



This text is a preprint of:

Ralph Christensen/Hans Kudlich, Gesetzesbindung oder die Entskandalisierung des Paradoxes, in: Friedrich Müller (Hrsg.), Politik, (Neue) Medien und die Sprache des Rechts, Duncker & Humblot, Berlin 2007, S. 135 – S. 155.

All rights reserved.

This pdf document provided by SOULL can be cited as:

Christensen, Ralph/Kudlich, Hans (2007): "Gesetzesbindung oder die Entskandalisierung des Paradoxes" In: SOULL – Sources of Language and Law, <https://legal-linguistics.net> (originally published in: Friedrich Müller (Hrsg.), Politik, (Neue) Medien und die Sprache des Rechts, Duncker & Humblot, Berlin (2007): S. 135 – S. 155.)

Dr. Dr. Ralph Christensen und Prof. Dr. Hans Kudlich

Gesetzesbindung oder die Entskandalisierung des Paradoxes?

I. Hinführung

1. In seiner juristischen Methodik¹ erläutert *Friedrich Müller* im Zusammenhang mit „Normtext und Legitimität“ den „realen Ablauf des einzelnen Entscheidungsvorgangs“, der „mit *einem* Text“ endet, welcher „die ‚Bedeutung‘ der geltenden Rechtsordnung für“ den zu entscheidenden Fall wiedergibt. Verbindet man mit die Vorstellung von dieser Konkretisierung mit dem – in seiner grundsätzlichen Berechtigung unbestrittenen² – Postulat der Gesetzesbindung, so kommt man dazu, dass der Richter scheinbar an etwas gebunden ist, was er selbst erst produziert, oder überspitzt: Der Richter weiß, dass er gebunden ist, aber vor seiner Entscheidung noch nicht, woran. Der Jubilar selbst spricht hier von der „Paradoxie, dass sich die juristische Textarbeit die Grenze erst selbst zu ziehen hat, der sie unterworfen und an der sie zu messen ist“.³

Was aber bei Friedrich Müller ein bloßer (zumal noch ausdrücklich als „vordergründiger“ bezeichneter) „Befund“ ist, könnte von anderer Seite als maßge-

¹Hier zitiert nach Friedrich Müller / Ralph Christensen, Juristische Methodik, Rn. 531 f.

²Vgl. nur Müller / Christensen, Juristische Methodik (Fn. Fehler: Referenz nicht gefunden), Rn. 219 ff. zur rechtsstaatlichen Textstruktur. Zur Diskussion der Möglichkeit einer Grenze der Textarbeit vgl. ebenda, Rn. 337-347.

³Müller / Christensen, Juristische Methodik (Fn. Fehler: Referenz nicht gefunden), Rn. 532.

blicher Einwand formuliert sein, werden doch „Paradoxien“ nicht selten als Schwachstelle eines Systems ausgemacht, die einem den Anforderungen an wissenschaftliche Erkenntnis und rechtsstaatlich gebotene Verlässlichkeit genügenden Rationalitätsmaßstab entgegenstünden. Insoweit ist wenig verwunderlich, wenn immer wieder auch und gerade solche Autoren, welche einerseits die Unzulänglichkeiten der traditionellen Bindungsmodelle erkennen, sich aber andererseits mit der Unterkomplexität des Dezisionismus nicht abfinden wollen, Versuche unternehmen, solche Paradoxien „aufzulösen“. Unser Anliegen ist nun nicht, den Versuchen derartiger „Entparadoxierungen“ einen weiteren hinzuzufügen. Vielmehr sind wir der Ansicht, dass juristische Rationalität nicht ohne Paradox – wenn man denn den o.g. Befund als solchen bezeichnen will – denkbar ist, dass aber andererseits ein solches Paradox auch nichts ist, was man „fürchten“ müsste. Schon aus Gründen des Umfangs wollen wir uns dabei auf den elaborierten Versuch Klaus Günthers beschränken, den gordischen Knoten, in den sich der Versuch, das rechtliche Verfahren zu begründen, immer wieder verstrickt, durch die strikte Trennung von Anwendungs- und Begründungsdiskurs zu zerschlagen.

