

Das Zeichen als Form und die Form des Rechtszeichens

The Sign as Form and the Form of the Law Sign

Thomas-Michael Seibert

translated by Annemarie Thatcher

Zusammenfassung

Diskutiert wird Luhmanns Konzept vom „Zeichen als Form“ vor dem Hintergrund der Formgebungen bei Peirce und Serres mit einem Erbschaftsfall im Vordergrund. Die These lautet: Zweiteilung als Ergebnis amputiert die grundlegende Operation der Formbildung, indem der Operator ausgesperrt wird. Operator ist der Interpretant, den Luhmann als Beobachter (unterschiedlicher Stufe) anschließend wieder einführt. Aber er lässt sich nicht aussperren, er ist fortwährend anwesend – als Parasit (Serres). An einem praktischen Fall wird das demonstriert: Eine Frau in einem Heim verfasst ein Testament und setzt den Heimleiter und seine Frau als Erben ein. Man benutzt die Rechtsform formularmäßig und meint, mit diesem Formular das Testament fachgerecht zu verfassen und die Interpretation auszusperren. Das spätere Rechtsverfahren der Verwandten gegen den Heimleiter kehrt die Verhältnisse um. Die Operation, sich auf Recht als ein Objekt so zu beziehen, dass die Operation sich wie dieses Objekt auf Recht bezieht und damit selbst zu einem Rechtszeichen wird (Peirce), ist parasitär. Sie plant ungeplante, überraschende Störungen ein.

Summary

Luhmann's concept of the „sign as form“ is discussed in the broader context of Peirce and Serres' concepts of formation, with an inheritance in the foreground. The assertion is: bifurcation as a result amputates the fundamental operation of form-building by excluding the operator. The operator is the interpretant, who Luhmann subsequently re-introduces as an observer (at a different level). But the interpretant does not permit itself to be excluded; it is always present – as a parasite (Serres). This is demonstrated using a practical case: A woman living in a home writes her will, in which she instates the home warden and his wife as her heirs. One uses a standardized form in the assumption that one is adhering to the prescribed legal form and thereby eliminating any need for further interpretation. The legal proceedings that followed and were instigated by the testatrix' relatives against the home warden reversed these circumstances. The operation of drawing on a right as an object in such a manner that the operation in turn claims rights in law, thus becoming a legal sign in itself (Peirce), is parasitic. It plans for unplanned, surprising disruptions.

I. Eine, Zwei und ein ganz besonderer Dritter

Niklas Luhmann achtete auf Formen, formal gesehen: auf jene Form, die er strikt als Zweiteilung verstanden hat. Eine Unterscheidung – so heißt sein vielfach variiert erster Satz – produziere immer eine Zweiheit, und die sei gewissermaßen Form der Form.¹ Die Form habe nämlich immer zwei Seiten, eine Innen- und eine Außenseite, und sie trenne den Bereich, den man geformt sehen möchte, von der Umgebung. Bei Luhmann heißt das Geformte „System“, das Übrigbleibende „Umwelt“, und die Ausgrenzung der Form ist die Operation der ersten Unterscheidung. Etwas bleibt dann draußen vor der Tür, Etwas, das vielleicht noch entscheidend stört oder die Entscheidung im Saal stört. Das Recht kennt für die Erstunterscheidung verschiedene Instanzen in einem Verfahren, und jede Instanz wird durch das jeweils Ausgeschlossene gestört. Das reibungslose, systemische Arbeiten mit Erstunterscheidungen kann sich der Erstheit niemals sicher sein. Genau das wird im Rechtsverfahren Thema, und Luhmann sieht (und lobt) die Verfahrensmäßigkeit,² so wie er den Theoriebetrieb mit einer Fabel über den re-entry des Ausgeschlossenen irritiert hat. In die Rechtstheorie hat das „zwölfte Kamel“ Einlass gefunden, das die unteilbaren elf Kamele der drei an einer Erbschaft Beteiligten in eine teilbare Menge verwandelt.³ Das Kamel ist ein Zeichen, ein Leihzeichen. Bleibt man beim Zeichenkonzept und verabschiedet nicht –

I. One, Two and a very special Third

Formally speaking, Niklas Luhmann always observed form; he understood form strictly to be a dual split. Distinction – as he stated in his frequently adapted first sentence – always leads to duality, which can be seen as the form taken by a form.¹ Form always has two faces: an interior and an exterior face; it separates the area we would like to see as “formed” from its surroundings. Luhmann calls the “formed” part “system” and the remainder its “environment”, whereby the exclusion of one from the other represents the first distinction that is operatively made. Something will inevitably have to stay outside in proceedings; that something is decidedly an interference, possibly disrupting the decision made in a room. In its initial decision-making process, the Law recognizes different instances within its proceedings, whereby each instance is rendered dysfunctional by what is respectively excluded. An unobstructed and systemic initial distinction can never guarantee its own originality. This is precisely the point questioned within legal proceedings. Luhmann recognizes (and welcomes) the adherence to legal proceedings,² just as he confounds legal theory with his fable of the excluded part re-entering the process at a later point in time. The figurative “twelfth camel” thus found its way into legal theory, as a means of dividing an undividable eleven camels bequeathed upon three heirs by the deceased,³ the camel merely being symbolic for a loan. If we stay with this concept of symbols and do not dismiss the “interpretant” – as Luh-

1 Niklas Luhmann, Zeichen als Form, in: Dirk Baecker (ed.), Probleme der Form (Frankfurt a.M. 1993), 45–69, 49.

2 Niklas Luhmann, Legitimation durch Verfahren (Neuwied 1969).

3 Niklas Luhmann, Die Rückgabe des zwölften Kamels: Zum Sinn einer soziologischen Analyse des Rechts, Zeitschrift für Rechtssoziologie 21 (2000), 3–60.

1 Niklas Luhmann, Zeichen als Form, in: Dirk Baecker (ed.), Probleme der Form (Frankfurt a.M. 1993), 45–69, 49.

2 Niklas Luhmann, Legitimation durch Verfahren (Neuwied 1969).

3 Niklas Luhmann, Die Rückgabe des zwölften Kamels: Zum Sinn einer soziologischen Analyse des Rechts, Zeitschrift für Rechtssoziologie 21 (2000), 3–60.

wie Luhmann⁴ selbst – den Interpretanten, dann kann man die ständige Wiederkehr des Ausgeschlossenen und fortschreitende Systembildung wie Störung sehen. Ich wähle hier einen anderen – wirklichen – Erbschaftsfall und beziehe mich auf die Parabel von den parasitären Ratten, wie sie de La Fontaine vorstellt, Serres interpretiert und Luhmann mit dem „Zwölften Kamel“ selbst aufnimmt. Die Botschaft lautet: Der Wert „Recht“ im System des Rechts kann nur im Verfahren formuliert werden, nicht inhaltlich, sondern formal, durch Letztentscheidung, auch wenn ihr eine Letztbegründung fehlt. Was bleibt, ist (nur) die Form des Rechtszeichens, die eine Verfahrensform ist.

Halten wir uns einmal an das Zusammentreffen von Zweien, von denen man den Einen immer besser als den Anderen sehen kann, und halten uns im Übrigen an die übliche juristische Form, einen Beitrag mit einem Fall zu beginnen. Luhmann schätzt das. In meinem Fall geht es im Wesentlichen um ein Testament, das auf ein Formular geschrieben worden ist und den Erben bezeichnen soll. Das Testament ist insofern schon ein Zeichen. Das Gericht hat dazu festgestellt:⁵

Die Erblasserin hat eine letztwillige Verfügung errichtet, wobei sie sich eines offensichtlich im Handel erschienenen und für Testamente bestimmten Briefbogens bediente, der außer einer Umrandung und vorgedruckten Zeilen auf der Vorder- und der Rückseite den aufgedruckten Hinweis enthält: „Das fertige Testament mit Ort, Datum und vollständiger Unterschrift schließen“. Auf die Vorderseite dieses Bogens setzte die Erblasserin fol-

mann does⁴ – we can see that the excluded part returns repeatedly, resulting in the progressive setup of a system and its own destruction. I am drawing on a real inheritance case here and the parable of parasitic rats, which La Fontaine imagines, Serres interprets and Luhmann assumes with his “twelfth camel”. The message reads: the value “Law” in the system of Law can only be expressed in terms of because of the inherent procedural disturbances. It cannot be read contextually as a “value”, but rather formally embodied within the ultimate decision, even if that ultimate decision lacks justification. What remains is (only) the form of the symbol “Law”, which is the form taken by proceedings.

Let us address the consilience of two, one of which we inevitably deem to be better than the other, by maintaining the usual legal form: we will start off the article by citing a case. Luhmann valued doing so. My case fundamentally has to do with a will that has been written using a standardized form, which intends to define the desired heirs. The will itself is already a sign. The court has established the following with regard to wills⁵:

The testatrix set up her will using a standardized form, such as is generally available in most stationary shops. Within its fancy border, the form contained general instructions for completion, including the following instruction: “Please sign and date your will, stating the place of signature, before you seal the envelope”. The testatrix wrote her will on the front of the form as follows: “My last Will and Testament. I [name of testatrix] hereby de-

4 Niklas Luhmann, Zeichen als Form, in: Dirk Baecker (ed.), Probleme der Form (Frankfurt a.M. 1993), 53.

5 Bayerisches Oberstes Landesgericht im Rechtsprechungsbericht der Neuen Juristischen Wochenschrift (NJW-RR) 9 (1989).

4 Niklas Luhmann, Zeichen als Form, in: Dirk Baecker (ed.), Probleme der Form (Frankfurt a.M. 1993), 53.

5 Bavarian Supreme County Court, („Bayrisches Oberste Landesgericht“) in a listing of recent decisions in the Neue Juristische Wochenschrift (NJW-RR) 9 (1989).

genden eigenhändig geschriebenen Text: „Mein letzter Wille. Ich N. N. (= Name der Erblasserin) erkläre im vollen Besitz meiner geistigen Kräfte folgendes: Als Alleinerbe meines gesamten Vermögens setze ich Familie B, Heimleiter-Ehepaar, ein. N. (= Ortsangabe) 4. 6. 1985“. Dieser nicht unterschriebene Bogen befand sich in einem verschlossenen Umschlag, auf dessen Vorderseite in einer ovalen Umrandung die Überschrift „Persönlicher Testament-Brief“, die Wörter „Name“ und „Adresse“ sowie der Satz „Anweisungen für den Fall meines Todes befinden sich bei:“ aufgedruckt sind. Auf die vorgedruckten Zeilen hinter „Name“ und „Adresse“ hat die Erblasserin handschriftlich ihren Namen und ihre Adresse eingesetzt.

Da sitzen also zwei am Tisch, die ein Interesse an der Sache, an diesem Text haben. Eine alte Frau, die im Heim lebt, schreibt einen Text, und sie benutzt dafür einen Vordruck. Woher hat sie ihn wohl? Ob sie „den aufgedruckten Hinweis“ noch hat lesen können? Den Vordruck mag ihr jemand beschafft haben, vielleicht der „Heimleiter“, vielleicht wusste der Heimleiter auch, was auf den Vordruck geschrieben würde. Eine alte Frau, die sterben wird, tut nicht immer, was sie will – wer weiß das schon –, vielleicht tut sie, was sie soll. Sie schreibt: „Als Alleinerbe meines gesamten Vermögens setze ich Familie B, Heimleiter-Ehepaar, ein“. Damit sind alle zwei zufrieden, diejenige, die es schreibt, genauso wie „Familie B, Heimleiter-Ehepaar“. Niemand von diesen beiden hat einen Zweifel, dass hier kein Zweifel bestehen kann. Schließlich hätte man alle Freiheit, ihn zu beseitigen. Man belässt die Sache so, wie sie ist, als ein vermeintliches sicheres Zeichen des Rechts. Leider muss man das tun. Man muss sich mit dem Recht arrangieren, das sich in das Verhältnis zwischen einer alten Frau und einem Heimleiter-Ehepaar dann doch, aber später einmischt. Das Recht – oder genauer gesagt: diejenigen, die das Recht rufen und

clare that I am sound of mind and that the sole heirs to my entire estate shall be Family B, home warden and wife. [Name of the testatrix, place of signature, June 4th, 1985]“. At least, this was the unsigned form found within the sealed envelope. There was an oval frame on the front of the envelope, which contained the following words in print: “Personal Will for [name and address]” and “Instructions in case of my death can be found with: [name]”. The testatrix had hand-written her own name and address after the respective words printed in the oval frame.

Two parties are sitting at a table. Both have an interest in one and the same matter – in this case: the will. An elderly old lady, who lives in a home, writes her will using a standardized form. Where did she get the form from? Was she able to read the small-print about having to sign the document before she put it into the envelope? Someone may have given her the form; possibly the home warden, who might also have known what the small-print said. An elderly lady, who is certain to die in the not too distant future, will not always have the freedom to do what she wants – who knows? Maybe she did what she was *supposed* to. She wrote “The sole heir to my entire estate shall be Family B, home warden and wife”. With that, two parties were satisfied: the lady, having written her will, and Family B, home warden and wife. Neither party had any doubt about there being any doubt; both parties had been absolutely free to eliminate any doubts. So the case is left as it is, as an apparently secure sign of the Law. Unfortunately, this is what has to be done. One has to come to terms with the Law, which will intervene in the relationship between the elderly lady and the home warden and his wife sooner or later. The Law, or better said,

sich auf Rechte berufen – stören. Das Recht ist nämlich ein Parasit – wenn es denn überhaupt etwas ist, wenn das Recht ein Etwas ist, das schon unterschieden ist, während andere gerade eine Unterscheidung wählen.

Damit heben wir vom Fall ab und beginnen etwas zu schweben, oder vielleicht anders: Wir bringen den Fall in die Schwebe. Denn zwei, die an einem Tisch sitzen und sich gemeinsam über eine Sache hermachen, sind niemals allein, schweben auch immer ein bisschen, sind also nicht einfach *down to earth*. Jede Handlung hat für sich genommen etwas Schwebendes, das auf eine Bezeichnung noch wartet, sie ist nur ein Erstes, nicht mehr und nicht weniger, und als das Erste bestimmt sie weder das Verfahren noch bildet sie für sich genommen Zeichen, die etwas bedeuteten. Was eine Handlung bedeutet, muss anschließend erst ein Dritter sagen, jemand der sich an den Tisch des Ersten setzt und verzehrt, was nicht für ihn bestimmt war. „Es gibt ein Drittes vor dem Zweiten; es gibt einen Dritten vor dem Anderen“.⁶ Der das behauptet – Michel Serres –, beginnt mit einer Fabel und schwebt über allen möglichen Fällen, die man damit erzählen kann. Niklas Luhmann hat das Motiv ausgebeutet und die Geschichte in die Rechtstheorie eingeführt, aber lesen wir sie erst. Sie gehört zum Kulturgut der Menschheit und wird Äsop zugeschrieben, findet sich aber unter anderem auch in der Fabelsammlung des berühmten Erzählers und Dichters de La Fontaine (1. Buch, Nr. 9), heißt „Le rat de ville et le rat des champs“ oder in der deutschen Übersetzung „Stadtratte und Landratte“:⁷

those who appeal to the Law and claim rights from it, interfere. If it is indeed anything at all, the Law is a parasite or something that has been determined while others were busy making decisions.

