



This text is a preprint of:

Ralph Christensen, Reine Rechtsdekonstruktion, in: Kritische Justiz, 2013, S. 206 – S. 217.

All rights reserved.

This pdf document provided by SOULL can be cited as:

Christensen, Ralph (2013): "Reine Rechtsdekonstruktion" In: SOULL – Sources of Language and Law, <https://legal-linguistics.net> (originally published in: Kritische Justiz, (2013): S. 206 – S. 217.)

Reine Rechtsdekonstruktion

Innerhalb der Rechtswissenschaft kennt man den Gegensatz von Rechtsanwendung und Rechtserzeugung. Letzteres wird meistens der Legislative zugewiesen. Die Judikative wird dagegen im Rahmen der klassischen Lehre von Larenz bis Alexy als Rechtserkenntnis stilisiert.¹ Sie ist eingebunden in ein durch den Zentralgedanken geordnetes System. Der Mittelpunkt dieses Systems hat schon bei Larenz viele Wandlungen erlebt und ist auch innerhalb der Alexy-Schule nicht stabil geblieben. Die Bedingungen der idealen Sprechsituation haben sich neuerdings in einen Zentralcomputer verwandelt, der den normativen Kontostand der Sprecher verwaltet und generalisiert.² Natürlich gab es in der Rechtstheorie schon immer die Vermutung, dass dieser Zentralcomputer nicht funktioniert³ und dass deswegen auch der Judikative eine Rechtserzeugung zugemutet werden muss, die nicht auf die Schließung von Lücken beschränkt ist. Die Abkehr von

¹Klassisch der Text von *Karl Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin u.a. 1979, S. 221 ff.; auch bei *Robert Alexy* gibt es unter dem Titel „Theorie der Argumentation“, Frankfurt am Main 1978, nur die Beschreibung von Strukturen, nicht aber der Dynamik von Argumentation. Beide Modelle sind, soweit sie Rechtsfortbildung zulassen, immer noch eingefasst in das Erkenntnismodell mit einem zentralen Fluchtpunkt, entweder in der Idee der Person oder den Bedingungen der idealen Sprechsituation.

²*Matthias Klatt*, Theorie der Wortlautgrenze. Semantische Normativität in der juristischen Argumentation, Baden-Baden 2004, S. 21.

³Neben der Topik, der Strukturierenden Rechtslehre, der Systemtheorie und dem Ansatz von Wiethölter sei hier hingewiesen auf *Alexander Somek*, Der Gegenstand der Rechtserkenntnis, Baden-Baden 1996; *Walter Grasnig*, Das Recht der Zeichen – Im Zeichen des Rechts, in: *Josef Simon/Werner Stegmeier* (Hrsg.), Fremde Vernunft, Frankfurt am Main 1998, S. 194 ff.; *Florian Windisch*, Jurisprudenz und Ethik, Berlin 2010, S. 35 ff.

der Vorstellung der Rechtsanwendung will Sabine Müller-Mall in ein Modell performativer Rechtserzeugung fassen.⁴

Voraussetzung ist für die Autorin die Trennung von Sein und Sollen.⁵ Sie sucht den Moment des Übergangs, der in eine gleichrangige Doppelstruktur⁶ führen soll. Kandidat für den Umschlagspunkt ist die sprachliche Form⁷. Deswegen will sie prüfen, ob sich die Möglichkeiten sprachlicher Erzeugung auf die Rechtserzeugung übertragen lassen. Erst durch die Sprache könne Normativität in die Welt des Seins gelangen.⁸ Wie aus einem normalen Satz ein normativer Satz entstehe, könnten wir bei der Verkündung eines Urteils oder eines Gesetzes sehen, welche als Wirkung eine Rechtsnorm erzeugten.⁹ Hier liege der Umschlagspunkt. Schon Kelsen habe dies gesehen.¹⁰ Aber in seiner Theorie sei dies nur ein Baustein, während es bei diesem neuen Modell im Mittelpunkt stehe.¹¹ Recht erhält damit die Aufgabe des Transfers vom Realen ins Symbolische. Die Seins-Sollens-Modulation sei dieses Ereignis als Momentum.¹²

1. Sprachliche Erzeugung und Bedeutung

Zunächst legt die Verfasserin anknüpfend an Humboldt¹³ und vor allem die Sprachakttheorie¹⁴ dar, dass man Sprechen als Handeln mit Wirkungen verstehen kann. Dann untersucht sie anhand der Searle-Derrida-Debatte, inwieweit man Sprachhandeln als regelgeleitet begreifen kann. Die von Austin entwickelte und von Searle verteidigte Unterscheidung von Tun (Illokution) und Wirkung (Perlokution) beruhe auf der Konvention als Abgrenzungskriterium.¹⁵ Die Auszeichnung von Konventionen setze aber einen vollständig beschreibbaren Kontext voraus. Diese Voraussetzung habe Derrida widerlegt.¹⁶ Deswegen müsse man die Annahme von Regeln durch die Beschreibung der Praxis ersetzen.¹⁷ Äußerungen seien danach diskret und singular.¹⁸ Der Begriff der *différance* trete an die Stelle der Regel: „Regel und *différance* bilden unüberwindliche Gegenbegriffe.“¹⁹ Sprache sei damit genuin kreativ²⁰ und selbstkonstituierend.²¹ Vorgängigkeit und Selbstbezüglichkeit verbinden sich nach Ansicht der Autorin im Ereignis

⁴ Sabine Müller-Mall, *Performative Rechtserzeugung*, Weilerswist 2012.

⁵ Ebd., S. 9.

⁶ Ebd.

⁷ Ebd., S. 10.

⁸ Ebd., S. 34 ff.

⁹ Ebd., S. 35 f.

¹⁰ Ebd., S. 37.

¹¹ Ebd.

¹² Ebd., S. 40 f.

¹³ Ebd., S. 48 ff.

¹⁴ Ebd., S. 60 ff.

¹⁵ Ebd., S. 78 ff.

¹⁶ Ebd., S. 107 ff., 109.

¹⁷ Ebd., S. 113.

¹⁸ Ebd., S. 116.

¹⁹ Ebd., S. 114.

²⁰ Ebd., S. 117.