2. An dieser Stelle nicht näher nachgegangen werden kann dagegen dem „Paradox interner Rationalität“, das sich zu stellen scheint, wenn man aus den methodenbezogenen Normen des Verfassungsrechts Anforderungen an die Methodik praktischer Rechtsarbeit ableitet,⁴ weil die „Methode“ dabei durch dogmatische Aussagen aus dem Verfassungsrecht begrenzt werden müsse, welches vielmehr den Gegenstandsbereich der Methodik bilde.⁵ Ebenfalls nicht vertieft werden kann vorliegend die Auseinandersetzung mit der diskurstheoretischen Sonderfallhypothese, die das Rationalitätsproblem durch Bezug auf die allgemeinen Prinzipien des praktischen Diskurses lösen und dabei der juristischen Entscheidung auch im Fall der Entscheidung kollidierender Normen Maßstab und Begründung liefern soll. Das damit verbundene Postulat einer Sinnmitte in Gestalt des (gleichsam an die Stelle der Rechtsidee tretenden) diskursiv begründeten Konsenses⁶ ist – wie an anderer Stelle bereits näher gezeigt⁷ – praktisch nicht einlösbar. Denn der praktische juristische Diskurs ist eben kein Sonderfall des allgemeinen (idealen) philosophischen Diskurses.⁸ Er unterscheidet sich von

⁴Vgl. dazu bereits *Ralph Christensen / Hans Kudlich*, Theorie richterlichen Begründens, 2001, S. 280 ff.

⁵Vgl. *J. Harenburg*, Die Rechtsdogmatik zwischen Wissenschaft und Praxis, 1986, S. 267, in Anschluss an *Bernhard Schlink*, Bemerkungen zum Stand der Methodendiskussion in der Verfassungsrechtswissenschaft, in: *Der Staat* 1980, S. 73 ff., insbes. S. 96 ff. Vgl. zum Ganzen auch *Bernhard Schlink*, Juristische Methodik zwischen Verfassungstheorie und Wissenschaftstheorie, in: *Rechtstheorie* 1976, S. 94 ff. Dazu die Erwiderung von *Friedrich Müller*, Rechtsstaatliche Methodik und Politische Rechtstheorie, in: *ders.* Rechtsstaatliche Form – Demokratische Politik, 1977, S. 271 ff., insbes. 285 ff.

⁶Vgl. *Robert Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, Frankfurt/M. 1996, S. 176 f. Dazu *Ulfrid Neumann*, Juristische Argumentationslehre, Darmstadt 1986, S. 73 ff.

⁷Vgl. *Christensen / Kudlich*, Theorie (Fn. Fehler: Referenz nicht gefunden), S. 82 ff.

⁸Ausführlich Zur Kritik *Ulfrid Neumann*, Zur Interpretation des forensischen Diskurses in der Rechtsphilosophie von Jürgen Habermas, in: *Werner Krawietz / Gerhard Preyer* (Hg.), System der Rechte, demokratischer Rechtsstaat und Diskurstheorie des Rechts nach Jürgen Habermas, Rechtstheorie, Bd. 27, H. 3, 2., 2. Aufl., 2004, S. 415 ff.

jeder „idealen Sprechsituation“⁹ dadurch, dass es den Parteien im Rechtsstreit nicht einfach um die Suche nach Wahrheit und Gerechtigkeit, sondern um den Erfolg für sich geht,¹⁰ und die für das Urteil beanspruchte Richtigkeit kann nur am Verfahren und den vorgebrachten Argumenten gemessen werden.¹¹ Dagegen setzt die „für die Diskurstheorie konstitutive Bindung der Richtigkeit der Entscheidungen an ein bestimmtes Verfahren (...) voraus, dass dieses Verfahren den Gesichtspunkt der Unparteilichkeit und der Offenheit der Beteiligten für das ‚richtige‘ Ergebnis operationalisiert.“¹² Demgegenüber sperrt sich das Gerichtsverfahren „gegen die Zuordnung zum allgemein-praktischen Diskurs (...) auch in Hinblick auf institutionelle Besonderheiten forensischen Argumentierens. Nicht nur Prozesshandlungen wie Klageerhebung, Einlegung von Rechtsmitteln usw., sondern auch bestimmte Tatsachenbehauptungen haben den Charakter von Spielzügen, an deren Ausführung bzw. Unterlassung prozessuale Konsequenzen geknüpft werden.“¹³ Wenn also die Sonderfallhypothese einen praktischen Richtigkeitsanspruch voraussetzt und dann feststellt, dass der juristische Diskurs diesen Anspruch nicht einlösen kann, so ist damit nur bewiesen, dass der juristische Diskurs anders funktioniert, als es ihm nach der Theorie des praktischen Diskurses erlaubt ist. Damit zerschlägt sich die Hoffnung auf einen dem Verfahren entzogenen Rationalitätsmaßstab.