And so we lift and drift off away from the case; or to put it differently: we are allowing the case to drift off. Because two people sitting at one table dealing with one particular matter together are never alone, they will hover somewhat and will never really stand on the ground with both feet. Their every action is, to a certain extent, transient; waiting to be defined. A “first”: nothing more, nothing less. Taken as a “first”, no action on its own will create proceedings or meaningful signs. The meaning has to be defined by the Third, who will sit at the First’s table and consume what was not meant for him. “The Third precedes the Second; the Third exists before all Others”.⁶ The contender of this statement – Michael Serres – begins with a fable and thus glides over all other cases that could be recounted in connection with it. Niklas Luhmann exploited this theme and introduced the concept of History in Legal Theory; but let us first read the fable. It belongs to the heritage of mankind and is attributed to Aesop, but can be found in other fable collections, such as the collection of the famous story-teller and poet Jean de La Fontaine (1st Book, No. 9). It is called “Le rat de ville et le rat des champs”, or rather in English: “The Town Rat and the Country Rat”⁷:

6 Michel Serres, *Der Parasit* (Frankfurt a.M. 1981), 97.

7 Jean-Marc Bassetti pour Toiles-sur-mer.com, <http://www.lafontaine.net/lesFables/afficheFable.php?id=9>, und Arne-Wigand Baganz, http://www.versalia.de/archiv/de_la_Fontaine/Stadtratte_und_Landratte.1701.html, beide gesehen am 16. Dezember 2013.

6 Michel Serres, *Der Parasit* (Frankfurt a.M. 1981) 97.

7 Jean-Marc Bassetti pour Toiles-sur-mer.com, <http://www.lafontaine.net/lesFables/afficheFable.php?id=9> and association pour le musée J. de La Fontaine, www.la-fontaine-ch-thierry.net, both found on December 16, 2013.

Stadträttlein lud einst zum Feste
Und zu Tisch, auf hoch und fein
Fette Ortolanen-Reste,
Landrättlein gar höfisch ein.

Auf dem türk'schen fein gewebten
Teppich stand das Mahl bereit,
Und die beiden Freunde lebten
Lustig und in Herrlichkeit.

Man genoss in vollen Zügen,
Köstlich mundete der Schmaus;
Plötzlich, mitten im Vergnügen,
Wurden sie gestört – o Graus!

Klang es nicht, als ob was krachte? –
Hei, wie Stadträttlein in Hast
Gleich sich aus dem Staube machte!
Schleunigst folgt ihm nach der Gast.

Blinder Lärm nur war's. Es wandern
Beide wieder in den Saal,
Und Stadträttlein spricht zum andern:
„Setzen jetzt fort das Mahl!“

„Danke sehr!“, spricht jenes, „Morgen
Komm zu mir aufs Land hinaus.
Kann dir freilich nicht besorgen
Dort so königlichen Schmaus.

Einfach nur, doch unbeneidet,
Voller Sicherheit bewusst,
Speis ich dort. Pfui solcher Lust,
Die durch Furcht mir wird verleidet!“

Die Metaphorik der Fabel lädt ein zum Lob des einfachen, ungestörten, wenn auch kargen Lebens. Reichtum und Üppigkeit trifft man in der Stadt, dort lassen sich Feste feiern und Einladungen veranstalten. Aber das Vergnügen, das die Stadt bietet, ist doch „arm“, es ist heimlich abgezweigt und muss jederzeit mit Vertreibung und Tod rechnen. Das ist das Los des schmarotzenden Parasiten, der – weil er immer furchtsam und übervorsichtig ist – die Mitteilungen von außen auch noch falsch deutet. Was die

A city rat upon a day,
Invited from his curds
A country rat, in courteous way,
To pick the bones of birds.

The cloth on Turkey-carpet spread
With sundry odds and ends;
I think it need not here be said,
How happy were these friends!

It was a most genteel repast,
Where Plenty held her reign,
But ah! a noise their mirth o'ercast,
As they were in the vein.

Hard at the door that noise was heard,
The town rat ran away,
The rustic also something stirred
Advising not to stay.

The noise was hushed, the town rat grew
Bold, and brought back his guest.
“Come” said the cit, inspired anew,
Let's now eat up the rest.”

“I've quite enough,” the rustic cried,
“To-morrow dine with me;
Not that I feast in regal pride,
Or e'er such dainties see;

“But at my leisure still I eat,
There's nought to damp my cheer;
Away with fests, however great,
That may be spoiled by fear.”

The metaphors in the fable invite us to praise a simple, unperturbed but empty life. We will encounter wealth and abundance in cities, where parties and invitations bring people together. Nevertheless, the pleasures a city can offer are actually “poor”, secretly drawn off and in constant fear of expulsion and demise. That is the lot of a sponging parasite, who – because he is always over-careful and on his watch – tends to wrongly interpret messages received from the outside. Things that the city rat sees as a threat

Stadtratte für bedrohlich hält, ist es in Wirklichkeit gar nicht. Der Lärm erlischt, und man kann sich wieder hervorwagen, den Deutungsirrtum rasch eingestehen und zum Festtagstisch zurückkehren. „Parasit sein heißt: bei jemandem speisen“ – diese vom üblichen Sprachgebrauch leicht abweichende Wortbestimmung hat sich Michel Serres in seiner Interpretation der Fabel erlaubt.⁸ Der Parasit ist ein besonderer Dritter, er ist der besondere Dritte, der nicht bezeichnet wird und den man nicht erwarten muss, weil er immer anwesend ist, der sich nicht wirklich vertreiben lässt, sondern nur in Deckung geht. Mit einem Blick auf den erdenschweren Fall kann man sagen: Wenn jemand sich einmischt und das Testament daraufhin ansieht, ob es denn nun ein Testament ist, muss man die Luft anhalten und sich im Hintergrund halten. Wer weiß, was parasitäre Rechtsvertreter aus diesem Testament machen. Vertreiben kann man sie nicht.

Sieht man die Sache so, erstrecken sich die parasitären Verhältnisse weiter hinaus auf immer mehr andere. Es gibt mehr als einen Dritten, und jeder Wirt steht im Verdacht, Parasit eines anderen zu sein. Zum Beispiel speist auch der, bei dem die Ratten speisen, von den überlassenen Dingen anderer. In der von Serres herangezogenen Fassung der Fabel findet das Festmahl im Haus des Steuerpächters statt, und keiner im Staatsauftrag verhält sich parasitärer als der Steuerpächter: Er lebt von den Tischen anderer. Der Parasit nistet sich ein, wo andere mehr haben, als sie aktuell gerade verzehren können, und er lebt von den Resten der Aufteilung. Diese Metaphorik kann man ausbeuten.⁹ Bei jeder Operation, mit der die Welt aufgeteilt wird und eine Differenz das Innen vom Außen trennt, bleibt ein Rest, der

rarely turn out to be a real threat. Once the noise tones down, the rat can come out again, recognize his misconceptions and return to the banquet table. “To be a parasite means to feast off someone else’s table” – as Michael Serres allows himself to use the turn of phrase in his interpretation of the fable.⁸ The parasite is a special third element, THE special third element, which is not defined but must be expected, because it is always present. It cannot be displaced because it goes into hiding when it detects danger. Which suddenly brings us back to our rather more terrestrial case at hand: when someone interferes by looking at the will to see whether it has actually become a formal will, we wait with baited breath and keep in the background – who knows what the parasitic representatives of the legal profession shall make of the will, and we cannot ward them off.

If we see the case thus, the parasitic relationships extend ever further to an ever growing number of Others. There are more than three parties, and the parasite’s host is, in turn, suspected of being a parasite to another. For example, the person from whose table the rats had feasted survived from the leftovers of others. In the version of the fable drawn upon by Serres’, the feast takes place in the house of the publican, and no one within the State apparatus is more of a parasite than the publican. He feasts off the tables of others. The parasite nests where others have more than they are capable of eating, and survives by eating such parts as could not be divested. We can pillage this metaphor even further:⁹ each operation in which the world is carved into portions and in which a distinction separates the interior

8 Michel Serres, *Der Parasit* (Frankfurt a.M. 1981), 17.

9 Matthias Kronenberger, *Der Parasit der Überzeugungsbildung* (Berlin 2010), 10.

8 Michel Serres, *Der Parasit* (Frankfurt a.M. 1981), 17.

9 Matthias Kronenberger, *Der Parasit der Überzeugungsbildung* (Berlin 2010), 10.

von den aufgeteilten Seiten zehrt. Das hat Niklas Luhmann gerade mit Blick auf das Zeichen behauptet. Zeichen ist nicht der Inhalt der ausgezeichneten Seite, auch nicht das Jenseits der abgetrennten, Zeichen ist, was den Unterschied macht und dazwischen liegt. Das Zeichen ist selbst Parasit. Die Arbeit des Rechts erzeugt fortlaufend weitere Parasiten, und das gilt – wie Niklas Luhmann es im Anschluss an eine andere Parabel, die des zwölften Kamels, gedeutet hat – von der ersten Teilung an, mit der ein Recht behauptet wird. „Die beiden Werte Recht und Unrecht, der Gastgeber und der Gast sind so sehr miteinander beschäftigt und sich wechselseitig so eng verbunden, dass sie gar nicht merken, dass längst ein Dritter an ihrem Tisch sitzt, zusätzliche Bestellungen aufgibt und insgesamt vielleicht mehr verzehrt als Gastgeber und Gäste zusammen“.¹⁰ Die nicht zu Tisch Gebetenen, mit denen man nicht rechnet und die auch gerade nicht bedacht werden sollen, verschaffen sich – hinter dem Rücken der Tischgesellschaft und von ihr zunächst unbemerkt – eigenes Recht.

Rechte entstehen, wenn man das eine vom anderen unterscheidet, und sie entstehen auch für diejenigen, die bei der Unterscheidung nicht bedacht werden. Wenn das Recht zwischen Person und Sache unterscheidet und eine dritte Kategorie nicht zulässt, verlangen die Rechte der Tiere Einlass.¹¹ Wenn die Dinge keine eigenen Rechte haben, sondern als Sachen dem Eigentumsrecht von Personen unterworfen sind, die mit ihnen unverantwortlich umgehen, wird

from the exterior results in remains, which survive off the separated parts. Niklas Luhmann asserted that the same applies to a symbol. A symbol is not the content of the designated side, nor is it beyond the part separated from it. The symbol is what makes the difference and lies in between one and the other. The symbol is a parasite itself. The work of Law continuously produces parasites, and that applies – as Niklas Luhmann interpreted using a different parable, that of the twelfth camel – from the first partition through which a right can be asserted. “The two values “right” and “wrong”, the host and the visitor, who are so involved with each other and so mutually interdependent that they do not notice a third person sitting at the table. The third person places orders, possibly consuming more than host and visitor together”.¹⁰ Parties who have not been invited to dine at the table have not been taken into account by the host, and there is no intention to bequeath them anything. Nevertheless, very unobtrusively, they obtain own rights behind the backs of the dining party.

Rights come into being when one thing is different to another and can be separated from it; they can also arise with regard to parties for whom they were not intended. If Law distinguishes between people and things and does not permit a third category, animal rights will come up as an issue.¹¹ If things do not have rights of their own, and instead are the object of ownership rights of a particular person, a “Parliament of Things” will be established where that person does not treat his things with due care and

10 Niklas Luhmann, Die Rückgabe des zwölften Kamels: Zum Sinn einer soziologischen Analyse des Rechts, Zeitschrift für Rechtssoziologie 21 (2000), 45.

11 Malte-Christian Gruber, Rechtsschutz für nichtmenschliches Leben: der moralische Status des Lebendigen und seine Implementierung in Tier- schutz-, Naturschutz- und Umweltrecht (Baden-Baden 2006).

10 Niklas Luhmann, Die Rückgabe des zwölften Kamels: Zum Sinn einer soziologischen Analyse des Rechts, Zeitschrift für Rechtssoziologie 21 (2000), 45.

11 Malte-Christian Gruber, Rechtsschutz für nichtmenschliches Leben: der moralische Status des Lebendigen und seine Implementierung in Tier- schutz-, Naturschutz- und Umweltrecht (Baden-Baden 2006).

das „Parlament der Dinge“ eröffnet.¹² Wenn die Überzeugung von der Wahrheit eines Geschehens sich nur im Gerichtssaal zwischen den dort Beteiligten bilden soll, verschafft sich die ausgeschlossene Öffentlichkeit Einlass. Fernsehen und Film halten Einzug in das verschlossene Gerichtstheater.¹³ Es besteht dabei jeweils kein Zweifel, dass vorläufig die Inhaber der Rechte die Ausgeschlossenen jederzeit verjagen können. Das Verwaltungsgericht erkennt keine Rechte der im Weltkulturerbe Wattenmeer heimischen Robben an, und der Vorsitzende des Strafprozesses darf jederzeit die eingedrungenen Kameraleute entfernen – wenn sie sich denn entfernen lassen und genügend Wachtmeister zur Verfügung stehen. Aber dass binäre Schematisierung ein Problem löste oder einfache Reduktionen komplizierte Fragen erledigten – das darf niemand mehr glauben. Das Gegenteil drängt sich auf und mischt sich ein. Der Parasit speist am Tisch der eigentlichen Hauptpersonen, das Andere drängt sich dem Einen auf. Damit wird auch das binäre Zeichenkonzept ein Wirtshaus für Dritte. Das Ding, das für sich genommen immer auch ein Zeichen ist, tritt über repräsentierende Zeichen in ein Gedankenverhältnis zu etwas Drittem, das sich als Zeichen erweist, auch wenn man erklärende Bedeutung erwartet hatte. Die Zweiteilung ruft das ausgeschlossene Dritte hervor, das den Bedeutungsprozess stört. Der Interpretant ist ein Parasit.

II. Interpretant, Rechtsform und Verfahren

Aber was ist ein Interpretant? Ein Dritter, das Dritte oder eben jener gerade geschilderte besondere parasitäre Dritte?

respect.¹² If the truth sought by two parties can only be established convincingly within a courtroom, the excluded public will obtain entry. Television and celluloid films proceed to gain control over the closed courtroom theatre.¹³ There is no doubt that, for the time being, the owner of the rights can chase the excluded parties away at any time. The Adminstrative Court does not recognize the rights of seals native to the marshes protected as world cultural heritage ("Wattenmeer") and the criminal proceedings' judge has the right to banish any intrusive camera people at any time – if they allow themselves to be dragged off and sufficient security staff are around to assist. No one can possibly still believe that binary schematizations effectively eliminate problems or that simple reductions can solve complex questions. The contrary forces its way into our conscience and interferes. The parasite dines at the main actors' table; the other imposes itself on the first, making the binary sign concept a hostel for others. The thing, which – taken on its own, is always a sign as well – is transferred by means of representative signs into a thought relationship with some third. The third reveals itself as a sign, although we had expected to encounter a meaning requiring further explanation. The excluded third is summoned by the partitioning, which disturbs the process of interpretation. The interpretant is a parasite.