²¹ Ebd., S. 118.

zum Performativen.²² Sind diese Folgerungen zutreffend?

a) Vorgängigkeit und Kontext

Die Autorin geht davon aus, dass jedes in der Rechtserzeugung gebrauchte Zeichen zuvor schon gebraucht wurde, aber trotzdem ohne feststehenden Sinn ist.²³ Es bleibe nur der Zeichenkörper,²⁴ man könne den früheren Gebrauch weder leugnen, noch in eine beschreibbare Beziehung zum aktuellen Gebrauch setzen. Die frühere Verknüpfung eines Zeichens mit einem Kontext sei nicht logisch und habe auch keine normative Wirkung.²⁵ Jede Verknüpfung eines Zeichens mit Kontext sei einzigartig.²⁶ Weil nach Derrida die Totalität der Sprache nicht erfassbar sei, gebe es auch keine logisch-semanticen Wahrheitsbedingungen.²⁷

Damit wären viele Wissenschaften in Schwierigkeiten, denn die Totalität der Welterklärung ist ihnen meist entzogen. Deswegen werden wir die Folgerung aus der Dekonstruktion genauer betrachten müssen. Natürlich benötigen Zeichen eine materielle Verkörperung.²⁸ Derrida nennt dies Spur. Aber eine Spur ist kein isolierter Punkt, der aus sich selbst heraus existiert, sondern ist immer eine Spur von Spuren.²⁹ Materialität und Idealität des Zeichens sind also untrennbar verschränkt. Prinzipiell ist die Beziehung logisch und wahrheitsfähig.

Brauchen wir also die Totalität der Sprache, um die Angemessenheit oder Richtigkeit einer Bedeutungszuschreibung beurteilen zu können? Damit ist die Rolle des Kontextes in der Dekonstruktion angesprochen. Für die Verfasserin geht die spezifische Bedeutung eines Zeichens in einem einzigen nicht beherrschbaren Kontext unter. Aber wenn Derrida formuliert: „Es gibt kein außerhalb des Kontextes“,³⁰ behauptet er damit nicht einen einzigen grenzenlosen Zusammenhang, sondern eine Vielzahl. Keiner dieser Kontexte erreicht seine Bestimmtheit in sich selbst, sondern benötigt dazu den Umweg über andere. Damit gibt es einen Verweisungsraum des Textes, welche nicht die Spezifität des jeweiligen Zusammenhangs beseitigt, sondern nur begrenzt. Wenn man heute mit den Mitteln der Korpuslinguistik die Bedeutung eines Wortes untersucht,³¹ so betrachtet man die Wörter, die in der Umgebung dieses Wortes auftauchen. Dann die Umgebung der Wörter, die in der Umgebung aufgetaucht sind. So ergeben sich allmählich Strukturen. Natürlich kann man die Umgebung nie abschließend beschreiben. Der totale Kontext, hier hat die Autorin ganz recht, ist nicht verfügbar. Aber man kann die Umgebung eines Wortes relativ zu einem

²²Ebd., S. 138.

²³Ebd., S. 131.

²⁴Ebd., S. 137.

²⁵Ebd., S. 132.

²⁶Ebd., S. 136.

²⁷Ebd., S. 134.

²⁸ *Jacques Derrida*, *Randgänge der Philosophie*, 2. Aufl., Wien 1999, S. 131.

²⁹ *Jacques Derrida*, ebd., S. 53.

³⁰ *Jacques Derrida*, *Limited Inc.*, Wien 2001, S. 211.

³¹ Vgl. dazu *Ekkehard Felder/Marcus Müller/Friedemann Vogel*, *Korpus Pragmatik. Paradigma zwischen Handlung, Gesellschaft und Kognition*, in: *dies.*: (Hrsg.), *Korpus Pragmatik*, Berlin/Boston 2012, S. 3 ff.

bestimmten Korpus beschreiben, etwa das Wort „Menschenwürde“ im Korpus der Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen. Dann kann man damit die Umgebung des Wortes „Menschenwürde“³² in einem Medienkorpus vergleichen. Wir finden dabei niemals die Bedeutung heraus, aber doch sehr viele Bedeutungen, die man jetzt auf guter Grundlage diskutieren kann.

Aufgegeben wird von Derrida ein Begriff von Bedeutung und Identität, der etwas in der Wiederholung nur erneut abbildet.³³ Zeichen unterscheiden sich nicht nur von anderen Zeichen, sondern auch von sich selbst.³⁴ Sie sind in der Selbstunterscheidung ein Verschiedenes. Das Zeichen muss also einen Umweg über sich selbst zurücklegen, um sich zu wiederholen. Damit ist eine ideale Identität ausgeschlossen, welche unverändert ewig wiederkehrt. Aber es sind gleichzeitig die Möglichkeitsbedingungen für eine wiedererkennbare Identität des Selben angegeben.³⁵ In der Dekonstruktion werden also Logik und Wahrheitsbedingungen nicht über Bord geworfen.

b) Selbstbezüglichkeit und Wiederholung

Der Autorin geht es nicht um Performanz als Ausführung einer vorgeordneten Struktur, sondern um Performance als schöpferische Verschiebung einer Struktur.³⁶ Allerdings hat sie das Problem, dass in der Verschiebung die Struktur verschwindet. Die Wiederholung erzeugt ein leeres Zeichen.³⁷ Derrida setzt dagegen bei dem zweigliedrigen Zeichenbegriff von Saussure an.³⁸ Die klassische Vorstellung hat die ewige Bedeutung dem vergänglichen Zeichenkörper³⁹ übergeordnet. Schon Saussure hält die Verknüpfung der beiden Elemente des Zeichenbegriffs für arbiträr und nur stabilisiert vom sozialen Bewusstsein der Gemeinschaft.⁴⁰ Wenn aber die Sprache nur aus Verschiedenheit ohne positive Einzelglieder besteht, dann muss dies auch für das soziale Bewusstsein gelten. Es wird in den Sog der Differenzen hineingezogen und kann diese Bewegung nicht von außen kontrollieren.⁴¹ Hier liegt der Ansatzpunkt Derridas. Wenn es keine positiven Einzelglieder gibt, dann benötigt man ein dynamisches Moment, was die Glieder erst entstehen lässt. Die *Différance* bezeichnet dies mit ihren

³² *Friedemann Vogel*, Das Recht im Text. Rechtssprachlicher Usus in korpuslinguistischer Perspektive, in: *Ekkehard Felder/Marcus Müller/ders.*, Korpus Pragmatik. Paradigma zwischen Handlung, Gesellschaft und Kognition, in: *dies.*: (Hrsg.), Korpus Pragmatik, Berlin/Boston 2012, S. 314 ff.

³³ *Jacques Derrida*, Dissemination, Wien 1995, S. 187.

³⁴ Vgl. dazu Derridas Ausführungen zur Ursprung: *Jacques Derrida*, Randgänge der Philosophie, 2. Aufl., Wien 1999, S. 42. Hier wird Hegels Kritik an der sinnlichen Unmittelbarkeit wieder aufgenommen. Diese Kritik hat natürlich eine logische Form.

³⁵ *Jacques Derrida*, Die Schrift und die Differenz, Frankfurt am Main 1983, S. 373; *Thomas Coendet*, Rechtsvergleichende Argumentation, Tübingen 2012, S. 38.