II. Die Trennung von Begründungs- und Anwendungsdiskurs

1. Angesichts der Schwierigkeiten, die ideale Sprechsituation i.S.d. der Diskurstheorie in der Verfahrenssituation des Rechtsstreits wieder zu finden, haben

⁹Klassisch dafür *Jürgen Habermas*, *Theorie kommunikativen Handelns*. 2 Bde., Frankfurt/M. 1987. Des näheren dazu *Enrique P. Haba*, Standortbestimmung zeitgenössischer Rechtstheorie – Rawls, Dworkin, Habermas und andere Mitglieder der „heiligen (Rede-)Familie“, in: *Werner Krawietz / Gerhard Preyer* (Hg.), *System der Rechte, demokratischer Rechtsstaat und Diskurstheorie des Rechts nach Jürgen Habermas*, *Rechtstheorie*, Bd. 27, H. 3, 2., 2. Aufl., 2004, S. 277 ff., 287 ff. Zur Kritik hier insbes. auch *Ralph Christensen / Michael Sokolowski*, *Die Krise der Kommunikation und die Möglichkeit juristischen Argumentierens*, in: *Kent D. Lerch* (Hg.), *Recht verhandeln. Argumentieren, Begründen und Entscheiden im Diskurs des Rechts. Die Sprache des Rechts*, Band 2, Berlin / New York 2005, S. 105 ff., 116 ff.

¹⁰Ausführlich dazu *Friedrich Müller / Ralph Christensen / Michael Sokolowski*, *Rechtstext und Textarbeit*, Berlin 1997.

¹¹*Armin Engländer*, *Diskurs als Rechtsquelle? Zur Kritik der Diskurstheorie des Rechts*, Tübingen 2002, S. 143. Das sehen teilweise auch die Diskurstheoretiker selbst, vgl. etwa *Alexy*, *Theorie* (Fn. Fehler: Referenz nicht gefunden), S. 264; allerdings sehen sie die Verfahrensbeteiligten beständig dem normativen Druck ausgesetzt, sich wenigstens der Form nach an die Präponderabilien praktisch vernunftorientierten Argumentierens halten müssen, damit ihre Auseinandersetzung über den bloßen Schlagabtausch hinaus als berechtigter Streit um Recht gelten kann, vgl. *Alexy* a.a.O., S. 434, sowie *Jürgen Habermas*, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, 4. Aufl., Frankfurt/M. 1994, S. 283, 289.

¹²*Neumann*, *Interpretation* (Fn. Fehler: Referenz nicht gefunden), S. 415 ff., 418 f.

¹³*Neumann*, *Interpretation* (Fn. Fehler: Referenz nicht gefunden), S. 415 ff., 419.

Vertreter der Diskurstheorie die Sonderfallhypothese aufgeben.¹⁴ Die Lösung, die sie für das Problem eines Rationalitätsmaßstab juristischen Entscheidens vorschlagen, ist die einer strikten Trennung von Begründungs- und Anwendungsdiskurs. Der Teufelskreis, in den man gerät, wenn man die Entscheidung von Recht durch die Verklammerung mit einer höheren Rationalität selbst noch einmal als Recht begründen will, soll durch eine strikte Auseinanderlegung von Begründung und Anwendung durchbrochen werden.¹⁵ „Während bei der Begründung von Normen ihre abstrakte Gültigkeit thematisiert werde, stehe bei der Anwendung die Angemessenheit einer Norm in einer bestimmten Situation im Zentrum.“¹⁶ Die normative Geltung von Recht als gerechtfertigtem wird als Begründungsbasis einer Rechtserzeugung vorausgesetzt. Die braucht sich damit selbst nicht mehr um eine Richtigkeit von Recht sorgen. Sie kann sich ganz auf ihre konkrete Berechtigung konzentrieren. Diese Lösung scheint bestechend. So könnte es gelingen, konsequent den Gegebenheiten des juristischen Verfahrens Rechnung zu tragen, ohne das Ziel einer anspruchsvolleren Begründung der Entscheidung aufzugeben.