II. Interpretant, Legal Form and Proceedings

What is an interpretant? A third party, or thing, or even the special parasitic third mentioned above?

12 Bruno Latour, *Politics of Nature: How to bring the sciences into democracy* (Cambridge/Massachusetts 2004).

13 Christine Danziger, *Die Medialisierung des Strafprozesses: Eine Untersuchung zum Verhältnis von Medien und Strafprozess* (Berlin 2009).

12 Bruno Latour, *Politics of Nature: How to bring the sciences into democracy* (Cambridge/Massachusetts 2004).

13 Christine Danziger, *Die Medialisierung des Strafprozesses: Eine Untersuchung zum Verhältnis von Medien und Strafprozess* (Berlin 2009).

Zunächst einmal ist der Interpretant überhaupt das Dritte, das man nicht sieht und das doch schon wirkt. Formal (und insofern gegen Luhmann) muss man sagen, dass erst mit dem Dritten das Zeichen in die Semiose einkehrt, die Markierung der einen Seite also nicht – wie von Luhmann angenommen¹⁴ – das Zeichen allein schon ausmacht. Nur mit dem Dritten vermittelt das Zeichen zwischen dem Dingzeichen, von dem es seinen Ausgang nimmt, und einer Wirkung, die es erzeugt.¹⁵ Das Konzept dieser Zeichenpragmatik hat Charles Sanders Peirce in der Figur des Interpretanten entwickelt. Interpretant ist nicht der Interpret, es handelt sich auch nicht um den Prozess der Interpretation oder einer Beobachtung des Interpreten. Interpretanten umschreiben eher, was in den meisten Zeichenvorstellungen als Bedeutung verstanden wird. Dabei unterscheidet Peirce drei Arten von Interpretanten. Wenn man seinem Brief an William James vom 1. April 1909 folgt, dann begreift man den unmittelbaren Interpretanten „in the quality of the impression that a sign is fit to produce, not to any actual reaction“.¹⁶ Er ist die mögliche, auch ohne gegenwärtigen Akteur denkbare und noch unanalysierte Wirkung, die das Zeichen zu produzieren vermag. Angenommen wird dabei ein monadisches Zeichenverständnis, in dem das Zeichen für sich genommen wird. Der dynamische Interpretant ist die Wirkung des Zeichens, wie sie sich aktuell zeigt. Peirce stellt dabei Gefühle, Handlungen und Gewohnheiten nebeneinander und stellt in seinem Entwurf zum Pragmatismus aus dem Jahre 1907 das Kommando

To start off with and in more absolute terms, the interpretant is the third we do not see, but which nevertheless has an effect. Formally – and insofar contrary to Luhmann – we have to say that the sign does not become part of the semeiosis until it has interacted with the third. So labeling one side does not, as Luhmann assumed,¹⁴ represent a sign in itself. Only with the third does the sign liaise between the thing-sign out of which it arises and its own effect.¹⁵ Charles Sanders Peirce developed this concept of symbolic pragmatism in the shape of his interpretant. The interpretant is not an interpreter, nor a reference to the process of interpreting or indeed of observing interpretation. Interpretants rather describe what most symbol-perceptionists understand to be meaning. Peirce distinguishes between three types of interpretant. From his letter of April 1, 1909 to William James, we perceive the “immediate interpretant” to be “in the quality of the impression that a sign is fit to produce, not to any actual reaction”¹⁶ It is a possible effect the sign is able to produce, which is feasible without interaction by the present actor but as yet unanalyzed. This statement is based on a monadic understanding of symbolism, in which the sign is analyzed in isolation. The dynamic interpretant is the effect of the sign we currently see. Peirce lines up feelings, actions and habits next to each other, introducing the com-

14 Niklas Luhmann, Zeichen als Form, in: Dirk Baecker (ed.), Probleme der Form (Frankfurt a.M. 1993), 46.

15 Nina Ort, Sinn und Unsinn in der Semiotik. Über Luhmanns Versuch, Klarstellungen zum semiotischen Zeichenbegriff zu leisten, Zeitschrift für Semiotik 32 (2010), 67–79, 71.

16 C. S. Peirce, Excerpts from Letters to William James (L 224), in: Peirce Edition Project (ed.), The Essential Peirce, Vol. 2 (1998), 500.

14 Niklas Luhmann, Zeichen als Form in: Dirk Baecker (ed.), Probleme der Form (Frankfurt a.M. 1993), 46.

15 Nina Ort, Sinn und Unsinn in der Semiotik. Über Luhmanns Versuch, Klarstellungen zum semiotischen Zeichenbegriff zu leisten, Zeitschrift für Semiotik 32 (2010), 67–79, 71.

16 C. S. Peirce, Excerpts from Letters to William James (L 224), in: Peirce Edition Project (ed.), The Essential Peirce, Vol. 2 (1998), 500.

„Gewehr bei Fuß“ als Beispiel vor.¹⁷ Der dynamische Interpretant ist der effektive Interpretant. Zum eigentlichen Kern des Pragmatismus stößt Peirce aber erst mit dem sog. „finalen Interpretanten“ vor, der in einer besonderen Art der vielfältigen Peirceschien Dreiteilungen „logisch“ genannt wird. Hier wird der Effekt zum möglichen und gleichzeitig auch wirklichen Denk- wie Verhaltenstypus. „Final“ in diesem Sinne soll nämlich die Gewohnheit heißen, die ein Zeichen ausbildet. Auf dieser Stufe der Semiose nimmt Peirce die Kantsche Sollensbestimmung des kategorischen Imperativs auf und formt ihn in die berühmt gewordene pragmatische Maxime um, wie sie sich in dem frühen Aufsatz über „How to Make Our Ideas Clear“ findet: „Consider what effects, which might conceivably have practical bearings, we conceive the object of our conception to have. Then, our conception of these effects is the whole of our conception of the object“.¹⁸

Diese Konzeption des Interpretanten mag nun die Grundlage einer Rechtssemiotik darstellen. Gewohnheit im Recht ist sie dennoch bisher nicht geworden. Hier herrschen nach wie vor Binarität und Bifurkation, d. h. es wird nicht nur zweigeteilt, binär schematisiert, sondern auch entzweit, d. h. je nach Ausgangspunkt im Schema ergeben sich – ob gewollt oder unbeabsichtigt – ganz unterschiedliche Verläufe und Geschichten trotz simpler Anfangsbedingungen.

Peirce’s concept of the interpretant is “ready for battle” in his draft on pragmatism in 1907.¹⁷ A dynamic interpretant is an effective interpretant. Peirce finally gets to the core of pragmatism with his so called “final interpretant”, who, in a unique embodiment of the manifold Peircean trichotomy, is called “logical”. The effect simultaneously becomes a likely and realistic mental and behavioral incident, as the habit of building a sign in this sense should be deemed “final”. It is at this stage of semiotics at which Peirce takes up the Kantian determination of the categorical imperative and forms it into the acclaimed pragmatic axiom, such as can be found in the quotable citations contained in the early essay on “How to Make Our Ideas Clear”: consider the effects, which might conceivably have the practical bearings we perceive the object of our conception as having. Thus our conception of these effects is the whole of our conception of the object”.¹⁸

This concept of the interpretant could represent the basis of legal semiotics. Still, it cannot be said to have ever become legal custom. Legal custom continues to be dominated by binary structures and bifurcation. In other words, not only do we divide and create binary schemes, we also fragment things, so that very different paths and stories can result – whether accidentally or on purpose – despite the simplest initial conditions. In Law, binary schematization defines

-
- 17 C. S. Peirce, Pragmatism (MS 318): “Thus, when a drill officer gives a company of infantry the word of the command, ‘Ground arms!', if this is really to act as a sign and not in a purely ‚physiological' way ... there must first be, as in all actions of signs, a feeling-interpretant, – a sense of apprehending the meaning, – which in its turn at once stimulates the soldiers to the slight effort required to perform the motion.” in: Peirce Edition Project (ed.), *The Essential Peirce*, Vol. 2 (1998), 430.
- 18 C. S. Peirce, How to Make Our Ideas Clear (1878) (P 119), in: N. Houser and C. Kloesel (ed.), *The Essential Peirce*, Vol. 1 (1992), 132.

-
- 17 C. S. Peirce, Pragmatism (MS 318): „Thus, when a drill officer gives a company of infantry the word of the command, „Ground arms!“, if this is really to act as a sign and not in a purely „physiological“ way ... there must first be, as in all actions of signs, a feeling-interpretant, – a sense of apprehending the meaning, – which in its turn at once stimulates the soldiers to the slight effort required to perform the motion.“ in: Peirce Edition Project (ed.), *The Essential Peirce*, Vol. 2 (1998), 430.

- 18 C. S. Peirce, How to Make Our Ideas Clear (1878) (P 119), in: N. Houser and C. Kloesel (ed.), *The Essential Peirce*, Vol. 1 (1992), 132.

gungen. Für das Recht steht am Anfang die binäre Schematisierung nach Recht und Unrecht oder Ordnung und Störung, noch einfacher: nach Normgemäßheit oder Normwidrigkeit, nicht die Konzeptualisierung komplexer Interpretanten. Wenn man die Untersuchungen zum Aufbau sozialer Systeme berücksichtigt,¹⁹ dann lässt sich adäquate Komplexität auch gar nicht herstellen, indem man rechtlich an soziale Problemlagen anschlosse und Entsprechungsverhältnisse herstellte. „Stattdessen“ wird ein anderer Weg gefunden, der mit einfachen Mitteln eine dann freilich andere Art von Sinn produziert. Es bleibt also beim Blick in die Welt und der simplen juristischen Beobachtung, die Welt bestehe aus Personen und Sachen. Erst danach kann und muss man sich überlegen, wie Tiere, Fakultäten oder Staatsgewalten in diese binäre Teilung einzuordnen sind und wo das Dritte bleibt, wenn man den Staat zu einer Gebietskörperschaft und damit zu einer Person erklärt. Vor solchen begrifflichen Unterscheidungen im Sprachvorrat rangieren freilich binäre Schematisierungen im Handlungsablauf, bei denen der Dritte, der durch die Entzweigung ausgeschlossen wird, sich umstandslos wieder an den Tisch drängt. Die Schematisierung gelingt nämlich nur um den Preis erhöhter Störungsanfälligkeit.

An dieser Stelle muss man noch weiter abheben, um dann doch – wie Luhmann gelegentlich empfiehlt – einen Blick durch die Wolkendecke auf den bekannten Boden zu machen.²⁰ Luhmann möchte den Aus-

right or wrong and order or disturbance; even more simply: according to norm conformance or norm non-conformance, not the conceptualization of complex interpretants. If we take into consider research about the formation of system,¹⁹ we cannot create adequate complexity by attaching law to social problem areas in an attempt to set up parallels between the two. Instead, another way is found to produce a different type of sense using the simplest of means. Here we leave it at taking a glance at the world and making the simple legal observation that the world is made of people and things, nothing more. Only afterwards can we think about how to sort animals, faculties or state authorities into this binary division and where the third might be left when we declare the state to be a public body corporate, and thus a person. In our course of action, binary schematizations come even before such abstract distinctions in our linguistic reserves; a course of action through which the third, who is excluded by the partition, forces his way back to the table without further ado. This schematization can only work at the price of increasing vulnerability to disturbance.

At this point, we have to lift off even further, so we can – as Luhmann occasionally recommends – take a look through the cloud cover at the well-known ground.²⁰ Luhmann wants to change the term “interpretant”

19 Niklas Luhmann, Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie (Frankfurt a.M. 1984), 250.

20 Ibid., 13: „Der Flug muß über den Woken stattfinden, und es ist mit einer ziemlich geschlossenen Wolkendecke zu rechnen. Man muß sich auf die eigenen Instrumente verlassen. Gelegentlich sind Durchblicke nach unten möglich – ein Blick auf Gelände mit Wegen, Siedlungen, Flüssen oder Küstenstreifen, die an Vertrautes erinnern; oder auch ein Blick auf die erloschenen Vulkane des Marxismus.“

19 Niklas Luhmann, Social Systems (Stanford 1995), 182.

20 Ibid., L (preface): „Our flight must take place above thick clouds, and we must reckon with rather thick cloud cover ... Occasionally, we may catch glimpses below of a land with roads, towns, rivers, and coastlines that remind us of something familiar, or glimpses of a larger stretch of landscape with the extinct volcanoes of Marxism.“

druck „Interpretant“ vollständig ersetzen und meint, das geschehe, wenn man den „Gebrauch einer Unterscheidung zum Zwecke der Bezeichnung der einen (und nicht der anderen) Seite Beobachten“ nenne.²¹ Wenn man sich einmal auf die Logik des Parasitären eingelassen hat, weiß man schon, dass es doch nicht gelingen kann, etwas „vollständig“ zu ersetzen. Die ungebetenen Gäste ziehen sich noch nicht einmal zurück, sie warten allenfalls auf die Gelegenheit wieder zu lärmten. Das *re-entry*, das Luhmann aus dem Formenkalkül Spencer Browns entlehnt, trennt, was gleichzeitig anwesend ist.²² Man kann das verstehen, wenn man wieder zurückgeht auf das Niveau des Falls. Eine schreibt ein Testament, und ein Zweiter benutzt es. Das Heimleiter-Ehepaar ist sich ganz sicher, dass ein Dritter sich in seine Beziehung zur Verstorbenen nicht einmischen kann. Aber der Dritte macht Lärm. Erst Dritte machen das Ereignis, dem nichts Besonderes anzuhafte scheint, zu einem Fall, der die nicht besondere Besonderheit zum Thema macht, und es gibt zwei Dritte, die im Verfahren zu Beteiligten werden: „Der Beteiligte zu 3 ist ein Sohn der am 19. 6. 1974 verstorbenen Frau V, die aus der ersten Ehe des am 7. 11. 1973 verstorbenen Ehemanns der Erblasserin stammt. Der Beteiligte zu 4 ist der Enkel einer Tante der Erblasserin.“ Diese Dritten schlagen Lärm und behaupten, der im Umschlag verwahrte Bogen mit dem handgeschriebenen Satz „Als Alleinerbe meines gesamten Vermögens setze ich Familie B, Heimleiter-Ehepaar, ein“ sei gar keine Erbeinsetzung. Dazu benötigt man nun weitere Formen. Denn die Beteiligten zu 1 und 2, das Heimleiter-Ehepaar, fühlen sich nicht in der Lage der Ratten, die – wenn sie Lärm hören – sich schnell zurückziehen.

