht durchlaufen haben oder erneut problematisch geworden sind. Dasselbe gilt für Dworkins ‚artikulierte Konsistenz‘: „Artikulierte Konsistenz ist keine Tatsache, sondern eine Leistung, etwas, das man verschiedenen Materialien immer wieder abringen muss, um hinterher erklären zu können, diese hätten diese Form schon immer gehabt.“<sup>41</sup>

Rechtsbegriffe sind nach Fish durch die „Eigenart des Normativen“ so zwar grundlegend unbestimmt, erhalten aber ihre je spezifische, historische Bestimmtheit durch die politischen Auseinandersetzungen, die mit ihnen und um sie geführt werden: Manche Auslegungen setzten sich durch, andere nicht. Die Unbestimmtheit als Strukturmoment des Rechts ist deshalb so selten spürbar, weil wir das Recht eben immer vor dem Hintergrund einer bestimmten, historischen Situation deuten, in der sich die Bedeutung der meisten Begriffe durch diese Auseinandersetzungen zeitweise stabilisiert hat.

5. *Konsequenzen für die theoretische und die praktische Kritik des Rechts:  
Unbestimmtheit ist als Strukturmoment des Rechts kein Problem, als praktische  
Herausforderung hingegen schon*

Fishs Ansatz ist attraktiv, weil er das Unbestimmtheitsproblem nicht löst, sondern als Problem verschwinden lässt. Unbestimmtheit ist nach ihm kein Mangel des Rechts, den man beheben könnte, sondern ein Moment des Rechts, das weder gut noch schlecht ist. Es gehört einfach zu seiner Form. Sein Ansatz bringt allerdings zwei neue Probleme mit sich: Erstens löst er die Normativität des Rechts in faktischen Behauptbarkeitsbedingungen auf, sodass sich mit ihm die spezifische Weise, in der dem Recht Geltung zukommt, nicht mehr erläutern werden kann.<sup>42</sup> Zweitens – und für die hier geführte Diskussion wichtiger – führt diese Auflösung der Norm im Faktischen dazu, dass es irrelevant zu sein scheint, ob das Recht mit bestimmten oder mit unbestimmten Begriffen operiert. Denn auf das Gesetz als Text kommt es nach Fish gar nicht mehr an. Ob Tatbestands-

40 Stanley Fish: *Gewalt*, in: Ders., *Das Recht möchte formal sein*, Berlin 2011, 183 (171).

41 Ebd., 185.

42 Vgl. auch hier die analoge Diskussion um die ‚skeptische Lösung‘ des Regelfolgenproblems bei Wittgenstein (Kertscher/Müller [Fn. 34]).

merkmale also in Generalklauseln oder in bestimmten Rechtsbegriffen formuliert werden, ist nach Fishs skeptischer Lösung einerlei, weil auch bestimmte Rechtsbegriffe nie *vollständig* bestimmt sein können.

Dies ist nicht nur theoretisch, sondern auch politisch fragwürdig, denn unbestimmte Rechtsbegriffe bieten den Staatsapparaten die Möglichkeit, ihren Herrschaftsbereich auszudehnen und Eingriffshandeln den Anschein rechtsstaatlicher Legitimation zu verleihen. Wenn so etwa im Fall von Sicherheitsgesetzen der konditional mit einer Rechtsfolge verknüpfte Tatbestand auch nach verfassungsgerichtlich angeordneten Überarbeitungen häufig unbestimmt bleibt, wird zwar die „Form des Konditionalprogramms (,Wenn ... dann‘)<sup>43</sup> des Rechts eingehalten. „Inhaltlich wird dieses aber entleert, weil die Bedingung (das ,Wenn‘) nicht mehr genau bestimmbar ist. Die Form des Rechts verliert damit ihren begrenzenden Charakter“,<sup>44</sup> während durch das Einhalten der Form zugleich der Eindruck erzeugt wird, das Recht beschränke wirksam das staatliche Handeln. Durch diesen Effekt konnten Generalklauseln auch im Nationalsozialismus „in der Übergangsperiode [dazu eingesetzt werden], um vernationalsozialistisches positives Recht, das den Anforderungen der herrschenden Gesellschaftsschicht, formell also dem Führerbefehl, der ja alleinige Rechtsquelle ist, widerspr[ach] [...], mit ihm in Einklang zu bringen“.<sup>45</sup> Wer sich um eine demokratische Staatlichkeit bemüht, sollte deshalb vorsichtig sein, den liberalen Wunsch nach Bestimmtheit des Rechts gänzlich abzulegen. Um die Staatsapparate zu binden, kann es wichtig sein, sich um die Konkretisierung des Rechts zu bemühen – auch wenn es grundsätzlich niemals *vollständig und abschließend* bestimmt sein kann.