³⁶ Ebd., S. 117 f.

³⁷ Ebd., S. 131, 137 „bedeutungsleer“.

³⁸ *Jacques Derrida*, Grammatologie, Frankfurt am Main 1983, S. 49 ff.

³⁹ *Jacques Derrida*, Randgänge der Philosophie, 2. Aufl., Wien 1999, S. 94 ff.

⁴⁰ *Ferdinand de Saussure*, Grundfragen der allgemeinen Sprachwissenschaft, 3. Aufl., Berlin 2001, S. 143 f.

⁴¹ *Jacques Derrida*, Randgänge der Philosophie, 2. Aufl., Wien 1999, S. 94 ff.

drei Aspekten Raum, Zeit und Kraft.⁴² Die räumliche und zeitliche Differenz der Zeichen gibt es schon bei Saussure. Die vorausliegende produktive Kraft zieht lediglich die Konsequenz aus dem Fehlen positiver Einzelglieder.⁴³ Jetzt liegt aber im Begriff der Kraft das Risiko eines transzendentalen Signifikats, das heißt einer Bedeutung, die das Zeichengeschehen von außen kontrollieren will. Wir hätten dann eine Ursache des Zeichengeschehens und wären wieder bei der Präsenzmetaphysik. Deswegen betont Derrida, dass „Différance“ weder Wort noch Begriff sei.⁴⁴ Die Autorin kennt dieses Risiko und hat es selbst am Begriff des Wortes „Kraft“ thematisiert.⁴⁵ Deswegen trifft sie Vorkehrungen und will Performativität nicht als Begriff verstanden wissen.⁴⁶ Allerdings reicht dies nicht, wenn Performativität in ihrem Text als Begriff fungiert. Tatsächlich geschieht dies dadurch, dass sie den Begriff der Performativität den Begriffen Regel, Struktur und Bedeutung entgegensetzt. Das schafft Bestimmtheit. Différance dagegen setzt sich Regel, Struktur und Bedeutung nicht entgegen, sondern siedelt an deren Rand.⁴⁷ Sie markiert als Problemüberschuss den Übergang von der Struktur zum Prozess. Der Übergang lässt sich nur indirekt darstellen als Parasit der Struktur und nicht als deren Gegensatz. Diesen Übergang will die Dekonstruktion aber nicht als Punkt verdinglichen. Genau diesem Risiko erliegt die Autorin.⁴⁸

c) Ereignis und Bedeutung

In der performativen Äußerung werde ein Zeichen einem neuen Kontext aufgepfropft.⁴⁹ Das Ereignismomentum beziehe sich dabei nur auf sich selbst.⁵⁰ Es werde ein bedeutungsleeres Zeichen verwendet.⁵¹ Inhalt sei nur der Akt selbst.⁵²

Verschwindet durch die Aufpropfung des Zeichenkörpers auf einen neuen Kontext wirklich die Bedeutung oder wird sie nur vervielfältigt? Die Autorin entscheidet sich für die erste Lösung. Tatsächlich ist der Dekonstruktion immer wieder vorgeworfen worden, dass sie mit einem grenzenlosen Kontext die Spezifität von Bedeutung und jeden Wahrheitswert aufhebe: „Da man annimmt, dass der Dekonstruktionist (das heißt ohnedies der Skeptiker – Relativist – Nihilist!) nicht an die Wahrheit, die Stabilität und Einheit der Bedeutung, an die Intention und das Sagen-Wollen glaubt, wie kann er dann von uns verlangen, ihn mit

⁴²Vgl. dazu *Georg W. Bertram*, Hermeneutik und Dekonstruktion, München 2002, S. 89; *Thomas Coendet*, Rechtsvergleichende Argumentation, Tübingen 2012, S. 32.

⁴³*Jacques Derrida*, Grammatologie, Frankfurt am Main 1983, S. 44.

⁴⁴*Jacques Derrida*, Randgänge der Philosophie, 2. Aufl., Wien 1999, S. 55 f.

⁴⁵Vgl. dazu *Sabine Müller-Mall*, Normative Kräfte, in: *Jochen Bung* u.a. (Hrsg.), Normativität und Rechtskritik, ARSP-Beiheft 114, Stuttgart 2007, S. 16 ff.

⁴⁶*Sabine Müller-Mall*, Performative Rechtserzeugung, Weilerswist 2012, S. 139.

⁴⁷*Jacques Derrida*, Randgänge der Philosophie, 2. Aufl., Wien 1999, S. 40, 92; *ders.*, Die Schrift und die Differenz, Frankfurt am Main 1983, S. 312, *ders.*, Limited Inc., Wien 2001, S. 197; *Thomas Coendet*, Rechtsvergleichende Argumentation, Tübingen 2012, S. 34.

⁴⁸*Sabine Müller-Mall*, Performative Rechtserzeugung, Weilerswist 2012, S. 179 f.

⁴⁹Ebd., S. 135.

⁵⁰Ebd., S. 136.

⁵¹Ebd., S. 137.

⁵²Ebd., S. 136.

Kompetenz, Genauigkeit und Strenge zu lesen? Wie kann er fordern, dass man seinen eigenen Text richtig interpretiert? Wie kann er jemanden beschuldigen, ihn schlecht verstanden, vereinfacht oder entstellt zu haben? Anders gesagt, wie kann er etwas diskutieren und wie kann er die Lektüre dessen diskutieren, was er schreibt? Die Antwort ist recht einfach: Diese Definition der Dekonstruktionisten ist falsch (ich sage wirklich falsch: nicht richtig) und schwach; sie folgt einer schlechten Lektüre (ich sage wirklich schlecht: nicht gut) und einer schwachen Lektüre zahlreicher Texte, auch meiner, die man lesen muss, wenn man über sie reden will. Man wird sehen, dass der Wert der Wahrheit (und aller dazugehörigen) darin nie bestritten oder zerstört, sondern nur in stärkere, weitere und vielschichtigere Kontexte eingeschrieben wird.⁵³ Der Dekonstruktion geht es also nicht um einen undifferenzierten Text ohne Wahrheitswert, sondern im Gegenteil um die Wahrheit von Differenzen. Diese Wahrheit ist zwar mit einer Nichtabschließbarkeitsklausel versehen. Aber dieser Rest an Unvorhersehbarkeit verbietet nur eine, der Argumentation entzogene Wahrheit, nicht dagegen eine Wahrheit relativ zum Stand der vorgebrachten Argumente.