completely and thinks that this will happen if we refer and observe the “use of a distinction for purposes of determining the one (as opposed to the other) side”.²¹ Once we have succumbed to the logic of the parasitic, we already know that we can never “fully” replace something. The uninvited visitors do not even withdraw; they merely wait for an opportunity to start making a racket again. The re-entry, which Luhmann derives from the considerations on form made by Spencer Brown, separates what is simultaneously present.²² This is easier to understand if we return to the level of our case. A person writes their will; a second person uses it. The warden-couple is very sure that no third person can interfere in its relationship with the deceased. But the third person makes a racket. The third person turns the seemingly insignificant event into a case, which blows the unspecific fact up into an issue; there were two third parties who became participants in the proceedings: “the participant re 3 is the son of Mrs. V, deceased on June 19, 1975, from the first marriage of the testatrix to her husband, deceased on November 7, 1973. The participant re 4 is the grandson of an aunt of the deceased.” These third parties create a racket and allege that the hand-written will appointing Family B, home warden and wife as legal heirs is legally invalid. Substantial formal characteristics that would render the will legally valid are missing. The warden and his wife, participants no’s 1 & 2, do not see themselves as the rats in the fable, which scamper away quickly as soon as they hear a noise. Are not the warden and his wife, by virtue of the nature of the case, the hosts? And the others who want to participate in something they had not contributed to in the first place the parasites? Particularly as wardens nourish and care for their guests

21 Niklas Luhmann, Zeichen als Form, in: Dirk Baecker (ed.), Probleme der Form (Frankfurt a.M. 1993), 53.

22 Matthias Kronenberger, Der Parasit der Überzeugungsbildung (Berlin 2010), 113.

21 Niklas Luhmann, Zeichen als Form, in: Dirk Baecker (ed.), Probleme der Form (Frankfurt a.M. 1993), 53.

22 Matthias Kronenberger, Der Parasit der Überzeugungsbildung (Berlin 2010), 113.

Sind die Heimleiter nicht von der Natur der Sache her Wirt – und Parasit die Anderen, jene, die nach dem Tod noch an etwas partizipieren wollen, für das sie nichts getan haben? Während Heimleiter doch ihre Gäste bis zum Tode nähren und pflegen! Da sich also niemand von selbst verzieht, braucht es eine andere Form, in der zwei mögliche Parasiten sich nun über das hermachen, was die Tote übrig gelassen hat, Bargeld und Bankguthaben. Der Fall nimmt eine Rechtsform an.

Man sollte bei Carl Schmitt nachsehen, um die Eigenart der Rechtsform „in ihrer rein juristischen Natur“ zu bestimmen.²³ Die Form des Rechts wird durch die Möglichkeit bestimmt, etwas zum Gegenstand der Entscheidung in einer Instanz zu machen. Es bedurfte eines Entscheidungstheoretikers, um die Rechtsforschung daran zu erinnern, dass die Rechtsform nicht die Gesetzesform sein kann, weil „das Gesetz nicht sagt, wem es Autorität gibt“. Nicht jeder – wiederholt Schmitt an dieser Stelle einen bekannten Topos – könne jeden beliebigen Rechtssatz vollstrecken und realisieren. Das ergibt sich erst aus der Position im Verfahren. Das Rechtsverfahren führt zu Instanzen, es prozessiert Entscheidungen und ermöglicht es schließlich, solche Entscheidungen in weiteren (Vollstreckungs-)Verfahren zu realisieren. Ob also der Satz „Als Alleinerbe meines gesamten Vermögens setze ich Familie B, Heimleiter-Ehepaar, ein“ eine Erbeinsetzung enthält oder nicht, lässt sich gar nicht sagen, wenn nur zwei am Tisch sitzen. Naturgemäß ändert sich das auch nicht, wenn sich zwei andere an diesen Tisch setzen, seien es nun Heimleiter-Ehepaar, Verwandte oder deren Anwälte. Allerdings setzen diese Verwandten und Anwälte immerhin den Anlass, um in ein Verfahren einzutreten, wobei „Verfahren“

until the guests pass away! As no one forgives anyone of their own accord, we need a different form, in which two possible parasites get their share of what has been left behind by the deceased – cash and savings. The case begins to take (legal) shape.

We should refer to Carl Schmitt in order to determine the peculiarities of legal form “in its purely legal capacity”.²³ The form of law is defined by the ability to make something the subject of a decision within a particular instance. It took a theorist of decisions to remind the Law that the form taken by a legal provision is not synonymous to legal form, because “the Law does not say to whom it grants its authority”. Not everyone – and here Schmitt repeats a well-known *Topos* – has the authority to execute and realize any given legal provision whatsoever. These rights initially result from the position of the subject within the proceedings. The path of legal proceedings leads to its various instances. It processes decisions and ultimately enables the realization of such decisions in subsequent (enforcement) procedures. So whether or not the sentence “I hereby bestow my entire assets to Family B, home warden and wife” contains a defined (lawful) inheritance is difficult to judge, with only two parties sitting at the table. Given the nature of the issue, nothing would change if two different parties were to sit at the same table, whether they are the warden and his wife, relatives or their lawyers. However, these relatives and lawyers did constitute the event that set the proceedings rolling, whereas “proceedings” can be

23 Carl Schmitt, Politische Theologie (Berlin 1922), 38.

23 Carl Schmitt, Politische Theologie (Berlin 1922), 38.

theoretisch als zeitlich gestreckte Situationsfolgen mit begrenzten Beteiligten und streitigem Thema verstanden werden sollen.²⁴

Verfahren sind das Formmodell des Rechts. Jede Operation im Dispositiv des Rechts muss sich am Modell der in Stationen und Zügen gegliederten Handlungen zwischen mehreren Beteiligten (ggf. „Parteien“) orientieren.²⁵ Dieses Ensemble von Personen, Stationen und Zügen macht den Ablauf eines Verfahrens aus, von denen es im Recht unterschiedliche Typen gibt: streitige und amtsbestimmte, solche, die man meiden kann, und andere, in die man hineingezwungen wird. Erbschaften zwingen die Beteiligten in ein Verfahren. Erbe wird man zwar eigentlich ohne Weiteres und kraft Gesetzes, aber anerkannt ist das erst, wenn man über einen sog. „Erbschein“ verfügt. Den stellt das Nachlassgericht im Erbscheinsverfahren aus. Soweit scheint alles ganz übersichtlich, und damit wird auch die Frage beantwortet, wer entscheidet: das Nachlassgericht, und zwar auf Antrag des Heimleiter-Ehepaars, der Beteiligten zu 1 und 2. Diese beiden stellen einen Antrag auf Erteilung eines Erbscheins, und das Nachlassgericht kündigt die Erteilung eines Erbscheins des Inhalts an, dass die Erblasserin von den Beteiligten zu 1 und 2 je zur Hälfte beerbt worden sei. Auch das scheint ganz übersichtlich zu sein. Die beiden, die Lärm schlagen, der Sohn des früheren Ehemanns und der Enkel der Tante der Verstorbenen – diese beiden wären dann die Parasiten, die weichen müssen. Aber das Amtsgericht als Nachlassgericht entscheidet nicht letztinstanzlich. Es gibt ein Rechtsmittel, und das legt der Sohn des früheren Ehemanns ein.

understood theoretically to be a series of episodes over time, containing a restricted number of participants and one common disputed issue.²⁴

Proceedings are models of form of the Law. Every operation within the disposition of the Law has to align itself to the model, which is comprised of the actions of the participants (or “parties”) divided into stations and trains.²⁵ This ensemble of persons, stations and trains makes up the sequence of proceedings, of which the Law contains a number of different types: disputable ones, ones that are predetermined by an office, ones we can avoid, and others into which we are forced. Inheritances force the participants into proceedings. Even though an heir becomes an heir without active participation by virtue of legal provisions, his recognition as such depends on legal certification of the probate. Certification can be obtained by going through the certification procedure at the surrogate court. So far, everything seems to be very straight forward, and our question about “who decides?” has been answered: the surrogate court upon application of the warden and his wife, participants numbers 1 and 2. Both participants file an application for a certificate of probate, and the court confirms it will issue a certificate to the effect that each participant shall be heir to one half of the deceased’s assets. Even this does not appear to complicate matters in any way. The two parties creating the racket are the son of the deceased’s former husband and the deceased’s aunt’s grandson – these two parties can thus be seen as the parasites, which have to succumb. But the surrogate court’s decision is not the final instance and is open to appeal. One of the parasites, the

24 Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft* (Frankfurt a.M. 1993), 208.

25 Thomas-Michael Seibert, *Gerichtsrede. Wirklichkeit und Möglichkeit im forensischen Diskurs* (Berlin 1996), 242.

24 Niklas Luhmann, *Law as a Social System*, transl. by Klaus Ziegert (Oxford 2004), 206.

25 Thomas-Michael Seibert, *Gerichtsrede. Wirklichkeit und Möglichkeit im forensischen Diskurs* (Berlin 1996), 242.

Was passiert? Das Gericht berichtet:²⁶ „Auf die Beschwerde des Beteiligten zu 3 hat das Landgericht die Entscheidung des Nachlassgerichts aufgehoben, dieses angewiesen, dem Beteiligten zu 3 einen Alleinerbschein aufgrund des Erbvertrags vom 1. 12.1960 zu erteilen, und den Erbscheinsantrag der Beteiligten zu 1 und 2 zurückgewiesen.“ Was äußerlich passiert, ist danach immer noch klar. Es werden Positionen verschoben, und dass das jederzeit möglich ist, hat Michel Serres bereits gesehen. Es sei nicht so leicht zu unterscheiden, wer in der Nacht der Ratten und Ortolanen nun Parasit oder Störer gewesen sei und ob der Steuerpächter, der ja selbst Parasit ist, als Wirt eingesetzt werden müsse. Nur eines bleibt: Es handelt sich um ein Bezugssystem zwischen Dreien, das Serres nicht gerne in horizontal/vertikaler Position anordnet, sondern lieber nach der Marke des Mercedes-Sterns in gleiche Entfernung vom Zentrum setzt. Dann – so sieht es Serres²⁷ – sind die drei Plätze äquivalent. Jeder ist in Linie mit dem anderen, und jeder kann in die Position des Dritten gelangen. Wenn man das nicht von vornherein angenommen hat, demonstriert es die Rechtsform. Das von der zweiten Instanz in die Rolle der Parasiten gedrängte Heimleiter-Ehepaar betreibt ein weiteres Rechtsmittel, nämlich weitere Beschwerden, und wieder scheint alles offen, denn die Justiz entscheidet ein drittes Mal, diesmal durch ein Oberlandesgericht. Es bleibt bei der Form der Entscheidung, nur die Position im Instanzenzug ändert sich, und – damit verbunden – ändern sich Wichtigkeit, Bedeutung und Gelehrsamkeit der Entscheidung. Was beim Amtsgericht nicht weiter

son of the deceased's former husband, appeals to the court.

What happens? The court reports as follows:²⁶ “Upon appeal of participant number 3 the County Court has reversed the decision of the surrogate court and has instructed the surrogate court to certify participant number 3 as the sole heir by virtue of the will of December 1, 1960 and to reject the applications of participants 1 and 2 for certification of their rights as heirs of the will”. What becomes clear after this is only what has happened on the surface. The participant who previously lost is now a winner. Positions are re-shuffled, which, as Michael Serres recognizes, can happen at any time. In a night of rats and ortolans it is not easy to determine who was merely a parasite or disturbance, and whether the publican, who himself is a parasite, has to be implemented as a host instead. Only one fact remains: the whole thing is a system of reference between three parties, which Serres does not like to see fixed; neither horizontally nor vertically. Instead, he prefers to arrange it in the shape of a Mercedes star, placing all three in equal distance from the centre. In Serres' opinion,²⁷ this arrangement renders each of the three positions equal. Each is in line with the other and all of them are equally likely to take the place of the third. Even if we did not assume this from the beginning, it is demonstrated by the legal form. The warden and his wife, who have been forced into the role of the parasites in the second instance, can make use of a further legal remedy and lodge complaints. By taking advantage of this option they re-open the matter, and the judiciary is called upon to make a third decision – this time the appeal is lodged with a High Court. The form, a court ruling,

26 Bayerisches Oberstes Landesgericht, Rechtersprechungsreport der Neuen Juristischen Wochenschrift NJW-RR (1989), 9.

27 Michel Serres, *Der Parasit* (Frankfurt a.M. 1981), 37.

26 Bayerisches Oberstes Landesgericht in a listing of recent decisions in the Neue Juristische Wochenschrift (NJW-RR) 9 (1989).

27 Michel Serres, *Der Parasit* (Frankfurt a.M. 1981), 37.

aufgefallen ist, wird jetzt zum allergrößten Problem, das durch Heranziehung von Literatur, allerlei Argumenten und scheinbar oder wirklich vergleichbaren Entscheidungen diskutiert wird. Darin liegt die von Carl Schmitt hervorgehobene Bedeutung der juristischen Form, mit der die Frage nach der inhaltlichen Richtigkeit durch ein Zuständigkeitsmodell ersetzt wird.²⁸ Recht ist Form als Verfahrensmacht auf dem Wege zu einer Entscheidung.

remains the same. Only the positions within this instance have shifted, thereby changing the importance and meaning of the decision, as well as its erudition. The one point that escaped the county surrogate court now becomes the biggest problem of all, necessitating intensive literature research and coming through of precedents to find similar or apparently similar arguments in support of the case. Herein lies the meaning of legal form drawn upon by Carl Schmitt, which replaces the question of whether the contents of the case are correct with the model of responsibilities.²⁸ Law is form, a procedural authority on its way to a decision.