### 5.1. Konsequenzen für die theoretische Rechtskritik

Fish hat also recht, wenn er uns als Theoretiker\*innen davor warnt, uns angesichts des Unbestimmtheitsproblems einer liberalen, „antifundamentalistischen Theoriehoffnung“<sup>46</sup> hinzugeben: Wir können keine theoretische Perspektive auf das Recht gewinnen, die es erlauben würde, das Recht durch Kritik in dem Sinn zu verbessern, dass es das Ideal eines logischen Systems erfüllt. Denn wenn sich die Unbestimmtheit des Rechts aus der Allgemeinheit seiner Begriffe ergibt, ist die Unbestimmtheit in der Tat, ganz wie Dalton sagt, irreduzibel. Sie ist dann der „Eigenart des Normativen“ geschuldet, nach der immer eine allgemeine Regel auf einen konkreten Sachverhalt angewendet werden muss. Daraus ergibt sich ein Spielraum, der zwar verkleinert, niemals aber vollständig geschlossen werden kann.

Fish liegt außerdem richtig, wenn er theoretische Rechtskritiker\*innen in der Folge der Critical Legal Studies darauf hinweist, dass es nicht viel bringt, Rechtskorpora durch dekonstruktive Lektüren nachzuweisen, dass sie unbestimmt sind. Diese Kritik gelingt dann nämlich einerseits immer, denn das Recht ist seiner Form nach irreduzibel unbestimmt; und sie bleibt andererseits wirkungslos, weil sie Unbestimmtheit auf einer Ebene attackiert, auf der sie kein Problem darstellt. Als Theoretiker\*innen müssen wir also be-

43 Norbert Pütter/Wolf-Dieter Narr/Heiner Busch, Bekämpfungsrecht und Rechtsstaat. Vorwärtsverrechtlichung in gebremsten Bahnen?, *Bürgerrechte & Polizei/CILIP* 82 (2005), 6 (10).

44 Ebd.

45 Neumann (Fn. 18), 43.

46 Fish (Fn. 31), 160.

greifen, dass die Unbestimmtheit des Rechts weder ein Problem ist, das wir mit den Mitteln der Theorie lösen könnten, noch ein Skandal, den wir immer wieder ausstellen müssten.

## 5.2. Konsequenzen für die praktische Rechtskritik

Für die praktische Rechtskritik ergeben sich hingegen ganz andere Konsequenzen – und hier liegt Fish falsch. Während die sich aus der „Eigenart des Normativen“ ergebende Unbestimmtheit des Rechts aus den oben genannten Gründen in den allermeisten Fällen kein praktisches Problem darstellt, so kann sie im Einzelfall doch immer problematisch werden. Sie ist dann das Zeichen dafür, dass ein politischer Streit im Recht am Werk ist, dass also aktuell verschiedene Interpretationsstrategien miteinander ringen. In diesem Streit geht es darum, wie das Recht bestimmt sein soll, und das heißt immer auch zugleich, wie unsere gesellschaftliche Praxis bestimmt sein soll. Solche Auseinandersetzungen spielen sich in asymmetrischen Herrschaftsverhältnissen ab, denn kritische Anwält\*innen verfügen strukturell nicht über dieselben Machtmittel wie Richter\*innen, die die Entscheidungen treffen. Dennoch ergeben sich in solchen Situationen Handlungsmöglichkeiten für alle kritischen Jurist\*innen, die sie dafür nutzen können, die unbestimmte Rechtslage im Sinne der Betroffenen zu konkretisieren. Dies sind die Einsatzpunkte des „Projekt[s] der Rechtskritik als gegenhegemonialer Praxis.“<sup>47</sup> Je nachdem, wie die Kräfteverhältnisse in diesen Situationen beschaffen sind, kann es entweder geboten sein, auf Konkretisierung des Rechts zu drängen, oder die Unbestimmtheit offenzuhalten und im Sinne der Betroffenen zu nutzen.