Wenn die Dekonstruktion an der klassischen Metaphysik kritisiert,⁵⁴ dass diese die Bedeutung dem Zeichenkörper vorordnet, bezweckt sie keine einfache Umkehrung der Hierarchie, sondern eine Verschiebung.⁵⁵ Bedeutung hat im Zeichenbegriff der Dekonstruktion ihren Platz als spezifische Spurung des Zeichens aus seinen Differenzen zu sich selbst und anderen Zeichen. Diese Selbstverortung des Zeichens durch Differenzierung ist seine Bedeutung. Abgeschafft ist nur das transzendente Signifikat einer wörtlichen Bedeutung, die sich immer selbst gleich bleibt und jedem Sprechen vorgeordnet wäre.

2. Rechtserzeugung und Regel

Die Autorin will zwischen sprachlicher und rechtlicher Erzeugung kein Spezialitätsverhältnis behaupten, aber eine Ähnlichkeit in den Grundkoordinaten oder Strukturen sehen.⁵⁶ Es handle sich um eine Seins-Sollens-Modulation, welche als Momentum schon bei Kelsen vorhanden sei.⁵⁷

a) Vorgängigkeit und Gesetzessemantik

Die Frage, ob und wie weit Rechtserzeugung von Vorgängigkeit bestimmt wird, ist ein Kernproblem der Arbeit. Hier diskutiert die Autorin die herkömmliche Vorstellung, dass im Normtext eine Regel enthalten sei, die man dann anwende. Natürlich ist die Diskussion um den Regelbegriff ein Gravitationszentrum sowohl der philosophischen als auch der rechtstheoretischen Debatte im letzten Jahrhun-

⁵³ *Jacques Derrida, Limited Inc.*, Wien 2001, S. 225 f.

⁵⁴ Vgl. *Jacques Derrida, Die Stimme und das Phänomen*, Frankfurt am Main 2003, S. 30 f.

⁵⁵ Vgl. dazu *Thomas Coendet, Rechtsvergleichende Argumentation*, Tübingen 2012, S. 41, im Einklang mit der ganzen Sekundärliteratur.

⁵⁶ Ebd., S. 175 ff.

⁵⁷ Ebd., S. 186.

dert.⁵⁸ Deswegen trifft die Autorin zu Recht eine Auswahl und stellt die sehr einflussreiche Konzeption von Hart⁵⁹ dar. Danach ist die Rechtserzeugung durch die Gerichte in das Rahmenmodell eines offenen Vollzugs zu fassen. Das heißt, Rechtserzeugung bewegt sich hier nur im Rahmen einer Kernbedeutung semantisch vorgegebener Regeln. Immerhin liegt dieses Modell auch der heutigen Rechtsanwendungslehre von Koch/Rüßmann bzw. Alexy/Klatt zugrunde.⁶⁰ In der Kernbedeutung wird die vorgängige Existenz einer Regel angenommen, mit der sich jeder Gebrauch beurteilen lässt. So entsteht eine „Externalität der Sprache für das Recht“.⁶¹ Das heißt, die Sprache operiert als Rechtfertigungsinstanz über den juristischen Argumenten. Die Semantik wird aus dem Entscheidungsvorgang ausgeklammert und als Steuerungs- und Kontrollinstanz gesetzt. Man glaubt an die „Steuerungsfähigkeit der Sprache“⁶² und des näheren an die „Steuerungskraft der Semantik“.⁶³

Das semantische Argument gilt dabei als Aufweis einer Regel. Es funktioniert als Feststellung über die natürliche Sprache oder den Fachsprachgebrauch. Festzustellen seien diese Regeln dann über die Besinnung auf die eigene Sprachkompetenz oder durch Nachschlagen in Wörterbüchern. Das kann natürlich weder methodisch noch praktisch funktionieren. Der Sprachphilosoph Friedrich Waismann beschreibt dieses Problem folgendermaßen: „Ein Ausdruck ist dann definiert, wenn die Situation beschrieben ist, in die er gebracht werden soll. Nehmen wir für einen Augenblick an, wir könnten Situationen vollständig und ohne etwas auszulassen beschreiben (wie beim Schachspiel), dann ließe sich eine erschöpfende Liste all der Bedingungen aufstellen, unter denen der Ausdruck zu gebrauchen ist: wir würden mit anderen Worten eine vollständige Definition konstruieren, das heißt ein Denkmodell, das ein für allemal sämtliche Fragen eines möglichen Gebrauchs vorweg nimmt und entscheidet. Da wir aber in Wahrheit nie die Möglichkeit eines unvorhergesehen auftauchenden Faktors ausschließen können, gelangen wir nie zur absoluten Sicherheit.“⁶⁴ Jede neue Fallkonstellation kann also die Regel verschieben.⁶⁵ Daher kann eine Sprache oder ein Text nicht

⁵⁸Vgl. dazu grundsätzlich *Jasper Liptow*, *Regel und Interpretation*, Weilerswist 2004. Zur analytischen Infrastruktur in Derridas Argumentation: *Henry Staten*, *Wittgenstein and Derrida*, Oxford 1985, insbesondere S. 111 ff.; zur Aufnahme in der Rechtstheorie *Walter Grasznik*, *Über Schuld, Strafe und Sprache*, Tübingen 1987, S. 87 ff.

⁵⁹Ebd., S. 234 ff.

⁶⁰Es werden semantisch positive, negative und neutrale Kandidaten unterschieden. Grundlegend dazu *Hans-Joachim Koch*, *Seminar: Die juristische Methode im Staatsrecht*, Frankfurt am Main 1977, S. 42 ff.

⁶¹*Matthias Klatt*, *Theorie der Wortlautgrenze. Semantische Normativität in der juristischen Argumentation*, Baden-Baden 2004, S. 282, sowie *Robert Alexy*, *Theorie der juristischen Argumentation*. 3. Aufl., Frankfurt am Main 1996. Ausführlich gegen Alexys Ansatz *Ralph Christensen/Hans Kudlich*, *Theorie richterlichen Begründens*, Berlin 2001, S. 58 ff.

⁶²*Matthias Klatt*, ebd., S. 30. Zur Kritik *Ralph Christensen/Hans Kudlich*, *Theorie richterlichen Begründens*, Berlin 2001, S. 128 ff.

⁶³*Matthias Klatt*, S. 21: „Es kann in einer intersubjektiv gültigen Weise zwischen einem korrekten und einem inkorrekten Gebrauch von sprachlichen Ausdrücken unterschieden werden.“

⁶⁴*Friedrich Waismann*, *Verifizierbarkeit*, in: *Rüdiger Bubner* (Hrsg.), *Sprache und Analysis – Texte zur englischen Philosophie der Gegenwart*, Frankfurt am Main 1968, S. 154 ff., 160 f.