III. Das Eins-Zwei-Drei der Argumente

Mit dieser Formvorstellung ist allerdings alles, was Juristen und meist auch das Publikum an einem Fall interessiert, fast vollständig in den Hintergrund getreten. Wenn man bei der kreisförmigen Verteilung von Dreiern bleibt, die Serres als Wirt, Störer und Parasit bezeichnet, dann muss es noch etwas geben, das zum Platztausch animiert und die Bewegung bewegt, einmal den Wirt zum Störer macht, ein anderes Mal den Störer als Parasiten bezeichnet. Was die Beteiligten des Verfahrens selbst bewegt und ihnen Antrieb für zeit- (und geld-)aufwändige Verfahrensgänge gibt, scheint leicht zu sehen: Geld und Bankguthaben. Warum man das haben will, muss nicht weiter begründet werden, auch wenn es psychische Antriebe in jedem Verfahren gibt, die mit Geld und Bankguthaben nicht vermittelt sind und selbständig wirken können. Weil Geld und Bankguthaben aber so offensichtliche Beweger für Zeichenoperationen sind, lässt sich damit in der Sache nicht die Zustimmung Dritter erzielen. Einen Prozess gewinnt man eben nicht, weil man einfach Geld braucht, es sei denn, es gelänge im Verfahren das Geld-Haben einer Seite als

III. The One-Two-Three of Arguments

With this idea of form, however, everything that is understood by lawyers – and mostly also by the public – to be interesting in a case, is pushed almost completely into the background. If we stay with the circular placement of “the three”, which Serres describes as the host, the disturbance and the parasite, there has to be something which causes these three to change places and keep moving: the host turns into a disturbance; the disturbance can be seen as a parasite, and so on. The factors that move the participants around within the proceedings or motivate them to spend time and money applying to the proceedings appear to be evident: money and savings. There is no need to argue that someone would want to get their hands on money and savings, despite the fact that psychological drivers exist in every process that have nothing to do with money and savings and can work independently of them. Because money and savings are such obvious shifters within sign operations, third party agreement cannot be assumed by their virtue alone. We do not win a court case merely because we need the other party’s money, unless we succeed in setting

28 Carl Schmitt, Politische Theologie (Berlin 1922), 40.

28 Carl Schmitt, Politische Theologie (Berlin 1922), 40.

schlechthin anstößig und änderungsbedürftig hinzustellen (böser kapitalistischer Monopolist). Die Bedeutung oder den Inhalt der Form muss man also auf einem anderen Feld suchen als in ohne Weiteres erkennbaren äußereren Zuständen. Formal scheint es so zu sein, dass Argumente die Wirkungskraft haben, formale Positionen zu verschieben – wie und warum auch immer. Die Hoffnung auf Gründe ist Verfahrensgesetz geworden. Modern – und das heißt: mit der Herausbildung einer flächendeckenden entscheidungsverpflichteten Justizorganisation – werden Gründe zum Bestandteil der Entscheidungen. Formal sagt man: Eine Entscheidung muss begründet werden. Das normieren die einschlägigen Verfahrensordnungen. Damit sind Argumente das Dritte, das sich zwischen Zwei schiebt. Aber sie haben auch selbst ein Erstes und Zweites.

„Auch Argumentation ist eine Form mit zwei Seiten“ sagt Luhmann²⁹ und überträgt so seine allgemeinen Systemüberlegungen auf den Fall der Begründung. Formal lassen sich die zwei Seiten sicher nicht mit den je nach Perspektive im Übrigen ganz unterschiedlichen Vorstellungen über die Güte eines Arguments bestimmen. Es sind nicht auf der einen Seite gute, auf der anderen schlechte Gründe. Infolgedessen verwirft Luhmann auch die These, Geltung könnten nur gute Gründe beanspruchen, und setzt an die Stelle dieser Verknüpfung eine Differenz: „Kein Argument vermag ... das geltende Recht zu ändern“.³⁰ Es unterlegt die Rechtswahl, nicht mehr. Positiv und auf den Erfolg von Argumentation zielt Peirce ab, wenn er die Wirkung des Arguments dahin bestimmt, „to determine an acceptance of its conclusion“, was gleichbedeutend mit der Bedeutung (*meaning*) des Arguments sei.³¹

out within proceedings that the fact that the other party has the money is so wrong and unjustified that it has to be changed (bad capitalistic monopolist). We have to look for the meaning or the content of the form in other fields, rather than in immediately evident external factors. Formally, it would appear that arguments have the effect of shifting formal positions – the “how” and “why” are irrelevant here. Hoping for reasons has become a fundamental law of proceedings. Recently – meaning: with the development of a comprehensive judicial organization that is obliged to make decisions – reasons have become part of a decision. From a formal perspective a decision has to state the reasons behind it. This is inherent in the norms surrounding legal proceedings, thus making arguments into a third, which interjects between the other two. But even they themselves have a respective first and second.

Luhmann transposes his general thoughts on proceedings to the process of reasoning, concurring that “even argumentation is a form with two sides”.²⁹ The two sides surely cannot be formally determined by the quality of an argument, which, depending on the point of view, can be evaluated very differently. Reasons are not good on the one hand and bad on the other. As a result, Luhmann discards the theory that arguments can only be valid if they are good, and replaces this connection with his distinction “no argument is good enough to change the law to be applied”.³⁰ It is subject to the Law selected, nothing more. Peirce contends more positively that arguments can succeed if the effect of the argument is defined as succeeding: “to determine an

29 Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft* (Frankfurt a.M. 1993), 338.

30 Ibid.

29 Niklas Luhmann, *Law as a Social System*, transl. by Klaus Ziegert (Oxford 2004), 305.

30 Ibid.

Argumente sind symbolische Legi-Zeichen des Interpretanten.³² Sie bewirken definitionsgemäß einen Regelbezug mit Hilfe anderer Zeichen und umfassen als Legi-Zeichen auch primäre Rhema- und sekundäre Dicent-Zeichen. Peirce's Klassifikation wird an dieser Stelle ziemlich unübersichtlich, ist selten systematisch gebraucht und – soweit ersichtlich – nur von Lorenz Schulz auf den Rechtsbereich übertragen worden.³³ Hier soll in Differenz zur Luhmannschen Differenztheorie und Beobachtungsempfehlung nach und mit Peirce das Konzept der Interpretanten reaktiviert werden. Dazu dienen theoretisch Aspekte der Peirce-spezifischen Trichotomie Rhema-Dicent-Argument; empirisch sollen diese Abstrakte auf die Erstheit eines Falls und die existenzielle Zweitheit von Entscheidungen bezogen werden. So wie Luhmann es sieht, lassen ja Argumente die Geltung des Rechts unberührt. Deren Bedeutung zeigt sich am Erfolg. Sie sind und bleiben Zeichen mit zeichenhafter Wirkung und flottieren damit neben, zwischen und über Geltungsbeziehungen. Auf der Ebene der Argumentation findet jedes Argument auch ein Gegenargument, jeder Grund eine Widerlegung und einen

acceptance of its conclusion", which is comparable to the meaning of the argument.³¹ Arguments are the symbolic law sign of the interpretant.³² By definition they create a rule of reference with the help of other signs, and as signs of law they include primary rhema and secondary dicent signs. At this point, it becomes difficult to follow Peirce's classification, which as a result is seldomly used systematically and has been applied to Law by only a very few authors.³³ By contrast to Luhmann's theory of differentiation and his recommendation to observe, the intention here is rather to re-activate Peirce's concept of the interpretant step by step. In order to do so, it is necessary to draw on theoretical aspects of the Peirce-specific trichotomy: the rhema-dicent argument. These abstracts shall be matched empirically to the "firstness" of a case and the existentialist "two-someness" of court decisions. The way Luhmann sees it arguments do not affect the validity of the Law. Their implications will be shown in their success, according to that pragmatic maxim. They are and will continue to be signs with symbolic effect and therefore hover next to, between, and over validity-establishing relations. At the level of

-
- 31 C. S. Peirce, Harvard Lecture on Pragmatism VI „The Nature of Meaning“, in: Peirce Edition Project (ed.), *The Essential Peirce*, Vol. 2 (1998), 208–225.
- 32 C. S. Peirce, Nomenclature and Divisions of Triadic Relations, as Far as They Are Determined, in: Peirce Edition Project (ed.), *The Essential Peirce*, Vol. 2 (1998), 289–299.
- 33 Siehe Roberta Kevelson, Peirce, Paradox, Praxis: The Image, the Conflict, and the Law (Berlin/New York 1991); Lorenz Schulz, Das rechtliche Moment in der pragmatischen Philosophie von Charles Sanders Peirce (Ebelsbach 1988); Ders., Semiotik und Recht. Zeichen im Recht und Recht der Zeichen. In: U. Wirth (ed.): Die Welt als Zeichen und Hypothese: Perspektiven des semiotischen Pragmatismus von Charles Sanders Peirce. (Frankfurt a.M. 2000); Joachim Lege: Pragmatismus und Jurisprudenz: Über die Philosophie des Charles Sanders Peirce und über das Verhältnis von Logik, Wertung und Kreativität im Recht (Tübingen 1999).
- 31 C. S. Peirce, *Harvard Lecture on Pragmatism VI „The Nature of Meaning“*, in: Peirce Edition Project (ed.), *The Essential Peirce*, Vol. 2 (1998), 208–225.
- 32 C. S. Peirce, Nomenclature and Divisions of Triadic Relations, as Far as They Are Determined, in: Peirce Edition Project (ed.), *The Essential Peirce*, Vol. 2 (1998), 289–299.
- 33 See Roberta Kevelson, Peirce, Paradox, Praxis: The Image, the Conflict, and the Law (Berlin/New York 1991); Lorenz Schulz, Das rechtliche Moment in der pragmatischen Philosophie von Charles Sanders Peirce (Ebelsbach 1988); Ders., Semiotik und Recht. Zeichen im Recht und Recht der Zeichen. In: U. Wirth (ed.): Die Welt als Zeichen und Hypothese: Perspektiven des semiotischen Pragmatismus von Charles Sanders Peirce. (Frankfurt a.M. 2000); Joachim Lege: Pragmatismus und Jurisprudenz: Über die Philosophie des Charles Sanders Peirce und über das Verhältnis von Logik, Wertung und Kreativität im Recht (Tübingen 1999).

Gegengrund. Man weiß das oder erfährt es, und wenn das so ist, bewirken Argumente etwas anderes als Ergebnisbestimmung. Entscheidungen als Fallergebnisse sind etwas anderes, abstrakt: Dicent-Zeichen der Art: Das hat der Bundesgerichtshof schon entschieden (ohne dass sich jemand die Mühe machte, „das“ zu erläutern). Argumente selbst entscheiden nichts, aber sie bewirken etwas Entscheidendes, indem sie das Operationsfeld herstellen, vergrößern oder verkleinern.³⁴ In einem argumentativen Interpretantenbezug wird man überdies fragen, ob es für ein mögliches Ergebnis überhaupt einen anderen Bezugs- oder Begründungstext gibt. „Begründung“ heißt der Textbezug in den Verfahrensordnungen. Luhmann nennt ihn „Beobachtung erster Ordnung“ und versteht darunter: „das Invariantsetzen und das Erweitern und Neugestalten des Textes in anderen Texten“.³⁵ Argumente als Formmerkmal in der Rechtsform, also in Prozessen, führen Texte in das Verfahren ein, bezeichnen sie als wesentlich, auslegungsfähig, unmittelbar oder sinngemäß verwend-bar und machen diese Texte damit zum Argumentationsstoff. Argumentation als Beobachtung zweiter Ordnung werfe die Frage auf, „wie der Text in der Kommunikation zu handhaben sei“.³⁶ In den kontinentalen Rechtsordnungen waren das traditionell Gesetzes-texte, es sind aber mehr und mehr auch die Texte vorangegangener Entscheidungen.

Wenn man sich nicht in Formbestimmungen verirren will, sollte man die Veranschaulichung am Fall wagen. Die dargestellten allgemeinen Formen des Zeichens – ein Antrag im Verfahren, eine Entscheidung – erscheinen inhaltlich fast vollständig

an argument: each argument will find a counter-argument, every reason its contradiction and counter-reason. We know or experience this and if it is so, arguments cannot determine the final result. Decisions as the result of a case are something else, something abstract: dicent signs of the kind: the court has already decided “that point” (without anyone making the effort to explain what “that point” might be). Arguments on their own do not result in a decision, but they do have a decisive effect in that they set out, expand or contract the field in which the operations take place.³⁴ In an argumentative reference to an interpretant one would further enquire whether different references or reasoning can give yield a specific result. “Reasoning” means the reference to a text within the regulations governing the process. Luhmann calls this “observations of the first order”, which he defines as “rendering invariant and expanding and restructuring a text within other texts”.³⁵ As a characteristic of legal form, especially in lawsuits, arguments introduce texts into proceedings and define these texts as substantial, open to interpretation, directly implementable or according to their meaning, thereby making such texts available for use as arguments. Argumentation as second-order observation begs the question “how can the text be used for purposes to communicate”.³⁶ In continental legal orders this traditionally meant legal provisions, but it is increasingly taken to mean the texts used in precedents.

If we do not want to get lost in the details of determining form, we should dare to apply the theory to the case. The content of general forms of signs presented so far – an application of norms in proceedings, a deci-

34 G. Teubner/P. Zumbansen, Rechtsentfremdungen. Zum gesellschaftlichen Mehrwert des zwölften Kamels. Zeitschrift für Rechtssociologie 21 (2000), 189–215.

35 Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft* (Frankfurt a.M. 1993), 340.

36 Ibid.

34 G. Teubner/P. Zumbansen, Rechtsentfremdungen. Zum gesellschaftlichen Mehrwert des zwölften Kamels, Zeitschrift für Rechtssociologie (2000), 189–215.

35 Niklas Luhmann, *Law as a Social System*, transl. by Klaus Ziegert (Oxford 2004), 340.

36 Ibid.

rechtsfern. Sieht man auf die Entscheidung, kann man davon sprechen, dass mal die einen gewinnen, mal der andere, dass die eine Entscheidung der anderen widerspricht, sie abändert und insgesamt in der Sache gar nicht klar ist, unter welchem Gesichtspunkt das geschieht. Dieser Eindruck ist nicht nur der bisherigen Entwicklung dieses Beitrags geschuldet, er ist rechtszeichentypisch. Man muss das Recht im Recht nicht sehen, man kann sich darauf beschränken, wer sich in welcher Situation durchsetzt, vielleicht – wer weiß das schon (außer einem zuständigen Gerichtshof) – mit Recht, vielleicht aber auch mit wenig oder ganz ohne. Man muss sich für das Recht nicht interessieren, man muss es auch nicht ausdrücken, nach einer verbreiteten Rechtsphilosophie muss man es nur fühlen. Mit Argumenten kann man mehr tun. Man kann oder sollte zunächst einmal – Luhmann erinnert an alte Tugenden – den Text, der die Entscheidung stützt, finden.³⁷ Gut macht sich in einer kontinentalen Rechtsordnung ein Gesetzesstext, und den gibt es natürlich, so natürlich, dass jeder (deutsche) Jurist ihn aus seiner Ausbildung kennen sollte. Er lautet in § 2247 des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs:

(1) Der Erblasser kann ein Testament durch eine eigenhändig geschriebene und unterschriebene Erklärung errichten.

(2) Der Erblasser soll in der Erklärung angeben, zu welcher Zeit (Tag, Monat und Jahr) und an welchem Ort er sie niedergeschrieben hat.

(3) Die Unterschrift soll den Vornamen und den Familiennamen des Erblassers enthalten. Unterschreibt der Erblasser in anderer Weise und reicht diese Unterzeichnung zur Feststellung der Urheberschaft des Erb-

sion – seem to be almost completely detached from law. If we look at the court decisions, we can say “some you win, some you lose”; some decisions contradict or change others, without it being entirely clear why. This impression is not only owed to the way in which this article has developed thus far, it is typical for legal signs. We do not have to see the justice in Law when we look at proceedings; we can restrict ourselves to looking at who perseveres in which situations: possibly justifiably so, who really knows (apart from the court dealing with the case). Possibly less justifiably so, or not at all. We do not have to develop an interest in Law and we do not even have to express it. According to a wide-spread Philosophy of Law, we only have to feel it. But we can do much more with an argument. We can – or should – as Luhmann reminds us of our old virtues – first find the text to support the decision.³⁷ In a continental-European system of law it then makes sense to find the text of the applicable legal provision(s), which will naturally exist – so naturally that every (German) lawyer will be very familiar with them from their studies: Sec. 2247 of the German Civil Code:

(1) The testator may make a will by a declaration written and signed in his own hand.