Die Trennung von Begründungs- und Anwendungsdiskurs will all den Problemen aus dem Weg gehen, die sich aus einer Kontaminierung des praktischen Diskurses moralischer Richtigkeit mit dem juristischen Diskurs ergeben.¹⁷ Denn „eine ‚im Rahmen der geltenden Rechtsordnung vernünftige Begründung‘ kann ex definitione keine *Geltungsbegründung* sein. Vielmehr wird die Gültigkeit der Normen oder der Rechtsordnung im Ganzen in der juristischen Argumentation ja gerade vorausgesetzt.“¹⁸

2. Wie aber soll sich dann überhaupt noch eine Richtigkeit der Entscheidung im Sinn einer „Angemessenheit“ der mit ihr vollzogenen Rechtsanwendung ergeben?¹⁹ Dazu muss man an erster Stelle die Situation beachten. Darauf kann sich der Anwendungsdiskurs aber nicht beschränken. Die Entscheidung würde sich auf eine lediglich opportunistische und damit willkürliche Befriedung des aktuellen Rechtsstreits verkürzen. Es bedarf schon eines Pendantes zum Forum der Richtigkeit von Recht, um eine ernstzunehmende Begründung über den Tag hinaus zu erreichen.

¹⁴Siehe *Klaus Günther*, Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht, Frankfurt/M. 1988; sowie im Anschluss daran *Habermas*, Faktizität und Geltung (Fn. Fehler: Referenz nicht gefunden), S. 138 ff.

¹⁵Als Versuch dazu *Klaus Günther*, Kopf oder Füße? Das Rechtsprojekt der Moderne und seine vermeintlichen Paradoxien, in: *Rainer Maria Kiesow / Regina Ogorek / Spiros Simitis* (Hg), Summa. Dieter Simon zum 70. Geburtstag, Frankfurt/M. 2005, S. 255 ff.

¹⁶*Engländer*, Diskurs (Fn. Fehler: Referenz nicht gefunden), S. 36.

¹⁷Vgl. *Klaus Günther*, Ein normativer Begriff der Kohärenz für eine Theorie der juristischen Argumentation, in: *Rechtstheorie* 20, 1989, S. 163 ff., 186. Dann wiederum gegen eine Trennung von Begründungs- und Anwendungsdiskurs *Robert Alexy*, Normenbegründung und Normenanwendung, in: *ders.*, Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie, Frankfurt/M. 1995, S. 52 ff.,

¹⁸*Günther*, Kohärenz (Fn. Fehler: Referenz nicht gefunden), S. 163 ff., 186.

¹⁹Zu dieser Bestimmung *Habermas*, Faktizität und Geltung (Fn. Fehler: Referenz nicht gefunden), S. 286 f.

Ein solches Pendant soll darin liegen, dass „zum einen alle relevanten Merkmale der Situation sowie zum anderen alle weiteren in Betracht kommenden, unter Umständen auch kollidierenden Normen zu berücksichtigen sind.“²⁰ Diese Generalisierung ist sozusagen der Prüfstein für die Bewährung der Entscheidung als bestands- und geltungsfähig. Die Abfederung der Universalität durch den praktischen Diskurs zu einer Generalisierbarkeit der Anwendung soll durch eine Umkehr des Brennpunkts der Rechtfertigung bewerkstelligt werden: „Im Anwendungsdiskurs verändert sich der Gesichtspunkt, unter dem eine Norm thematisiert wird. Statt um ihre Geltung geht es nun um ihren Situationsbezug. Welche Norm einer Situation angemessen ist, lässt sich erst feststellen, wenn die Diskursteilnehmer alle prima facie anwendbaren Normen auf eine vollständige Situationsbeschreibung bezogen haben.“²¹

Die große Frage der Richtigkeit vor dem Forum der Vernunft soll zur kleinen Frage der Berechtigung vor den Schranken des Gerichts reduziert werden. Es geht dann nicht mehr um die große Frage nach der Vernunft des erreichten Ergebnisses. Es geht nur noch um die Adäquatheit und „Angemessenheit“ des Weges.²² Die Frage nach einer absoluten Rationalität der Begründung wäre zurechtgestutzt auf die Frage nach einer relativen Rationalität der Anwendung, die beruhigt die erste dahin gestellt sein lassen könnte. Dies wäre sozusagen die irdische Version der Universalisierungsforderung des praktischen Diskurses.