⁶⁵In der Diskurstheorie des Rechts wird dieses Problem der Regelformulierung unter dem

als geschlossen betrachtet werden, sondern durch jede Interpretation kann das vorhandene Zeichenmaterial neu und anders differenziert werden. Die Autorin leitet aus dem „open texture“-Argument von Waismann ab, dass Vagheit zur Eigenschaft der ganzen Regel wird.⁶⁶

Ist das eine angemessene Folgerung aus Waismanns Argument? Natürlich haben wir bei jeder Grenze das Problem der Unschärfe, was mittlerweile auch in Logik und Sprachphilosophie anerkannt wird. Aber wie kann man mit unscharfen Grenzen vernünftig umgehen? Das macht man über Argumentation und normative Bewertung der vorgeschlagenen Regeln. Das heißt, Vagheit macht deutlich, dass es bei der Aufstellung von Regelformulierungen um Sprachnormen geht. Die Grenze zwischen Bedeutungskern und Hof wird also nicht von der Regel, sondern von den Anwendern bestimmt.⁶⁷ Insoweit ist der Autorin Recht zu geben. Ihr ist auch zuzustimmen, wenn sie sagt, dass sich ohne Fälle Regeln nicht beurteilen lassen.⁶⁸ Aber deswegen muss man nicht die Regel verwerfen, sondern die Vorstellung einer Steuerung des Sprechens durch die Regel.

Was wäre nun aus dem Scheitern des Regelplatonismus zu folgern? Zunächst dass wir im Gesetzestext keine Sprachregeln finden. Wir können sie nicht einfach erkennen, sondern wir müssen sie probeweise formulieren. Dazu verknüpft man gelungene Gebrauchsbeispiele unter normativer Bewertung zu einem vorläufigen Ganzen als Horizont. Man bewegt sich damit immer relativ zu einem Korpus von Beispielen und muss den überschießenden Anteil einer Regelformulierung offen legen. Diesen überschießenden Anteil könnte man auch eine Sprachnorm⁶⁹ nennen. Methodisch kann man sich damit nicht auf die grammatische Auslegung beschränken, sondern muss, wie der Lexikologe, auch Zusammenhang, Zweck und Geschichte einer Wendung berücksichtigen. Die juristische Spracharbeit wird also nach Verabschiedung des Regelplatonismus komplexer. Die Autorin dagegen lässt sich die Beschränkung der juristischen Spracharbeit auf die grammatische Auslegung von der herkömmlichen Lehre vorgeben⁷⁰ und verwirft die Frage nach

verkürzenden Stichwort „Defeasibility“ rubriziert. (Vgl. dazu *Carsten Becker*, *Begründen und Entscheiden*, Baden-Baden 2008, S. 135.) Nachdem es erwähnt wurde, wird es sogleich beiseite geschoben mit folgender Formulierung: „Im Vorgriff auf den noch zu entwickelnden Begriff des tatsächlichen Diskurses besteht eine diskurstheoretische Möglichkeit zu erklären, warum Regeln defeasible sind, also die Ausnahmen zu Regeln nicht aufzählbar sind, darin, dass uns nur der tatsächliche Diskurs mit beschränkten Erkenntnismöglichkeiten dessen, was richtig ist, zur Verfügung steht. Diese Überlegung zeigt, dass Regeln nur dann endgültige konkrete Handlungsanweisungen beinhalten können, wenn die Voraussetzungen des in allen Hinsichten idealen Diskurses vorlägen, wenn wir also etwa unendlich viel Zeit hätten und alles wüssten.“ (*Carsten Becker*, ebd., S. 135, Fn. 475.) Diese Erklärung könnte auch die Fortexistenz der in der Neuzeit ausgestorbenen Wissenschaft der Angelogie begründen, als Vorgriff auf das Jüngste Gericht. Tatsächlich muss man sich von der Vorstellung vorgegebener Regeln, welche das Sprechen steuern, verabschieden. Regeln sind ein nachträgliches methodisches Hilfskonstrukt des Sprachbeobachters.

⁶⁶ *Sabine Müller-Mall*, *Performative Rechtserzeugung*, Weilerswist 2012, S. 238.

⁶⁷ Ebd., S. 239.

⁶⁸ Ebd., S. 241 f.

⁶⁹ *Ralph Christensen*, *Was heißt Gesetzesbindung?* Berlin 1989, S. 218, 275, m. w. N. zur Diskussion in der Sprachwissenschaft.

⁷⁰ *Sabine Müller-Mall*, *Performative Rechtserzeugung*, Weilerswist 2012, S. 21.

der Wortlautgrenze als Widerspruch in sich.⁷¹

Tatsächlich wird das Gesetz nicht beliebig konstruiert, sondern auf Normtexte bezogen. Diese können den Rechtsanwender nicht durch eine Regel der Bedeutung binden. Denn es gibt deren viele. Deswegen folgen wir der Regel grundlos, das heißt ohne sprachliche Metaregeln. Aber das heißt eben nicht grundlos in dem Sinne, dass wir keine Argumente finden können. Über die Aufstellung einer Sprachnorm und deren Angemessenheit kann man diskutieren und vernünftig entscheiden, wenn man spezifische Kontexte berücksichtigt.

b) Selbstbezüglichkeit und Normativität

Wenn es keine Steuerung durch Regeln gibt, dann kann man die Anwendung nicht mehr hierarchisch dem Gesetz unterordnen. Die Autorin will deswegen die Normativität des Gesetzes nicht als Kraft oder als Wirkung verstehen, sondern rekursiv durch wiederholte Bezugnahme. Normativität wird damit zu einem passiven Konzept⁷² und die Trennung von Gesetz und Anwendung aufgegeben.

Tatsächlich kann man das Verhältnis von Norm und Anwendung grundsätzlich gar nicht anders fassen. Wie Wittgenstein schon für den Begriff der Regel gezeigt hat, können Normen nie in eine irgendwie geartete äußerliche Beziehung zu ihrer Verwendung gesetzt werden.⁷³ Das Befolgen leitet sich weder aus der Regel ab, noch zeichnet die Regel ihre Befolgung vor: „Die Regel steht ihrer Aktualisierung nicht als eine Instanz gegenüber, die außerhalb dieser Aktualisierung Bestand hätte. Es gibt kein Auseinanderstehen zwischen Regel und Aktualisierung derart, dass man betrachten könnte, inwieweit die Aktualisierung der Regel gerecht wird.“⁷⁴ Vielmehr zeigt sich die Regel erst in der Praxis ihrer Anwendung. „Regel“, sagt Wittgenstein, ist das, was „sich, von Fall zu Fall der Anwendung, in dem äußert, was wir ‚der Regel folgen‘ und was wir ‚ihr entgegenhandeln‘ nennen.“⁷⁵ Und das wiederum entscheidet sich daran, welche Ereignisse wir als die Anwendung von Regel auszeichnen.⁷⁶ Indem wir dies tun, entziehen wir diesen Bezug unserem Handeln, „entäußern“ ihn, um diesem durch den Verweis auf die andere Anwendung als Fall von Regel ein Maß zu setzen. Zugleich hat das normativ anleitende Moment darin keinen anderen Sitz als in diesem Verhältnis der Beobachtung. Ganz analog dazu, dass wir die Welt nicht wahrnehmen, sondern sie uns durch die Beobachtung schaffen, ganz so befolgen wir nicht Regeln, sondern wir machen sie uns mit der Frage der Anwendung zu einer

⁷¹Ebd., S. 27.