(2) The testator should state in the declaration the time when (day, month and year) and the place of signature as well as the place in which the document was written and witnessed.

(3) The signature should contain the first name and surname of the testator. If the testator's signature is effected in any other manner than personally and such signature

³⁷ Ibid., 349.

³⁷ Ibid., 349.

lassers und der Ernstlichkeit seiner Erklärung aus, so steht eine solche Unterzeichnung der Gültigkeit des Testaments nicht entgegen.

Damit ist die Existenz des Argumentationsorts bekannt. Luhmann identifiziert damit „die alte, noch in vorherrschend mündlichen Kulturen aufgewachsene Topik“.³⁸ Mit einer solchen Gesetzesstelle lässt sich in Frage stellen und stören, was die Erst- und Zweitbeteiligten des Falls meinten, bereits beantwortet zu haben. Es wird jetzt zu einer argumentativ strittigen Frage, ob das als „Persönlicher Testament-Brief“ eingetütete Dokument nun ein Testament ist oder vielleicht doch nicht. Eigentlich besteht kein Zweifel, dass die alte Dame im Jahre 1985 ein solches Testament errichten wollte. Ansonsten hätte sie ihre schriftlichen Aktivitäten einfach unterlassen können. Aber man kann sich Gedanken machen, welches Maß von Freiwilligkeit nach und während einer Heimunterbringung noch möglich ist. Nicht selten dringen die Bezugspersonen der letzten Stunde, die ihre Beistandsdienste vor dem Tode dienstvertraglich nicht ausreichend abgegolten sehen, darauf, nach dem Tode bedacht zu werden und zu erben. Dieser Druck kann verschämt oder unverschämt sein. Er kann – zumal in einem Alten- und Pflegeheim – ausdrücklich oder nur indirekt ausgeübt werden.

Diskutiert wird über diese möglichen Situationsumstände allerdings nicht juristisch. In der Begründung der Gerichte spielen sie keine Rolle, wobei dahingestellt bleiben muss, ob sie die Entscheidung nicht doch bestimmt haben. Denn die Isolation der Unterschrift erlaubt es, aus der formalen Position im Text eine Bedeutung für den Inhalt des Textes zu erschließen, und da entscheidet das oberste bayerische Zivilgericht im Jahre 1988 anders, als man erwartet hätte.

is deemed sufficient to establish the identity of the testator and the seriousness of his declaration, such signature will not invalidate the will and its enforceability.

And so we now know the existence of the reason for argument. The Law does not answer questions, however – quite the contrary: it asks questions and provides sufficient fuel for any disturbers to ask questions and disrupt the harmony of the diners whenever they want. Luhmann identifies this as “the old topic”.³⁸ Legal texts of this nature enable us to question and disturb what case participants thought they had already responded to. The question under debate is whether the “personal testament letter” in the envelope constitutes a formal testament or not. There is no real doubt that the elderly lady wanted to set up a testament in 1985. If this had not been the case, she would not have written anything in the first place. But it leaves us to ponder the question of just how voluntary the actions of a person living in a home can be. It is not rare for the last person taking care of an elderly citizen to encourage them to bequeath their worldly goods to them, because they feel that the care and time they have invested in the elderly person has not been duly compensated with their regular salary. Pressure can be applied prudently or impudently, and – particularly in old peoples’ or nursing care homes – directly or even just “by the way”.

Discussions surrounding these possible situational circumstances are anything but legally based. They do not play a part in the decisions made by the court, although whether or not they have in some way influenced them will have to be left open. By isolating the signature, we can derive from its formal position within the text the meaning of the text as such, which is exactly what the highest Bavarian civil court did in 1988, when it made its rather unexpected decision.

38 Ibid., 339.

38 Ibid., 339.

Das Testament sei doch kein Testament, es heiße nur so. Denn es hat keine Unterschrift, oder anders: Was Unterschrift sein könnte, steht an der falschen Stelle. Das „Unter“ in der Unterschrift bekommt semantischen Wert.³⁹ Vielleicht kann es selbstverständlich heißen, dass eine Unterschrift eben keine Überschrift ist. Dem Satz, mit dem das Gericht die Form als Inhaltsmerkmal begründet, soll nicht widersprochen werden; dementsprechend ist er mit überbordenden Zitaten ausgestattet und lautet:⁴⁰

Die Selbstbenennung oder Selbstbezeichnung der Erblässerin am Anfang ihrer letzwilligen Verfügung stellt nach herrschender Meinung in Rechtsprechung und Schrifttum keine Unterschrift i. S. von § 2247 I BGB dar (BayObLGZ 1968, 311 (314); 1979, 203 (204); BayObLG, NJW-RR 1986, 494 (495)= FamRZ 1985, 1286; Palandt-Edenhofer, § 2247 Anm. 5b; Burkart, in: MünchKomm, § 2247 Rdnr. 28; Kregel, in: RGRK, 12. Aufl., § 2247 Rdnr. 15; Soergel-Harder, BGB, 12. Aufl., Rdnr. 32; Dittmann-Reimann-Bengel, Testament und Erbvertrag, 2. Aufl., § 2247 Rdnr. 30).

Das ist mächtig, es sind vor allem mächtig viel Zitate, die so schnell keiner überprüft und von denen man wird vermuten dürfen: In allen diesen Entscheidungen sah die Form anders aus, bestimmt war es nicht dieselbe, aber sie wird als Dieselbe gleich behandelt. Das führt zu einer mächtigen Existenzbehauptung im Prädikat des Aussagesatzes, ein Aussagesatz, in dem die Existenz die sprachliche Form des „stellt nach herrschender Meinung in Rechtsprechung und

The testament was not a testament, it was only called that. It had no signature; or rather the item we would refer to as a signature was in the wrong place. To take it apart semantically: the German word for signature “Unterschrift” contains the word “unter”, meaning under, or beneath.³⁹ It may naturally mean that a signature should not be located before the contents. The argument of the court that form is characteristic of its content shall not be contradicted; it has been respectively complemented by excessive quotes as follows:⁴⁰

The fact that the testatrix has written her name at the top of her last will does not constitute her signature in the meaning of Sec. 2247 German Civil Code, according to the prevalent opinion in jurisdiction and literature (BayObLGZ 1968, 311 (314); 1979, 203 (204); BayObLG, NJW-RR 1986, 494 (495)= FamRZ 1985, 1286; Palandt-Edenhofere, Sec. 2247 Comment 5b; Burkart in: Münch-Komm, Sec. 2247 recit. 28; Kregel in: RGRK, 12th ed., Sec. 2247 recit. 15; Soergel-Harder, BGB, 12th ed., recit. 32; Dittmann-Reimann-Bengel, Testament und Erbvertrag (Testaments and Wills), 2nd ed., Sec. 2247 recit. 30).

A powerful statement containing a powerful amount of quotes that no one will take the time to check and which lead to the impression that only the form in all of these decisions was comparable. The contents and case facts were quite different, but they are all treated as being the same. This is a powerful assertion of existence in the statement predicate; a statement which takes on the linguistic form of accordance with “the prevalent opinion in jurisdiction and literature”.

39 Was Derrida entwickelt: *Jacques Derrida, Signature événement contexte*, in: Ders., Marges de la Philosophie (Paris 1973), 365–393.

40 Bayerisches Oberstes Landesgericht, Rechtsprechungsreport der Neuen Juristischen Wochenschrift NJW-RR (1989), 9.

39 What Derrida develops: *Jacques Derrida, Signature événement contexte*, in: Id., Marges de la Philosophie (Paris 1973), 365–393.

40 Bayerisches Oberstes Landesgericht in a listing of recent decisions in the Neue Juristische Wochenschrift (NJW-RR) 9 (1989).

Schrifttum ... dar“ annimmt. Denn der Gesetzesatz aus § 247 Abs. 1 BGB sagt dazu leider nichts. Dieses Nichts verwandelt sich in der Begründung zum Doch-Sein, nämlich Sein „im Sinne von“ oder: i.S. Das genügt, wenngleich damit nur so viel begründet wird als: So machen es die anderen auch. Aber es genügt doch wieder nicht ganz, denn es handelt sich nicht direkt um eine Selbstbenennung, sondern um den Sachverhaltssatz: Auf die vorgedruckten Zeilen hinter „Name“ und „Adresse“ hat die Erblasserin handschriftlich ihren Namen und ihre Adresse eingesetzt. Wenn man diesem Sachverhalt Absatz 3 der Gesetzesvorschrift zur Seite stellt: Unterschreibt der Erblasser in anderer Weise ..., dann könnte man durchaus von einer wirksamen Unterschrift reden, wie es das Amtsgericht als erste Instanz offenbar getan hat, ohne dazu eine längere Begründung gegeben zu haben. Die Gegengründe beschäftigen das Obergericht immerhin so weit, dass es heißt:⁴¹

Zutreffend führt das Landgericht aus, dass das Formerfordernis des § 2247 I BGB auch durch die eigenhändige Unterschrift auf einem Testamentsumschlag erfüllt sein kann. Die Rechtsprechung hierzu war zunächst uneinheitlich (vgl. die Nachweise bei OLG Düsseldorf, NJW 1972, 260 und OLG Frankfurt, NJW 1971, 1811 (1812)). Es entspricht jedoch nunmehr einhelliger Meinung, dass von einem gültigen Testament dann auszugehen ist, wenn der Unterschrift auf dem Umschlag keine selbständige Bedeutung kommt und wenn sie mit dem Text auf den einliegenden Blättern in einem so engen inneren Zusammenhang steht, dass sie sich nach dem Willen des Erblassers und der Verkehrsauflassung als äußere Fortsetzung und Abschluss der einliegenden Erklärung darstellt. In diesem Fall ist der Umschlag ein Teil der Testamentsurkunde.

Because the legal text of Sec. 2247 ss. 1 German Civil Code unfortunately says nothing about it. This “nothing” does turn into “being” in the reasoning given in the ruling; being “in the meaning of” or “i.e.”, although it only justifies the fact that others would have made the same decision in the given circumstances. Only small consolation, as it is not – strictly speaking – about self-designation. It is about the circumstances: the testatrix had hand-written her own name and address after the respective words printed in the oval frame. If we apply Sec. 2247 ss. 3 German Civil Code to this circumstance, we have a situation in which a signature may have been effected in “another way”, as the court of first instance did indeed assume, without giving extensive reasons for their decision. Counter-arguments did appear to occupy the High Court to the extent that they said:⁴¹

The county surrogate court has correctly asserted that the form requirement in Sec. 2247 ss. 1 BGB may have been fulfilled by the hand-written signature on the envelope containing the will. Existing precedents on this have been inconsistent (see the evidence provided to the OLG Düsseldorf, NJW 1972, 260 and OLG Frankfurt, NJW 1971, 1811 (1812)). Prevalent opinion defines that a testament is only valid when the signature on the envelope cannot be attributed a meaning of its own and if it stands in such close connection with the text written on the enclosed papers that it expresses an unmistakable intention to continue what has been written inside the envelope and wrap up or conclude the statement expressed within. In this case the envelope is part of the will document.

41 Ibid.

41 Ibid.

Das ist ein Autoritätsargument, für das aber wiederum eine nicht selbstverständliche Sachverhaltsunterstellung benötigt wird. Einmal soll es eine Rolle spielen, dass „nunmehr“ (aber nicht vorher) die „Meinung“ (aber nicht irgendeine, sondern die entscheidende Auffassung der Weisen und Bedeutenden) „einhellig“ geworden sei (womit jeder Widerspruch das Odium des Außenseitertums erhält), zum anderen muss die Selbständigkeit oder Unselbständigkeit einer Bedeutung festgestellt werden. Es ist nicht sehr klar, was das heißen soll, aber klar wird, dass die autoritative Begründung einen Umstand aus dem Vordruck benutzt, dem die Verstorbene kaum Bedeutung beigemessen haben dürfte. Sie hat ihren Namen und ihre Adresse handschriftlich eingesetzt „auf die vorgedruckten Zeilen hinter ‚Name‘ und ‚Adresse‘“, und dann – so lautet der Schluss – ist die Selbstbenennung nicht mehr unselbständig, sondern selbständig. Es handelt sich dann nämlich um die Adresse eines Briefs und nicht um eine Unterschrift.

An dieser Stelle enthält die Begründung noch ein besonderes juristisches Formmerkmal. Man muss – lautet die juristische Maxime – zugestehen, dass man anderer Meinung sein kann. Man sieht also, dass das Ergebnis der Auslegung auch anders ausfallen kann, und weist die Auslegung im Ergebnis als tatsächliche Würdigung dem Landgericht zu. Als Tatsacheninstanz treffe es eine bindende Schlussfolgerung, „sofern es den maßgeblichen Sachverhalt ausreichend erforscht (§ 12 FGG) und alle wesentlichen Umstände berücksichtigt hat (§ 25 FGG). Dabei brauchen die Schlussfolgerungen der Tatsachengerichte nicht zwingend zu sein; es genügt, wenn sie möglich sind, mag auch eine andere Schlussfolgerung ebenso nahe oder gar noch näher liegen (vgl. BayObLGZ 1984, 246 (250); BayObLG, NJW-RR 1986, 494 = FamRZ 1985, 1286 (1287))“. Auch hier zeigt die Menge der Zitate an, dass es sich um eine Begrün-

Although this is an argument of authority, it requires in itself a representation of the case facts that are not self-explanatory. In one instance it is asked to play a role, which “now” (in the sense of “not previously”) has become the “unanimous opinion” (and not just any opinion, but rather the decisive opinion of the wise and meaningful), with which all contradictions obtain the odium of being outsiders. In another instance the independence or dependence of a meaning has to be determined. It is not very clear what this should mean, but it becomes clear that the authoritative reasoning uses a circumstance relating to the given form, which the testatrix can hardly have given any thought to. She hand-printed her name and address in the respective slots printed on the envelope. So then – thus the conclusion shall be – the self-appointment is not dependent any longer and becomes independent, as it becomes the address of a letter and not a signature.

At this point the court’s decision introduces a further, special, formalistically legal attribute. One has to concede – or so says the legal maxim – that other third parties may have a very different opinion, which could lead to a very different interpretation. It attributes this essential interpretation to the county surrogate court, which, in its capacity as the trial court, has reached a binding conclusion, “to the extent that it has sufficiently investigated the relevant circumstances (Sec. 12 of the Voluntary Jurisdiction Act [transl. note: Freiwillige Gerichtsbarkeit Gesetz – “FGG”]) and taken into account all significant facts (Sec. 25 FGG). The conclusions of the trial court need not be imperative where a different conclusion might be equally obvious (see BayObLGZ 1984, 246 (250); BayObLG NJW-RR 1986, 494=FamRZ 1985, 1286 (1287))”. The substantial number of citations here shows us that the decision may be open to contrary interpretation. To exaggerate this

dungsstelle handelt, hinter der die Möglichkeit eines entgegengesetzten Ergebnisses steht. Paradoxal zugespitzt: Das Ergebnis bleibt wie es ist, weil es auch anders hätte sein können.