3. Aber sind die Probleme wirklich beseitigt? Mit der Sonderfallhypothese teilt die Trennungsthese nach wie vor grundlegenden Präntentionen: Zum einen hält auch die Trennungsthese daran fest, dass im Einzelfall nur die „einzig richtige Entscheidung“ geben kann.²³ Das folgt daraus, dass diese Entscheidung zum anderen aus dem Ganzen von Recht heraus vorgezeichnet ist. Nur so kann das Recht weiter als Garant für die Richtigkeit der Entscheidung wirksam sein, auch wenn die Richtigkeit des Rechts im Verfahren nicht zur Sprache gebracht und damit auch nicht in den Streit hinein gezogen wird. „Die spezifischen juristischen Regeln für die Konkretisierung von Normtexten sollen so rekonstruiert werden, dass sie eine kohärente Interpretation aller prima facie anwendbaren Rechtsnormen angesichts einer vollständig beschriebenen Situation ermöglichen.“²⁴ Damit wird berücksichtigt, dass die als Begründungsbasis vorausgesetzte Norm natürlich nicht ihre Anwendung im konkreten Fall vorzeichnen kann.²⁵ Dies ist der unabsehbaren Dynamik der möglichen Rechtslagen und der Unübersichtbarkeit der in der Norm liegenden rechtlichen Möglichkeiten für die Beteiligten geschuldet. Würde im übrigen die Norm all ihre Anwendungen schon von sich aus die Richtung weisen, bräuchte man gar kein Verfahren. Man könnte es beim

²⁰ *Engländer*, Diskurs (Fn. Fehler: Referenz nicht gefunden), S. 148.

²¹ *Günther*, Kohärenz (Fn. Fehler: Referenz nicht gefunden), S. 163 ff., 175.

²² Siehe *Günther*, Sinn (Fn. Fehler: Referenz nicht gefunden). Zur kritischen Diskussion *Alexander Somek / Nikolaus Forgó*, Nachpositivistisches Rechtsdenken. Inhalt und Form des positiven Rechts, Wien 1996, S. 319 ff.

²³ Vgl. *Habermas*, Faktizität und Geltung (Fn. Fehler: Referenz nicht gefunden), S. 256.

²⁴ *Engländer*, Diskurs (Fn. Fehler: Referenz nicht gefunden), S. 37.

²⁵ *Engländer*, Diskurs (Fn. Fehler: Referenz nicht gefunden), S. 36.

alten positivistischen Automatismus eines Rechts aus dem Gesetzbuch belassen. Andererseits muss die Entscheidung aber, um als angemessen gerechtfertigt werden zu können, über ihre Situationsverhaftung hinausweisen. Tut sie dies nicht, könnte man sie kaum als eine „Anwendung“ ausweisen. Man landete beim alten dezisionistischen Gewaltstreich einer Schöpfung von Recht aus dem Nichts. Zuletzt muss der Nachweis der Angemessenheit im Verfahren möglich sein, ohne die zur Anwendung gebrachte Norm selbst mit in die Debatte zu verwickeln und damit einen sich unabsehbar fortschreibenden Begründungsbedarf loszutreten.

Hinter die Gültigkeit der Norm wird also doch durch den Anwendungsdiskurs zwangsläufig erst einmal ein Fragezeichen gesetzt. Die in „Begründungsdiskursen gerechtfertigte Normen erhalten daher lediglich einen *prima facie*-Charakter, d.h. die Anwendung solcher Normen stehe unter einem *ceteris paribus*-Vorbehalt.“²⁶ Das kann nur bedeuten, dass der Anwendungsdiskurs die Geltung der Norm nicht ganz so vorbehaltlos voraussetzt, wie die Trennungsthese nahe legt. Damit vollzieht sich die erste Aufweichung der Trennungsthese. Der Anwendungsdiskurs geht als sein Ansatzpunkt keineswegs von der Gültigkeit des Gesetzes aus. Vielmehr unterstellt er erst einmal nur die Geltung der Norm in dem aktuell vorliegenden Rechtsfall. Das heißt, der Anwendungsdiskurs soll auf der einen Seite zwar nicht die Gültigkeit der Norm problematisieren; dies ist dem Begründungsdiskurs vorbehalten, der für die Entscheidung als gelungen unterstellt wird. Auf der anderen Seite soll der Anwendungsdiskurs aber sehr wohl die Gültigkeit der Norm nicht fraglos unterstellen. Die Norm besagt zwar, dass man nach ihr zum Recht kommen kann, sie vermag aber nicht zu sagen, wann das der Fall ist und wie dies im einzelnen geschehen soll. Sie weist an, dass in einer entsprechenden Rechtslage nach ihr zu verfahren ist, dies gibt der Anwendung das Thema vor; die vorderhand gültige Norm vermag aber nicht zu sagen, welches diese Lage ist und wie sie dementsprechend einzusetzen und anzuwenden ist. Das kann daher allein Sinn und Zweck eines Anwendungsdiskurses sein. Denn „dass eine Norm *prima facie* gilt, bedeutet nur, dass sie unparteilich begründet worden ist; erst ihre unparteiliche Anwendung führt zur gültigen Entscheidung eines Falles. Die Gültigkeit der Norm verbürgt noch keine Gerechtigkeit im Einzelfall.“²⁷