Wenn etwa Demonstrationen mit der Begründung aufgelöst werden, dass „die öffentliche Sicherheit oder Ordnung [...] unmittelbar gefährdet ist“,<sup>48</sup> oder Obdachlose durch die Polizei mit Maßnahmen verfolgt werden, „die ihr nach *pflichtmäßigem Ermessen* erforderlich erscheinen,<sup>49</sup> ist es sinnvoll und wichtig, eine nähere Bestimmung der Begriffe einzufordern. Ergeben sich aber z.B. durch die weitgehende Auflösung des Transsexuellengesetzes (TSG) durch das Bundesverfassungsgericht echte Rechtsfragen, die das Leben, die Partner- und Elternschaft von Transpersonen betreffen, kann diese Unbestimmtheit im Sinne der Betroffenen genutzt werden.<sup>50</sup>

Die Frage nach dem angemessenen Handeln in Situationen unbestimmten Rechts wurde auf der Tagung „Praxen der Rechtskritik“ immer wieder – mal explizit, mal implizit – gestellt: Katrin Niedenthal, Rechtsanwältin aus Bielefeld, berichtete von ihrer Vertretung eines Transmanns, der nach personenstandsrechtlicher Änderung des Geschlechts ein

47 Sonja Buckel, Rechtskritik, Kritische Justiz 2016, 289.

48 § 15 Abs. 1 GG, Hervorhebung LM.

49 § 3 PolG Baden-Württemberg, Hervorhebung LM.

50 Im Januar 2011 entschied das Bundesverfassungsgericht etwa, dass der OP-Zwang vor der rechtlichen Änderung der Geschlechtszugehörigkeit unzumutbar ist (vgl. BVerfG, B. v. 11.1.2011 – 1 BvR 3295/07). Transpersonen müssen sich seitdem nicht mehr zwingend einer riskanten Operation und einer damit verbundenen Sterilisation unterziehen, bevor sie vor dem Gesetz ihr Geschlecht wechseln dürfen. Das führt dazu, dass in Deutschland nun Frauen leben, die zeugungsfähig sind, und Männer, die schwanger werden können. Da das Bundesverfassungsgericht auch die Scheidungspflicht vor der Personenstandsänderung aufgehoben hat (BVerfG, B. v. 27.5.2008 – 1 BvL 10/05 – Rn. 1-76), entstehen außerdem gleichgeschlechtliche Ehen, die es rechtlich doch eigentlich gar nicht geben darf.

Kind geboren hat und als dessen Vater mit seinen männlichen Vornamen ins Geburtsregister eingetragen werden möchte. Nach dem Urteil des Amtsgerichts Münster wird er weiterhin als „Mutter“, aber immerhin mit seinen männlichen Vornamen geführt.<sup>51</sup> Niedenthal hat hier versucht, eine sich auftuende Lücke zu nutzen, um für die Betroffenen vorteilhafte Fakten zu schaffen, die bei der Neufassung des TSG berücksichtigt werden müssen.

Peter Stein, ehemaliger Richter am Arbeitsgerichts Hamburg, erzählte vom Streit um die Auslegung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (ÄUG). Dort heißt es, dass „[d]ie Überlassung von Arbeitnehmern an Entleiher [...] *vorübergehend*“<sup>52</sup> erfolgen muss. Die Richter\*innen müssen entscheiden, was „vorübergehend“ bedeutet. Bezieht sich das auf einen einzelnen Arbeitnehmer? Wo ist die zeitliche Grenze? Für die Betroffenen ist das ein himmelweiter Unterschied. Stein wusste aus eigener Erfahrung von Entscheidungen zu berichten, die „vorübergehend“ arbeitsplatzbezogen verstanden und mit „nicht länger als sechs Monate“ übersetzten. Nach Ablauf dieses Zeitraums entstanden diesen Urteilen zufolge unbefristete Arbeitsverhältnisse. Hier ging es anders als in Niedenthals Fall nicht darum, die Neubestimmung des Rechts durch das Schaffen von Fakten zu beeinflussen, sondern um die ganz alltägliche Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe im Sinne der Betroffenen.

Im Panel „Recht als Forum politischer Konflikte“ zeigte Ulrike Müller am Beispiel ihrer aktuellen Forschung zu Alg II-Klagen erstens, dass kontinuierliches anwaltliches Engagement für einzelne Kläger\*innen inkludierende Wirkungen für Erwerbslose insgesamt entfalten kann. Zweitens wies sie mit Maureen Cain auf die Möglichkeit ‚diskursiver Erfindungen‘ hin, d.h. auf die Neukonstellation bereits bestehender Elemente des Rechtdiskurses. Durch solche ‚Erfindungen‘, wie z.B. das Konzept „mittelbare Diskriminierung“, können rechtliche Ungleichverhältnisse sichtbar gemacht und ausgestellt werden. Müller plädierte damit für ein emanzipatorisches Potenzial der alltäglichen Spielräume der Rechtspraxis und unterschied zwei Weisen, sie anwaltlich zu nutzen: durch beharrliche, parteiliche Einzelfallvertretung und durch gezielte Interventionen in den Rechtsdiskurs.<sup>53</sup>