⁷²Ebd., S. 204, Skizze S. 213 und 219.

⁷³Vgl. *Ludwig Wittgenstein*, Philosophische Untersuchungen. Werkausgabe Band 1, Frankfurt am Main 1984, §§ 195 ff. Dazu auch *John McDowell*, Wittgenstein on Following a Rule, in: Synthese 58, 1984, S. 325 ff.

⁷⁴*Georg W. Bertram*, Die Dekonstruktion der Normen und die Normen der Dekonstruktion, in: *Andrea Kern/Christoph Menke* (Hrsg.), Philosophie der Dekonstruktion. Zum Verhältnis von Normativität und Praxis, Frankfurt am Main 2002, S. 296.

⁷⁵*Ludwig Wittgenstein*, Philosophische Untersuchungen, § 201.

⁷⁶Zur Individuierung von Handlungen als Ereignissen und der entsprechenden Form von Handlungssätzen *Donald Davidson*, Die logische Form von Handlungssätzen, in *ders.*, Handlung und Ereignis, Frankfurt am Main 1990, S. 155 ff.

solchen. Wir machen „es uns zur“ Regel, in dieser und keiner anderen Weise vorzugehen.

In der fallorientierten Arbeit der Gerichte zeigt sich ein Verhältnis von Immanenz und Transzendenz, welches Normativität konstituiert.⁷⁷ Die Anwendung greift nicht direkt auf die Norm zu. Vielmehr wird diese erst eingesetzt: „Die Norm wird dadurch erneuert, dass der neue Fall in sie eingetragen wird. Sie tritt dem Fall nicht als gegebene Größe gegenüber. Der Eintrag macht sie zu einer neuen, immanenten Größe.“⁷⁸ Dies kann aber nur die eine Seite der Medaille sein. Zwar ist damit das Verhältnis von Norm und Fall grundsätzlich als ein internes markiert. Blicke es aber dabei, so fielen allerdings Norm und Anwendung amorph in sich zusammen: „Im Sinne der Immanenz gibt es keinen Abstand zwischen Norm und Anwendung. Es ist unmöglich, zwischen die Norm und ihre Anwendung zu treten und zu überprüfen, ob das eine auf das andere passt oder umgekehrt.“⁷⁹ Das Normativität allein ausmachende, interne Verhältnis von Anwendungsfall und Normauszeichnung hat sich seiner selbst gewahr zu werden. Die Autorin sieht selbst, dass Fälle sich ohne Regeln nicht beurteilen lassen.⁸⁰ Die Blindheit des Normativen in der Anwendung ist also durch Beobachtung der darin liegenden Beobachtung von Handeln als normativ gehaltvoll aufzuheben. Genau hier kommt die Transzendenz der Norm ins Spiel. Wenn die Norm angewendet wird, verschwindet sie im Fall. Aber wenn man ihre Anwendung als geglückt und vorbildlich beobachtet, wird sie als Anwendung eines Anderen wieder vom Fall abgehoben.⁸¹ Wenn sich Gerichte also für das Verständnis der Gesetze an Vorentscheidungen orientieren, so tun sie das, weil es gar nicht anders geht. Sprache ist die Verknüpfung gelungener Kommunikationsakte unter mitlaufender normativer Bewertung.

c) Die Seins-Sollens-Modulation

Den normative Aspekt der Orientierung an Vorentscheidungen kann das Modell nicht aufnehmen. Vorgängigkeit und Selbstbezüglichkeit seien durch das Ereignis der Rechtserzeugung nur zeitlich, aber nicht inhaltlich verknüpft.⁸² Autorität oder Richtigkeit spielten dafür keine Rolle, weil Sinnzuschreibungen zu einem Normtext nicht empirisch zu bestimmen seien. Rein empirisch kann man die Bedeutung eines Textes tatsächlich nicht sinnvoll beschreiben. Die Datenmasse einer linguistischen Korpusanalyse kann ohne gute Vorbereitung jede Frage erschlagen.⁸³ Es bedarf also für sinnvolle Analysen einer strukturierenden Vorbereitung.

⁷⁷Grundlegend Jacques Derrida, *Gesetzeskraft*, Frankfurt am Main 1991; Georg W. Bertram, *Die Dekonstruktion der Normen und die Normen der Dekonstruktion*, in: *Andrea Kern/Christoph Menke* (Hrsg.), *Philosophie der Dekonstruktion. Zum Verhältnis von Normativität und Praxis*, Frankfurt am Main 2002, S. 289 ff., hier vor allem S. 296 ff.

⁷⁸Georg W. Bertram, ebd., S. 296.

⁷⁹Georg W. Bertram, ebd.

⁸⁰Sabine Müller-Mall, *Performative Rechtserzeugung*, Weilerswist 2012, S. 241 f.

⁸¹Georg W. Bertram, ebd., S. 297.

⁸²Sabine Müller-Mall, *Performative Rechtserzeugung*, Weilerswist 2012, S. 179 ff.

⁸³Vgl. dazu Anja Lobenstein-Reichmann, *Medium Wörterbuch*, in: *Friedrich Müller* (Hrsg.), *Politik (Neue) Medien und die Sprache des Rechts*, Berlin 2007, S. 279 ff., 297 ff.

Empirisch und normativ kann man die in den Kontexten gefundenen Belege für eine bestimmte Lesart argumentativ bewerten. Die normative Dimension der Sprache wird von der Autorin allerdings geleugnet.⁸⁴ Sie unterscheidet normale Sätze und solche Sätze, die in einer außergewöhnlichen Seins-Sollens-Modulation tatsächlich Sollen hervorbringen.⁸⁵ Sprache ist allerdings generell normativ.⁸⁶ Das ist das Ergebnis der Diskussion der neueren analytischen Philosophie. Die Autorin muss dies leugnen, weil sie sich an der Reinen Rechtslehre orientiert. Diese will die Sprache als Sein vom Sollen generell trennen. Deswegen muss die Autorin in dieser Zwei-Reiche-Lehre die Lücke einer Modulation konstruieren.