Das zieht natürlich die Frage nach sich, wie man entscheiden kann, ob der Anwendungsdiskurs richtig liegt. Nach der Trennungsthese soll dies im Lichte der weiteren Normen im Gefüge des Rechts geschehen. Jede gültige Norm soll „mit allen anderen gültigen Normen eine kohärente Ordnung bilden. (...) Zugleich sei es aber erst die einzelne Situation, deren angemessene Interpretation der ungeordneten Menge gültiger Normen die bestimmte Gestalt einer jeweils kohärenten Ordnung verleiht.“²⁸ Diese Ordnung springt in der Frage des Zweifels oder gar

²⁶ *Engländer*, Diskurs (Fn. Fehler: Referenz nicht gefunden), S. 36. Siehe dann auch selbst *Günther*, Sinn (Fn. Fehler: Referenz nicht gefunden), S. 78 ff., 266.

²⁷ *Habermas*, Faktizität und Geltung (Fn. Fehler: Referenz nicht gefunden), S. 266.

²⁸ *Engländer*, Diskurs (Fn. Fehler: Referenz nicht gefunden), S. 37; sowie *Jürgen Habermas*, Erläuterungen zur Diskursethik, in: *ders.*, Erläuterungen zur Diskursethik, Frankfurt/M. 1991, S. 119 ff., 141.

der Kollision als Bewertungs- und Abwägungsgrundlage ein. Ausschlaggebend ist dann die Variante, die sich kohärent der rechtlichen Ordnung fügt: „Anwendungsdiskurse stehen (...) unter der Anforderung, bei Berücksichtigung aller für eine Situation relevanten Merkmale die als angemessen angesehenen Norm auszuwählen, inhaltlich zu bestimmen und unparteilich anzuwenden. Da die Geltung von Normen durch sie unangetastet bleiben soll, bildet die Auflösung sogenannter externer Normkollisionen und die Einbettung von dabei zu entwickelnden Kollisionsregeln in ein kohärentes Schema den zentralen Bezugspunkt.“²⁹

4. Dies ist die alte Idee der Einheit des Rechts in neuem Gewande. Ihren Niederschlag findet sie darin, dass der Anwendungsdiskurs alle denkbaren Anwendungssituationen zu erwägen hat, um darüber befinden zu können, ob der aktuell vorliegende Fall dazu gehört. Zugleich aber wird diese Ordnung erst durch die angemessene Anwendung geschaffen. Das ist zwar prinzipiell richtig. Die Rechtserzeugung bewegt sich als ein holistisches Unternehmen immer entlang einer Kontextualisierung ihrer einzelnen Argumente zugunsten von deren Abstützung oder Widerlegung. Zugleich stellt diese Kontextualisierung aber erst einen Zusammenhang her, der sich als ein System von Recht jeweils präsentiert.³⁰ Genau dies muss die Trennungsthese bestreiten. Denn damit ist der Anwendungsdiskurs genötigt, jenen Begründungsdiskurs zu führen, der als eine unabhängige Rationalitätsquelle eigentlich ausgeklammert bleiben sollte. Also muss dafür doch den Normen eine „eine alle möglichen Kontexte übergreifende Geltung“ unterstellt werden, damit arbeitsteilig „komplementär dazu (...) das ‚Anwenden‘ (...) die Relevanz von Normen für einzelne Kontexte“ herausstellen kann.³¹