IV. Die Form des Rechtszeichens

Was auch anders hätte sein können, nennt Niklas Luhmann „Kontingenzen“.⁴² Dass Rechtsentscheidungen im Besonderen und Entscheidungen im Allgemeinen contingent sind, ist in der Rechtstheorie beschrieben worden und kann in der Rechtspraxis im Verfahren erfahren werden. Ob sie auch so wirken, ist eine andere Frage. Einmal getroffen, zwingen sie die Beteiligten nicht nur, etwas zu tun, sie wirken auch so. Von der Interpretantenseite her heißt das: Jederzeit kann der Parasit die beiden stören, die am Tisch tafeln, jederzeit müssen sich die Tafelnden von einer Macht im Hintergrund gestört fühlen. Aber es darf doch getafelt werden, so wie jeder, der die Esser stört, selbst zum Parasiten werden kann.⁴³ Wie kommt es dann, dass man Entscheidungen – gerichtlichen im Allgemeinen und obergerichtlichen im Besonderen – häufig nicht widersprechen kann, es wenigstens schwer fällt, das zu tun? Bleibt vom Recht noch etwas in der Form seines Verfahrens? Ein Inhalt etwa? Oder handelt es sich immer nur um eine Form der Kontingenzen, die nur eben den Handelnden im Moment ihres Handelns nicht bewusst wird?

Ein letzter spekulativer Blick auf den Fall sei dabei gestattet. Vielleicht – heißt die Spekulation – sind es weder die Unterschrift noch deren Form und Position, die den Fall entscheiden. Vielleicht steht die Begründung der Entscheidung ziemlich fern. Vielleicht lässt sich das entscheidende Zeichen

paradoxically: the result stays as it is, even though it could have been different.

IV. The Form of the Symbol of Law

Niklas Luhmann designates such parts as could have been different as “contingency”.⁴² The fact that court rulings specifically and decisions more generally are contingent has been described in legal theory and can be experienced in the legal practice procedure. Whether or not they have the same effect is a moot point. Once stung, not only is the participant forced to act; but also to administer. Put from the interpretant's perspective: it follows that the parasite can always intrude on the two dining at the table, who will always feel disturbed by the force lingering in the background. Feasting is permitted, just as anyone who disturbs the diners will themselves become the parasite.⁴³ How come we are often unable to or at least find it difficult to contradict decisions – meaning court decisions in general and higher court decisions in particular? Does anything of the Law remain in form of its procedure? Its content, perhaps? Or can there only ever be a single form of contingency, which the actors are not aware of while they are acting?

We will permit ourselves to take a last, speculative glimpse of the case, speculatively asserting that perhaps neither the signature nor its form and position were in any way decisive at all. The reasoning may be light years away from the decision. Maybe the decisive sign cannot even be put into

42 Niklas Luhmann, Soziale Systeme. Grundriss einer allgemeinen Theorie (Frankfurt a.M. 1984), 56f.

43 Matthias Kronenberger, Der Parasit der Überzeugungsbildung (Berlin 2010), 112.

42 Niklas Luhmann, Social Systems (Stanford 1995), 56f.

43 Matthias Kronenberger, Der Parasit der Überzeugungsbildung (Berlin 2010), 112.

nicht formulieren. Immerhin kennen die modernen Verfahrensordnungen neben der Begründung auch die Überzeugung und weisen ihr den entscheidenden Wert zu, ohne dass das Verhältnis zwischen Begründung und Überzeugung nachhaltig geklärt wäre.⁴⁴ Dann ist da noch der störende Satz aus dem Off des Begründungskontexts von jenem störenden Parasiten des Rechts, den niemand bisher wirklich hat ausschließen können: „Die Entscheidung ist, normativ betrachtet, aus einem Nichts geboren.“⁴⁵ Es muss also notwendig spekulativ bleiben, was sich im Nichts abspielen könnte. Man hört an dieser Stelle seit einiger Zeit beschwörende Worte über Werte, wobei selten unterschieden wird, wen oder was welcher Wert ausschließt und was er vorsieht. Der Wert von Erbschaften ist den Postmodernen nur noch als Geldwert deutlich, als ein Geldwert, der im öffentlichen Interesse besteuert werden kann und soll, weil es nämlich eigentlich unverdientes Geld ist, das da übergeht. Der Wert der Erbschaften könnte ein anderer gewesen sein, und nur mit diesem anderen kann man verstehen, weshalb bürgerliche Rechtsordnungen den Erbschaften so viel Gewicht und so viel Vorschriften beilegen. Die persönliche und familiäre Existenz war und ist – vermutlich noch während dies gelesen wird – nicht gesichert, „Aldersarmut“, „Prekariat“ oder Rentenschwund sind in den westeuropäischen Gesellschaften Stichworte für politisches Tätigwerden oder Untätigbleiben. Die Gesellschaft – so denkt man sich die Sache im Sozialstaat – soll dafür sorgen, dass jeder einzelne auskömmlich leben kann! Die traditionelle Wertentscheidung war eine andere: Die Familie sorgt dafür, dass jeder einzelne auskömmlich leben kann. Sie sorgt dafür durch Erbschaften für Subsistenzmittel in dem weiten Umkreis, den das Ab-

words. Modern procedural rules do at least recognize conviction as well as reasoning and point a decision in the right direction, despite the fact that the balance between reasoning and conviction has not been sustainably resolved.⁴⁴ Then we have the disrupting sentence, coming in from the offside of the context of reasons from those disruptive parasites of justice, which no one had really been able to exclude up to then. Carl Schmitt says: “normatively speaking, the decision is borne out of nothingness”.⁴⁵ It necessarily remains speculative, which thrives in the absence of surety. At this point, we heed the incessant whispers about values, even though it is still not clear whom or what each value excludes or includes. The post-modern value of inheritances is best expressed in terms of money, which can and should be taxed in the name of public interest, because the inheritance represents a transfer of money that the receiver has not earned. The value of the inheritance could have been something different; this difference being the means by which we understand why civil legal orders attach such importance and so many legal regulations to inheritances. Personal and familial existence was and is – even while reading this – unsecured: old-age poverty, precarity, or disappearing pensions are key-words for political action and inaction in western European societies. It is society’s obligation – or so we are led to believe in the welfare state – to ensure that everyone is adequately provided for! However, traditional value judgments were different: the family had to look after all of its members and provide for them adequately. By passing on their worldly goods by way of succession, they ensured that their circle of entitled descendants was able to subsist. For instance, the central value of the law of succession, from which the rules on statutory

44 Ibid., 37.

45 Carl Schmitt, Politische Theologie (Berlin 1922), 37f.

44 Ibid., 37.

45 Carl Schmitt, Politische Theologie (Berlin 1922), 37f.

stammungsrecht zieht. Der zentrale Wert des Erbrechts, dem etwa die Vorschriften über einen Pflichtteil geschuldet sind, heißt: Verwandte sind immer zu bedenken. Man darf ihnen nicht alles aus Willkür wegnehmen. Zwar kann diese Maxime gestört werden, weil die Willensentscheidung des testamentarisch Verfügenden frei sein soll. Aber – oben ist das schon ausgedrückt – wie frei ist der Wille im Heim? Der Druck auf demnächst Sterbende kann verschämt oder unverschämt sein. Er kann – zumal in einem Alten- und Pflegeheim – ausdrücklich oder indirekt ausgeübt werden. Heimleiter, die tun, was ihre Aufgabe ist, sind nicht die geborenen Erben. Es soll und muss bei diesen spekulativen Andeutungen bleiben. Niemand weiß, was das Entscheidende einer Entscheidung ist. Niemand kennt das Gebaren des „Heimleiter-Ehepaars“.

Das Recht formuliert den möglichen letzten Grund nicht. Die Entscheidungen verbieten sich jede Spekulation – wie hier – über die unfreie Freiheit im Heim. Sie sagen auch nichts zum Wert der Verwandteneinsetzung, sondern bleiben bei der Gesetzesstelle des § 2247 BGB. Bei so viel sprachlichem Aufwand, Argumente zum Ausdruck zu bringen, kann man sich darüber nur wundern. Das Entscheidende der Entscheidung hat keinen Ausdruck gefunden. Wo also bleibt es in der zweigeteilten Entscheidung? Wofür steht „Recht“, wenn es nicht nur identifiziert wird mit der Eingangsformel jeder Entscheidung, die in Deutschland lautet: ... hat für Recht erkannt? Ich kehre zurück an den Anfang und damit zurück zu Luhmanns erstem Zeichenaxiom, wonach das Zeichen durch Zweiteilung, durch Unterscheidung entstehe. Etwas wird bezeichnet und wird damit von etwas anderem abgesetzt. Etwas ist das System, und das andere wird zur Umwelt. Wenn Zeichenformationen derartig binär verstanden werden, obwohl sie – wenn jemand etwas in zwei Teile teilt – in einem dynamischen Verhältnis zu einem Dritten ste-

claims have evolved, states that it is prudent to bequeath ones wealth to relatives in case of death. One should not deprive them arbitrarily. Nevertheless, this maxim can be disrupted because the testator is supposed to be able to make decisions freely. As already said above, how free can the will of a person living in a home be? The pressure on someone who is likely to pass away anytime soon may be prudent or impudent. It can be applied directly or indirectly – all the more so in an old peoples' or nursing care home. Home wardens merely working in the course of their duty are not born heirs. We will have to leave it at making speculative insinuations, as no one knows what the decisive factor behind a decision actually is. We are not given any information about the conduct of the home warden and his wife.

The Law does not elaborate on the possible last reason. The rulings prohibit any speculation – such as we are doing – about the lack of freedom in the home. They do not say anything about the value of implementing relatives as heirs and keep to interpreting the relevant legal provisions, in this case Sec. 2247 BGB. Because such substantial language is used in expressing their arguments, it seems strange: the decisive factor in making the decision has not been expressed. So where do we stand in this split decision? What does justice mean if it cannot follow with a clear conscience from the introductory sentence of every ruling in Germany: "... The court has ruled"? I will return to the beginning and thus to Luhmann's sign axiom, according to which a sign is created by separating and distinguishing something from something else. Part of something is designated and thus becomes a thing in itself, whereas "something" is the system and the rest becomes the surrounding environment. If a binary understanding can be applied to sign formations, even though – once someone has partitioned something

hen, dann entsteht schließlich die Frage, was es denn nun mit dem einen Zeichen überhaupt auf sich habe.

Ist es das Bezeichnende, der ausgegrenzte Rest oder der/die/das Dritte? Niklas Luhmann hat die Frage ausdrücklich gestellt und sie im Kontext einer Semiotik für unbeantwortbar erklärt, weil beim „Zeichen“ wahlweise sei, was bezeichne oder auch was bezeichnet werde, sodass die Einheit des Bezeichnenden und Bezeichneten selbst nicht mehr bezeichnet werden könne.⁴⁶ Wer es doch tue, sähe auf eine fundierende Parodoxie, die Luhmann aufzulösen vorschlägt, indem anstelle von Interpretanten Beobachter erster und zweiter Ordnung eingeführt werden. Aus der zweiten Reihe kann man dann sehen, welche Zuordnung in der ersten Reihe getroffen und was damit ausgeschlossen worden ist. Der Sache nach wird damit aber nur der Interpretationsprozess über weitere Interpretanten fortgeführt, und Luhmann entgeht an dieser Stelle, was er andernorts als Gerechtigkeit neu bestimmt. Gerechtigkeit wird nämlich von Gefühl und Fall isoliert und kanonisiert als Kontingenzformel des externen Beobachters, mit der dieser bezeichne, was im System als Einheit nicht realisiert worden sei.⁴⁷

Semiotisch geht man einen anderen Weg und vermeidet den „Beobachter“-Ausdruck, der einen Zeichenprozess scheinbar personalisiert (sodass Luhmann sich grundlagen-theoretisch jeweils beeilen muss mitzuteilen, dass der Beobachter weder eine Person sei noch überhaupt beobachte, wenngleich genau diese Anmutung im Ausdruck mitgeführt und mitverstanden wird). Die Zuordnung einer Bedeutung zu einem Signifikanten erfolgt selbst über Zeichen, seien es

into two parts – there is a dynamic reference to a third party, so it begs the question: what does it all mean?

Is the characterizing part we refer to the segregated part or the third party? Niklas Luhmann asked this question straight out, and found that it could not be answered within a semiotic context because the “sign” can selectively be either the designator or the designated part, so a unity of both parts can no longer be determined in itself.⁴⁶ Anyone assuming such unity would be looking at a foundational paradox, which Luhmann suggested solving by replacing the interpretant with observers of the first and second order. From the second row we can then see which attribution the first row has made and what is thereby excluded. At the root of the matter, however, the process of interpreting is merely extended to other interpretants, and Luhmann thus avoids designating here what he re-determines as justice elsewhere. Justice is isolated by feelings and case facts and canonized as a formula of contingency of the external observer, who uses this to designate what cannot be realized as a unity within the system.⁴⁷

Semiotically, we would take a different route and would avoid the term “observer”, which appears to personalize the process of symbolization (so that Luhmann hurries to let us know that the observer is neither a person, nor does he observe, despite the fact that this assumption underlies the general meaning of the word). Meanings are attributed to a significant using signs, whether these are real objects, strict attributions of sign or complex, interpretable symbols. The