Natürlich machen Tatsachen noch kein Normen. Das legt nahe, diesen Unterschied als nicht reduzierbar zu verstehen. Aber aus der Sicht der Dekonstruktion gibt es, wie die Autorin selbst geschildert hat, keine festen Differenzen. Deswegen sind Tatsachen und Normen keine sich selbst genügenden, ewigen Präsenzen, „sondern Spuren, die sich wechselseitig aufeinander beziehen.“⁸⁷ Es gibt keine Normativität ohne Wirklichkeitsbereich, auf den sie sich bezieht. Deswegen gilt: „Normativität ist normatives Sein.“⁸⁸ Damit verschwindet der Unterschied von Sein und Sollen gerade nicht, sondern es wird nur ein Argument für einen Übergang gefordert. Es handelt sich bei Sein und Sollen also nicht um zwei Reiche, die einen Übergang durch Modulation brauchen.

Sprache und Bedeutung ist Normativität eigen. Denn „wer sich in einem sprachlichen Geschehen bewegt, bewegt sich immer zugleich in einem normativen Geschehen.“⁸⁹ Und umgekehrt natürlich. Vom Sprachlichen her liegt das normative Moment darin, dass das Verstehen auf die Wiederholbarkeit von Ausdrücken angewiesen ist.⁹⁰ „Jedes Verstehen bezieht sich konstitutiv auf solche anderen Gebrauchssituationen und damit auf andere, die die verstandenen sprachlichen Ausdrücke wiederholt verstehen.“⁹¹ Dabei bedeutet dies wohlgemerkt nicht, dass eine irgend vorgelagerte Sprache diese Wiederholbarkeit als eine in sich ruhende Identität des Ausdrucks mit sich brächte. Vielmehr stellt sich Verstehen ein, indem der Ausdruck als ein neuerlicher angenommen wird. „Die Wiederholbarkeit (...) bedeutet eine Wiederholbarkeit des Verstehens durch eine Benutzerin des sprachlichen Ausdrucks. Ein einmal verstandener Ausdruck kann konstitutiv

⁸⁴Ebd., S. 207 und durchgängig.

⁸⁵Ebd., S. 35.

⁸⁶Vgl. dazu *Sebastian Knell*, Die normativistische Wende der analytischen Philosophie, in: *Allgemeine Zeitschrift für Philosophie* 2000, S. 225 ff., 225 f.; sowie *Robert Brandom*, Pragmatische Themen in Hegels Idealismus. Unterhandlung und Verwaltung der Struktur und des Gehalts in Hegels Erklärung begrifflicher Normen, in: *Deutsche Zeitschrift für Philosophie* 1999, S. 355 ff., 377 ff. Die Autorin erwähnt zwar die normativistische Wende, setzt sich aber nicht damit auseinander. Vgl. dazu *Sabine Müller-Mall*, Performative Rechtserzeugung, Weilerswist 2012, S. 100 f.

⁸⁷*Thomas Coendet*, Rechtsvergleichende Argumentation, Tübingen 2012, S. 59.

⁸⁸Ebd.

⁸⁹*Georg W. Bertram*, ebd., S. 303.

⁹⁰Grundsätzlich *Jacques Derrida*, Signatur, Ereignis, Kontext, in: *ders.*, Randgänge der Philosophie, Wien 1988, S. 124 ff. Des Näheren in Bezug auf die Rechtsarbeit auch *Ralph Christensen/Hans Kudlich*, Theorie richterlichen Begründens, Berlin 2001, S. 157 ff.

⁹¹*Georg W. Bertram*, ebd., S. 302.

immer noch einmal verstanden werden.“⁹² Wenn das Verstehen sich also auf die Beobachtung des Ausdrucks als einem wiederkehrenden einlässt, so bindet es sich zugleich an jenen anderen Ausdruck. Beobachtet wird also wiederum die selbstbezügliche Beobachtung von Sprache. Verstehen schafft sich so also nicht allein im Bezug auf sich selbst. Vielmehr setzt es sich in einer Unterscheidung als Verstehen des anderen zu sich in eine Beziehung, die sich in der Annahme des Ausdrucks als einem wiederkehrenden selbst wiederum bezeichnet. Das Verstehen überlässt sich so gewissermaßen der vom anderen gesetzten Verstehensweise des Ausdrucks. Es nimmt sich diese zum Maß und überlässt sich allein in diesem Sinne also einer normativen Bindung an den anderen, um sich selbst wiederum nicht als das eigene Verstehen, sondern eben als ein Verstehen des anderen beobachten zu können. „Die anderen, die sprachliche Ausdrücke gebrauchen, binden das Verstehen. Durch den Bezug auf andere sind die Ausdrücke Normen, haben sie nicht nur einen Gehalt, sondern vielmehr einen bindenden Gehalt.“⁹³ Unverkennbar zeichnet sich hier genau wieder jenes Ineinandergreifen von Immanenz und Transzendenz ab, das zugleich auch Normativität kennzeichnet. Sprachlichkeit und Normativität erweisen sich als zwei Seiten der gleichen Medaille einer sich auf sich beziehenden Beobachtung. Sprache ist also ohne Normativität nicht zu denken. Das ist auch der Diskussionsstand der heutigen Sprachphilosophie. Die Autorin dagegen will Normativität nur einer einzigen Klasse von Sätzen zubilligen, die sie dann Seins-Sollens-Modulation nennt. Normalen Sätzen sei keine Normativität eigen.⁹⁴ Die Orientierung an der Reinen Rechtslehre nimmt der Autorin die Möglichkeit, Sprache als normatives Sein zu begreifen. Sie ist gezwungen, die Sprache des Gesetzes aus der Rechtserzeugung auszuschließen.

Die Kelsensche Voraussetzung, dass Sprache zum Sein gehört und nicht normativ ist, müsste überwunden werden. Sprache ist die Verknüpfung gelungener Kommunikationsakte unter mitlaufender normativer Bewertung. Das ist die Steuerung, welche die heutige analytische Philosophie an die Stelle des obsoleten Regelplatonismus gesetzt hat. Diese normative Bewertung ist in praktischen Verfahren zu diskutieren. Jetzt wird sichtbar, dass beide Standpunkte versuchen, den Normtext so zu lesen, dass er ihren Interessen zur Durchsetzung verhilft. Diese interessen geleitete Lesart bedarf der Bewertung durch die Argumentation im Verfahren.

3. Gesetzesbindung oder „Zuviel und Zuwenig“

Der Problemansatz der Autorin erweist sich in vielen Hinsichten als fruchtbar. Als zentrales Problem sei dabei die Gesetzesbindung angesprochen. Im Rahmen der Rechtsanwendungslehren wird diese verstanden als Bindung an den Inhalt des Gesetzes. Dieser Inhalt besteht in der vorgegebenen Textbedeutung und ist natürlich im Ernstfall als wörtliche Bedeutung nie nachweisbar.