Auf der einen Seite wird Gültigkeit vorausgesetzt, damit die Anwendung als eine Entscheidung von Recht gelingen kann. Auf der anderen Seite aber doch wieder nicht, damit die Anwendung als eine angemessene erfolgreich sein kann. Bei Licht besehen kann dies nur durch das Prozedere des Verfahrens eingelöst werden. Die Gültigkeit der Norm wird über eine situationsadäquate Interpretation in das Verfahren eingeführt. Darin macht sich ein universalisierendes Moment bemerkbar, aus dem sich die Rechtfertigung der Entscheidung speisen soll. Sie soll gewissermaßen dadurch das aktuelle Erbe des Begründungsdiskurses antreten können, „aufgrund einer möglichst umfassenden Situationsbeschreibung vor dem Hintergrund geltender Normen eine vollständige unparteiliche Situationsdeutung zu erarbeiten.“³² Zugleich muss sich das Verfahren als ein Anwendungsdiskurs an den Begründungsdiskurs zurückwenden, um diese Situationsbeschreibung ins Benehmen mit der gültigen Norm zu setzen, sie als einen ihrer Fälle ausweisen. „Welche Norm zur Anwendung gelangt, hängt davon

²⁹ *Somek / Forgó*, Nachpositivistisches Rechtsdenken (Fn. Fehler: Referenz nicht gefunden), S. 337.

³⁰ Ausführlicher dazu *Christensen / Sokolowski*, Krise (Fn. Fehler: Referenz nicht gefunden), S. 105 ff., 147 ff.

³¹ *Somek / Forgó*, Nachpositivistisches Rechtsdenken (Fn. Fehler: Referenz nicht gefunden), S. 337.

³² *Somek / Forgó*, Nachpositivistisches Rechtsdenken (Fn. Fehler: Referenz nicht gefunden), S. 337.

ab, welche als korrekt erachtete Norminterpretation sich mit der angemessenen Situationsdeutung zur Deckung bringen lässt.“³³

Schaut man genau hin, dann hat sich unter der Hand die Norm von einer Voraussetzung in ein Argument verwandelt. Sie fungiert nicht mehr als Bezugspunkt für das Verfahren. Vielmehr dient sie im Verfahren, als Bestandteil des Verfahrens dazu, die Situation des zur Entscheidung anstehenden Streits in eine durch die Entscheidung zu formulierende Rechtslage zu transponieren. „Mit konkreten Situationsbeschreibungen konfrontiert erscheinen geltende Normen mithin wie bloß prima-facie anwendbare ‚Prinzipien‘. Sie verwandeln sich in vorrangig zu berücksichtigende Argumente, die in einen Diskurs über Angemessenheit eingebracht werden.“³⁴

5. Damit ist die angeblich so „strikte“ Trennung zwischen Begründungs- und Anwendungsdiskurs bis zur Unkenntlichkeit porös geworden. Infolgedessen steht auch neuerlich die Frage an, aus welcher Quelle sich dann die Rechtfertigung der Entscheidung speisen soll, wenn die Anwendung ganz offensichtlich das Recht nicht einfach voraussetzen kann. Günther weicht hier auf die Semantik aus,³⁵ indem er davon ausgeht, „dass geltende Normen, sobald sie gemeinschaftlich akzeptiert sind, eine durch sprachliche Verwendungsregeln garantierte feststehende Bedeutung haben, die an sich von jener, welche sie im Anwendungsdiskurs zeigt, unabhängig ist, mag sie in diesem auch genauer ermittelt werden können. Dieser semantische Gehalt müsste der Anwendung folglich ‚Deckung‘ verleihen können.“³⁶

Damit handelt sich die Trennungsthese ein gewaltiges Problem ein. Die „Deckung“ der Anwendung soll dadurch möglich sein, dass die Norm in ihrem Bedeutungsgehalt eine Regel gibt, auf deren Befolgung hin der aktuell zur Entscheidung anstehende Fall geprüft werden kann. Seine Lösung stellt dies im Urteil fest. Semantik ist die Folie, auf der juristische Praxis zu einer gerechtfertigten Entscheidung von Recht kommen kann. Als Scheck auf eine Rechtfertigung der Entscheidung ist dies selbst aber wiederum ungedeckt.³⁷ Denn nach eigenem Eingeständnis der Trennungsthese kann er nicht anders eingelöst werden, als „dass die Beteiligten an einem Anwendungsdiskurs selbst darüber zu entscheiden haben, ob sich die Konstruktion einer individuellen Norm im Rahmen eines Systems gültiger Normen bewegt oder nicht. Die Anwender legen also die Grenzen des geltenden Gehalts von Normen fest.“³⁸ Oder anders ausgedrückt: der Anwendungsdiskurs prägt selbst die Münze, die er für die Richtigkeit der Entscheidung

³³Somek / Forgó, Nachpositivistisches Rechtsdenken (Fn. Fehler: Referenz nicht gefunden), S. 337.