Auch wenn es für Theoretiker\*innen nur schwer auszuhalten ist, können wir keine *allgemeinen Kriterien* dafür angeben, wie mit aufbrechender Unbestimmtheit zu verfahren ist. Kritische Lageeinschätzungen, strategische und taktische Überlegungen müssen an ihre Stelle treten. In jeder konkreten Situation, in der die politische Einflussnahme auf das Recht durch eine unbestimmte Rechtslage möglich wird, müssen kritische Jurist\*innen sich fragen, welche Intervention das Leid der Betroffenen verringern kann, wie die parlamentarischen und außerparlamentarischen Kräfteverhältnisse gestaltet sind, wie die Macht in der Gemeinschaft der Jurist\*innen verteilt ist, welche weiteren Auswirkungen eine Intervention für das Leben der Betroffenen haben kann und welche anderen Rechtsfragen sich aus der Intervention ergeben können, wer wiederum bei diesen Folgefragen bessere Chancen hat, sich durchzusetzen, usw.

Auch an solchen Lageeinschätzungen wurden auf der Tagung „Praxen der Rechtskritik“ in verschiedenen Zusammenhängen gearbeitet: Im Panel zur Reform des Sexualstrafrechts wurde etwa diskutiert, ob die Änderung des Vergewaltigungsparagrafen § 177

51 Amtsgericht Münster, B. v. 4.1.2016 – 22 III 12/15.

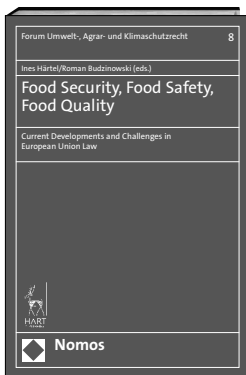
52 § 1 ÄUG, Hervorhebung LM.

53 Vgl. Ulrike Müller in diesem Heft.

StGB nach der sogenannten Nein-heit-nein-Lösung und die Schaffung eines neuen Tatbestands, der sexualisierte Gewalt unterhalb von Nötigung unter Strafe stellt („Grapschen“), als Schließen einer Schutzlücke oder als populistische Kriminalpolitik zu bewerten sei. Im Anschluss an das Panel „Rassismus vor Gericht“ wurde kontrovers diskutiert, ob es strategisch klug ist, den Begriff „Rassist“ als Beleidigung zu deuten oder ob man sich dadurch einer wichtigen Analysekatgorie beraubt und die eigene Position schwächt. Die Beispiele ließen sich vermehren.

Stimmt, was hier mit und gegen die Critical Legal Studies und Stanley Fish entwickelt wurde, kann die Theorie solche Lageeinschätzungen nicht entlasten. Sie kann aber durch Analyse der Form des Rechts bestimmen, welche Kritiken Aussicht auf Wirksamkeit haben, die begrifflichen Mitteln der Lageeinschätzung entwickeln und ihre eigenen Grenzen bestimmen. Hier habe ich versucht, einen Beitrag dazu zu leisten.

## Ernährungssicherung, Lebensmittelsicherheit und Lebensmittelqualität



### Food Security, Food Safety, Food Quality

Current Developments and Challenges in  
European Union Law

Herausgegeben von Prof. Dr. Ines Härtel  
und Prof. Dr. Roman Budzinowski

2016, 281 S., geb., 99,- €

ISBN 978-3-8487-2939-5

eISBN 978-3-8452-7333-4

(Forum Umwelt-, Agrar- und Klimaschutzrecht, Bd. 8)

[nomos-shop.de/26924](http://nomos-shop.de/26924)

Sicherheit, Qualität und Verfügbarkeit von Nahrungsmitteln besitzen heute eine herausragende Bedeutung und werden hier aus der Perspektive des Europäischen Rechts untersucht.



Unser Wissenschaftsprogramm ist auch online verfügbar  
unter: [www.nomos-elibrary.de](http://www.nomos-elibrary.de)

Portofreie Buch-Bestellungen unter  
[www.nomos-shop.de](http://www.nomos-shop.de)

Alle Preise inkl. Mehrwertsteuer



**Nomos**