⁹² Georg W. Bertram, ebd., S. 302.

⁹³ Georg W. Bertram, ebd., S. 302.

⁹⁴ Sabine Müller-Mall, Performative Rechtserzeugung, Weilerswist 2012, S. 35.

Die Autorin bestreitet nun, dass Rechtsnormen Bindungswirkung entfalten, weil hier kein lineares Kausalverhältnis denkbar sei.⁹⁵ Das ist sicher richtig. Aber ein lineares Kausalverhältnis würden noch nicht einmal Regelplatoniker behaupten. Denn sonst bräuchte man die Regeln nicht als Kontrollinstanz. Also muss Gesetzesbindung etwas anderes bedeuten. Die Autorin versteht darunter die Unabhängigkeit des Richters als Eigenständigkeit.⁹⁶ Sie sieht aber selbst, dass damit das Problem noch nicht getroffen ist. Deswegen verweist sie auf ein wertendes Element, was etwa in der bekannten Soraya-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Ausdruck komme.⁹⁷ Dieser sehr konventionelle Hinweis in einem ansonsten originellen Text tritt deswegen auf, weil die Autorin zuvor die Normativität mit Kelsen aus der Sprache ausgeschlossen hat. Das lässt sie nun in die Falle des Dezisionismus tappen. Ohne die Möglichkeit normativer Bewertung in der Sprache gibt es nur zwei Alternativen: entweder die Rechtsnorm prädestiniert die Entscheidung oder die Entscheidung ist als originäres Momentum selbst eine Rechtsquelle.⁹⁸ Die Autorin schlägt für dieses Problem die Scheinlösung einer Ebenenunterscheidung vor: Steuerung durch das Gesetz sei normativ, regellose Entscheidung deskriptiv. Das eine sei der Wunsch und das andere die Wirklichkeit.⁹⁹ Deswegen ergebe sich dazwischen auch kein Paradox im Sinne eines Gegensatzes. Es handle sich lediglich um eine Ebenenunterscheidung. Die Feststellung, dass Dezisionismus die Praxis darstelle, bildet zwar einen Widerspruch zum juristischen Selbstverständnis, lasse sich aber mittels der phänomenologischen Methode belegen.¹⁰⁰ Allerdings hat die Autorin diese Methode einfach nur als ihre Betrachtung des Rechts definiert.¹⁰¹ Es steht also ein juristisches Selbstverständnis gegen ein anderes. Das ist wirklich kein Paradox, sondern über Inhaltsanalysen empirisch zu klären.¹⁰² Danach ist zwar die wirkliche Methode der Gerichte viel komplexer als die in ihren Leitentscheidungen formulierte Theorie. Aber von Dezisionismus kann keine Rede sein.¹⁰³ Diese Theorie vermag höchstens einen schlechten Anwalt nach einer langen Kette von Niederlagen zu trösten.

Wir müssen tatsächlich umdenken vom Anwenden aufs Erzeugen. Aber das ruhige Dahinfließen des Gesetzes ist nicht mystisch,¹⁰⁴ sondern mit Mitteln von Sprach-, Medienwissenschaft und Jurisprudenz zu beschreiben. Den Zugang verstellt sich die Autorin, indem sie die Seins-Sollens-Unterscheidung nicht als praktische Argumentationslast, sondern als ontologische Ebenenunterscheidung versteht. Die Objektivität des Rechts, das Wiederaufgreifen von Rechtserzeugungsereignissen durch andere, lässt sich im Wege der Berücksichtigung sprachlicher Normativität

⁹⁵Ebd., S. 249.

⁹⁶Ebd., S. 246.

⁹⁷Ebd., S. 247 ff.

⁹⁸Ebd., S. 250.

⁹⁹Ebd., S. 251.

¹⁰⁰Ebd., S. 254.

¹⁰¹Ebd., S. 15, Fn. 8.

¹⁰²Vgl. dazu *Hans Kudlich/Ralph Christensen*, Die Methodik des BGH in Strafsachen, Köln/München 2009, insbesondere S. 56 ff.

¹⁰³*Hans Kudlich/Ralph Christensen*, ebd., S. 73 ff.

¹⁰⁴*Sabine Müller-Mall*, Performative Rechtserzeugung, Weilerswist 2012, S. 267 ff.

durchaus erklären. Die Autorin hat auch die Elemente dieser Lösung geliefert, wenn sie etwa anknüpfend an Butler¹⁰⁵ und Fish¹⁰⁶ zeigt, dass das Recht die vorausgesetzte Begründung erst herstellt. Der Ursache-Wirkungsgedanke von Regel und Anwendung muss nicht nur umgekehrt, sondern auch disloziert werden, von der Regelebene auf die Fallebene oder von der *langue* auf die *parole*. Dabei zeigt sich Folgendes: Ein Normtext hat tatsächlich nicht eine Bedeutung. Aber deswegen hat er nicht gar keine Bedeutung. Die Dekonstruktion wendet sich lediglich gegen ein transzendentes Signifikat. Beim Schach wäre dies eine Figur, die alle anderen schlägt und selber nicht geschlagen werden kann. Damit könnte das Spiel nicht mehr funktionieren. Die wörtliche Bedeutung ist solches transzendentes Signifikat, welche einen bestimmten speziellen Kontext und eine bestimmte Verständnisweise *sacrosanct* macht. Wörtliche Bedeutung ist Fundamentalismus in der Methodik. Diese Konstruktion ist mit der Kritik Derridas und anderer zerstört. Aber deswegen kann man nicht Bedeutung und Sprachregeln abschaffen. Es muss in jedem Spiel einen offenen Ereignisraum geben, in dem man argumentieren kann. Das Gesetz bindet nicht durch seinen Inhalt, sondern als Form. Aber diese Form ist nicht leer, sie ist übervoll mit gegenläufigen Lesarten. Dieser Streit ist zu klären. Sonst hätte ein Verfahren keinen Sinn.

Im Recht gibt es eine Grundparadoxie, die darin besteht, dass wir an Normen gebunden sind, die wir selbst schaffen. Ein solches Paradox muss praktisch entfaltet werden. Dies geschieht, indem wir die Norm als Form gemeinsam voraussetzen, aber über ihren Inhalt streiten. Zwischen dem „Dass“ der Norm und dem „Was“ ihres Inhalts kann nicht die Erkenntnis, sondern nur die Praxis der Argumentation eine vorläufige Brücke schlagen. Normativität ist kein dem Handeln vorgegebener Maßstab, sondern eine perspektivische Form, welche die Kommunikationsteilnehmer sich gegenseitig unterstellen.

¹⁰⁵Ebd., S. 153 ff.

¹⁰⁶Ebd., S. 258 ff.