46 Niklas Luhmann, Zeichen als Form, in: Dirk Baecker (ed.), Probleme der Form (Frankfurt a.M. 1993), 52.

47 Niklas Luhmann, Das Recht einer Gesellschaft (Frankfurt a.M. 1993), 219.

46 Niklas Luhmann, Zeichen als Form, in: Dirk Baecker (ed.), Probleme der Form (Frankfurt a.M. 1993), 52.

47 Niklas Luhmann, Law as a Social System, transl. by Klaus Ziegert (Oxford 2004), 219.

nun reale Objekte, strikte Zeichenzuordnungen oder komplexe, interpretierbare Symbole. Das führt dazu, dass Zeichenbestimmungen niemals abgeschlossen werden können, sondern ein Prozess sind und bleiben, wenn man nicht den Gedanken ruhen lässt und den Prozess zeitweise unterbricht mit jener Halbkadenz des Verstehens, die eine momentan geklärte Idee begleitet.⁴⁸ In diesem prozeduralen Sinne wird ein Zeichen nicht mehr wesentlich dadurch charakterisiert, dass es für etwas anderes stehe – also jenes klassische *aliquid stat pro aliquo* repräsentiere –, sondern hervorgehoben wird seine funktionale Stellung im Prozess der Assoziation: Zum Zeichen wird, was eine Bewegung in Gang setzt, die einen Gedanken entstehen lässt, der das Zeichen übersetzt. Solche Übersetzungen (*traductions* im Sinne von Serres) sind komplexe Prozesse, von denen im Ansatz offen bleibt, ob sie das Ausgangsmaterial beibehalten, verändern oder sprichwörtlich – *traduttore* = *traditore* – verraten. Zeichen haben jedenfalls die Eigenschaft, etwas in etwas anderes hineinzusetzen (was Serres „Interferenz“ nennt), zu etwas anderem zu führen (Derrida: Spur) oder das Andere als das Gleiche (Peirce: Ikon) erscheinen zu lassen. Für das Zeichen insgesamt gibt es ebenso wenig eine abschließende Definition wie für die dadurch ausgelösten Prozesse. Peirce eröffnet stattdessen einen Prozess rekursiver Operationen mit der Formel, das Zeichen beziehe

result is that sign designations can never be finalized, but can only remain a process. Especially if we do not let our thoughts rest and allow them to interrupt the process from time to time with that half-cadence of understanding, which complements a momentarily resolved idea.⁴⁸ In this procedural sense the sign is not substantially characterized by the fact that it stands for something else – representing the classic *aliquid stat pro aliquo* – but rather because it is emphasized by its functional position within the process of association: things become signs if they trigger a movement that leads to the creation of a thought which can translate the sign. Such translations (*traductions*, as defined by Serres) are complex processes, of which to some extent remains open whether they will maintain their original matter, or whether they will transform or literally – *traduttore* = *traditore* – reveal it. In any event, signs have the capacity to incorporate one thing into another (which Serres refers to as “Interference”), to lead to something new (Derrida: Spur) or to let the other seem like the first (Peirce: Ikon). There is just as little chance of ultimately defining the sign as a whole as for the processes it triggers. Peirce instead opens a process of recursive operations using this formula: the sign refers to an object, to which it refers itself (as its object) in the same way, with the result that “the

48 So die musikalisch gewendete späte Fassung der pragmatischen Maxime bei Peirce „to avoid all danger of being understood as attempting to explain a concept by percepts, images, schemata, or by anything but concepts. I did not, therefore, mean to say that acts, which are more strictly singular than anything, could constitute the purport, or adequate proper interpretation, of any symbol. I compared action to the finale of the symphony of thought, belief being a demicadence. Nobody conceives that the few bars at the end of a musical movement are the purpose of the movement. They may be called its upshot.“ (CP 5.402, 1906)

48 Such is the musically transformed, later version of the pragmatic maxim in Peirce „to avoid all danger of being understood as attempting to explain a concept by percepts, images, schemata, or by anything but concepts. I did not, therefore, mean to say that acts, which are more strictly singular than anything, could constitute the purport, or adequate proper interpretation, of any symbol. I compared action to the finale of the symphony of thought, belief being a demicadence. Nobody conceives that the few bars at the end of a musical movement are the purpose of the movement. They may be called its upshot.“ (CP 5.402, 1906).

sich auf ein Objekt, auf das es sich selbst (als sein *Objekt*) auf die gleiche Weise beziehe mit der Folge: „the idea in the mind that the sign excites, which is a mental sign of the same object, is called an interpretant of the sign.“⁴⁹

Unter der Hand zerrinnt damit „das Zeichen“, aber es wirkt im gleichen Moment. Wie dem Zeichen auf der allgemein begrifflichen Ebene ergeht es konkret und praktisch dem Recht. Recht ist nie präsent, und doch muss man davon reden, wenn man überhaupt redet. Für rechtliche Zeichenprozesse gibt es offenbar eine typische, sie auslösende Assoziation, von der aus in der allgemeinen Semiotik ein Rechtszeichen angenommen wird. Josef Simon erläutert den Ausdruck „Rechtszeichen“ mit dem Hinweis darauf, dass alles, was als Person, als Ding oder als Handlung bestimmter Art verstanden werde, zugleich auch als Rechtszeichen figuriere, weil es Affekte in solchen Beziehungen wegen der Beanspruchung von Rechten hervorrufe.⁵⁰ Das Rechtszeichen gilt in der philosophischen Tradition Simons für Tilman Borsche als Zeichen der Form: „Wenn dies so und so ist, dann kann bzw. soll oder darf nicht so und so gehandelt werden“,⁵¹ während Thomas Sören Hoffmann das „synthetische Ganze“ hervorhebt, das Phänomen wie Referent bilde.⁵² Dunkel bleibt in diesem Zusammenhang das Wirken eines solchen Rechtszeichens wie auch die Frage, ob es sich dabei selbst um ein synthetisches Ganzes oder eher um Zeichenketten handelt (was

idea in the mind that the sign excites, which is a mental sign of the same object, is called an interpretant of the sign.“⁴⁹

Once in hand “the sign” collapses, but at the same time unfolds its effect. On a concrete and practical level, the Law experiences the same as the sign on a general, conceptual level. Law is never present but still we are driven to speak of it, if we speak at all. The processes behind a legal sign apparently have a typical association that sparks them, which general semiotics assumes to be a legal sign as well. Josef Simon explains the concept of “signs of law”, indicating that everything that is understood as a person, thing or action of a certain kind simultaneously figures as a sign of law, because emotions are drawn to the surface in such relationships once rights are claimed.⁵⁰ Following Simon’s philosophical tradition, Tilman Brosche deems the sign of law to be a sign of form: “If this is so, then we should not act in such and such a way”,⁵¹ while Thomas Sören Hoffmann emphasizes the “synthetic whole”; which creates the phenomenon and speaker alike.⁵² The way in which such signs of law interact, remains a mystery in this connection, as does the question of whether the whole represents a synthetic entity or whether we are actually confronted with a series of signs (which Hoffmann suggests). Jean-François Lyotard turns the inarticulable into a routine: the conflict which coerces

49 C. S. Peirce, Of Reasoning in General, in: Peirce Edition Project (ed.), *The Essential Peirce*, Vol. 2 (1998), 13.

50 Josef Simon, *Philosophie des Zeichens* (Berlin 1989), 293.

51 Tilman Borsche, Rechtszeichen, in: Josef Simon (ed.), *Distanz im Verstehen. Zeichen und Interpretation II*, (Frankfurt a.M. 1995), 251.

52 Thomas Sören Hoffmann, Jurisfiktion. Ein Beitrag zur Hermeneutik des Rechtsbegriffs, in: Josef Simon (ed.), *Orientierung in Zeichen. Zeichen und Interpretation III* (Frankfurt a.M. 1997), 97.

49 C. S. Peirce, Of Reasoning in General, in: Peirce Edition Project (ed.), *The Essential Peirce*, Vol. 2 (1998), 13.

50 Josef Simon, *Philosophie des Zeichens* (Berlin 1989), 293.

51 Tilman Borsche, Rechtszeichen, in: Josef Simon (ed.), *Distanz im Verstehen. Zeichen und Interpretation II* (Frankfurt a.M. 1995), 251.

52 Thomas Sören Hoffmann, Jurisfiktion. Ein Beitrag zur Hermeneutik des Rechtsbegriffs, in: Josef Simon (ed.), *Orientierung in Zeichen. Zeichen und Interpretation III* (Frankfurt a.M. 1997), 97.

Hoffmann nahelegt). Jean-François Lyotard macht das Unartikulierbare zum Programm: Der Widerstreit, den das praktische Recht nur als *litige* in ein besonderes Satzregime zwinge, sei ein Satz, der aber nicht artikuliert werden könne und als *phône énarthros* dem *logos* gegenüberstehe.⁵³ „Affekt-Satz“ nennt Lyotard das Zeichen des Widerstreits. Im Anschluss an Lyotard soll insofern behauptet werden: Es gibt ein unverfügbares, nicht artikuliertes und auch gar nicht symbolisch formulierbares Rechtsgefühl, das nicht fachjuristischer Art ist, der fachlichen Jurisprudenz meist skeptisch bis feindlich gegenübersteht, sie aber antreibt, verändert, fundiert und unterminiert. Im Sinne von Peirce hat dieses Zeichen die Qualität eines umfassenden Gefühls,⁵⁴ es ist (theoretisch) ein Zeichen und hat (praktisch) politische Wirkungen.

Das Rechtszeichen in dieser Perspektive existiert nur, formuliert werden kann es nicht. Noch nicht. Denn es wird gestört durch hinzutretende Zweite, die programmgemäß Hausrecht beanspruchen. Da bietet sich das „eat at home“ zwar an, bleibt aber doch unattraktiv. Alles drängt zu „pleasure mixed with fear“, alles drängt dazu, im Recht mit Recht etwas Köstliches zu verzehren und nicht bei der gewohnten Speise zu bleiben. Das Recht vom Lande, das man gewöhnlich und freigebig erhält, sucht nach dem lockenden Gesetz, das von allerlei Hütern umstellt ist, die es parasitär bewachen.⁵⁵ Da bleibt am Ende nur die Form: erst ein unbedingtes Gefühl, dann – zweitens – ein beengendes Programm und

practical law into specific regimes of phrase as a litige is a sentence which cannot be articulated and confronts *logos* as *phône énarthros*.⁵³ Lyotard calls the sign of conflict “affect phrase”. According to Lyotard, we can assert the following: there is a sense of law that is unavailable and unarticulated, which cannot be put at all symbolically, and which is not of a specialist legal nature. When it confronts functional jurisprudence, it does so skeptically or with a degree of hostility, simultaneously animating, changing, substantiating and undermining it. As asserted by Peirce, the sign has the quality of a blanket feeling:⁵⁴ it is (theoretically) a sign and has (practical) political effect.

The sign of law seen from this perspective exists, but cannot yet be put into words sufficiently. Not yet. Not now. Because it is disrupted by an intruding second, who is laying claim to the domiciliary's rights, as expected. You would expect it to “eat at home”, but that is too unattractive for it. Everything seems to be directed at “pleasure mixed with fear”, everything urges him to feast on something tasty in law in his own right, and not to keep to his accustomed feeding pattern. The law of the countryside, which we ordinarily and easily obtain, is searching for the enticing law, which is surrounded by any number of guardians, who guard it like parasites.⁵⁵ So at the end we are left with the form: at first an unconditional

53 Jean-François Lyotard, Der Affekt-Satz (Über einen Nachtrag zu „Der Widerstreit“), in: Ders., Das Elend in der Philosophie (Wien 2004), 47.

54 C. S. Peirce. On Phenomenology. In: Ders. (Fn. 16), 150.

55 Sodass Gunther Teubner Kafka neu erzählen kann: The Law before its law: Franz Kafka on the (Im-) Possibility of Law's Self-Reflection – Das Recht vor seinem Gesetz: Franz Kafka zur (Un-)Möglichkeit einer Selbstreflexion des Rechts. publication on www.anci.ch (18.07.2012).

53 Jean-François Lyotard, Der Affekt-Satz, Über einen Nachtrag zu „Der Widerstreit“, in: Id., Das Elend in der Philosophie (Wien 2004), 47.

54 C. S. Peirce. On Phenomenology. In: Id. (note 16), 150.

55 So that Gunther Teubner can re-tell Kafka: The Law before its law: Franz Kafka on the (Im-) Possibility of Law's Self-Reflection – Das Recht vor seinem Gesetz: Franz Kafka zur (Un-)Möglichkeit einer Selbstreflexion des Rechts. publication on www.anci.ch (18.07.2012).

schließlich ein Drittes, ein leuchtendes Zeichen auf der einen und ein drohender Störer auf der anderen Seite, die Parasiten des Rechts in ihren unterschiedlichen Verkleidungen. Dabei zeigt sich jene Paradoxie, die nicht anzusehen Luhmann empfohlen hat – wenn man denn operieren und nicht nur schauen wolle. Er bemüht dazu den Mythos der Gorgonen, jener drei sagenhaften Schwestern, deren Blick zu Stein erstarren lässt und von denen auch der griechische Held nur Medusa töten kann.⁵⁶ Die beiden anderen, Stheno und Euryale, sind unsterblich, man kann sie nicht töten, wie die Logiker und Wissenschaftsanalytiker es gerne hätten, sodass zwischen „Sthenographie“ und „Euryalistik“ als Disziplinen gewählt werden muss. In der ersten trägt man das Monster vor sich her und zelebriert die Unentscheidbarkeit (Luhmann meint Derrida), in der zweiten pflegt man kreative Entparadoxierung. Luhmanns Maxime ist klar: Nicht hinschauen, entparadoxieren! Eat at home! Aber wir lernen von der Frechheit der Stadtratte. Immer wieder kommen die verjagten Juristen, halten sich an die Reste der anderen und feiern ihre besondere Monstrosität. Einen Bestand der Werte gibt es da nicht, es handelt sich eben um Übriggebliebenes, um Reste. Es gibt nur die Form, sich dem üppigen Mahl zu nähern, will sagen: sich auf Recht im Verfahren so zu beziehen, dass sich das Verfahren wiederum auf Recht (und nicht auf Bajonette, Götzenbilder oder Bestechungsgelder bezieht) und selbst zu einem Rechtszeichen wird. Manche können das gelegentlich beobachten, und dürfen sich darüber freuen. Wenn das zeichenhaft Realisierte dem kategorischen Imperativ doch nicht entspricht, nennt man das Produkt „postmodern“.

feeling, followed by – secondly – stifling routine; and ultimately, or thirdly: a radiant sign on the one hand and a threatening disruption on the other: the company at the table here, the parasites of law in their various disguises. Thus we see the paradox that Luhmann recommended us not to look at if we want to operate rather than “only looking”. He endeavors to draw from the myth of the Gorgons, those three terrific sisters whose look turned everything to stone, and of whom the Greek hero was able to kill only one: Medusa.⁵⁶ The other two, Stheno and Euryale, are immortal – we cannot kill them, despite logicians and scientific analysts wanting to do so: hence the necessity of having to choose between two disciplines: “Sthenographie” and “Euryalistic”. In the first, we carry the monster in front of us and celebrate the fact that some things are undecidable (Luhmann means Derrida); the second nurtures creative de-paradoxisation. Luhmann’s maxim is clear: don’t look, de-paradox! Eat at home! But we learn of the cheekiness of the city rat. The lawyers we have chased away keep returning, keeping to what is left over after the others have eaten and celebrating their monstrous nature. An inventory of values does not exist; these are leftovers, valuable remains of others. And there is only the form, the way in which one sidles up to the lavish feast: to refer to one’s right in the process in such a way that the process refers back to its rights (as opposed to bayonets, idols or bribes) and thus becomes a sign of law itself. Some of us may be lucky enough to occasionally observe this and should be pleased to have done so. I call this legal semiotism of the modern world. However, if the categorical imperative is occasionally not matched by what is symbolically realized, we now call that product “post modern”.

56 Niklas Luhmann, Sthenographie, in: Ders./ Maturana/Namiki et. al., Beobachter. Konvergenz der Erkenntnistheorien (München 1990), 119–137.

56 Niklas Luhmann, Sthenographie, in: Id./ Maturana/Namiki et. al., Beobachter. Konvergenz der Erkenntnistheorien (München 1990), 119–137.