³⁴Somek / Forgó, Nachpositivistisches Rechtsdenken (Fn. Fehler: Referenz nicht gefunden), S. 338.

³⁵Vgl. Günther, Kohärenz (Fn. Fehler: Referenz nicht gefunden), S. 163 ff., 176.

³⁶Somek / Forgó, Nachpositivistisches Rechtsdenken (Fn. Fehler: Referenz nicht gefunden), S. 340.

³⁷Zu dem mit Günthers Semantisierung einhergehenden „Problem der Unbestimmtheit“ Christensen / Kudlich, Theorie (Fn. Fehler: Referenz nicht gefunden), Berlin 2001, S. 87 ff.

³⁸Somek / Forgó, Nachpositivistisches Rechtsdenken (Fn. Fehler: Referenz nicht gefunden), S. 340.; sowie Günther, Kohärenz (Fn. Fehler: Referenz nicht gefunden), S. 163 ff., 181.

einzulösen hat, die Begründung.

Für den Anwendungsdiskurs ist unglücklicherweise das Paradox wieder erreicht, das er zum Verschwinden bringen sollte. Das Kunststück, mit der Gültigkeit der Norm zu operieren und gleichzeitig doch wieder nicht, soll sich in die Frage nach der Bedeutung der Norm als Regel für die Entscheidung auflösen. Damit ließen sich die zunächst in sich widerstreitenden Momente von Vorgabe durch die Norm und Handhabung als Norm in das Verhältnis von Regel und Befolgung auseinander legen. Als Handlungsanweisung hätte man zum einen eine Kohäsion. Zugleich ließe sich diese in ihre abstrakte Form als Regel und ihre konkrete Erscheinung als Befolgung zerlegen. Zwischen Regel und Befolgung bestünde dann ein Ableitungszusammenhang.

Allerdings ist dieser Zusammenhang tatsächlich ein interner. Das bedeutet, dass die Trennungsthese mit ihrer Bewegung in die Semantik lediglich das Paradox der Entscheidung gegen das Regelparadox eintauscht. Das sieht auch Günther selbst.³⁹ Wenn die Entscheidung im Anwendungsdiskurs aus dem Normtext abgeleitet wird, kann dies nur in die Suche nach einer sprachlichen Regel münden, deren Deutung dann im Regelparadox endet. Dem könnte die Trennungsthese nur entgegen, wenn zwischen der Regel und ihrer Anwendung eine stabil präformierende Beziehung bestünde. Das ist aber ganz und gar nicht so, wie Günther eingestehen muss: „Keine Regel kann ihre eigene Anwendung regeln. Regeln für die Anwendung einer Regel müssen ihrerseits angewendet werden, ohne ihre eigene Anwendung regeln zu können, usw.“⁴⁰ Wittgensteins Konsequenz daraus ist bekanntlich, das Regelfolgen konsequent als Praxis aufzufassen. Mit jeder Befolgung steht die Regel auf dem Spiel, sofern eine Abweichung eine Regelveränderung nach sich ziehen kann statt als Fehlschlag sanktioniert zu werden. Alles hängt so von der „Auffassung einer Regel“ ab, „die *nicht eine Deutung* ist, sondern sich, von Fall zu Fall der Anwendung, in dem äußert, was wir ‚Regel folgen‘ und was wir ‚ihr entgegenhandeln‘ nennen.“⁴¹

Genau darum geht es bezogen auf rechtliche Normierungen vor Gericht. Strittig ist damit auch gar nicht, was der rechtlichen Regel genügt. Strittig ist vielmehr, was im anstehenden Fall überhaupt die Regel ist.⁴² Der Normtext als Anweisung auf eine Regel Formulierung weist dem Streit darum lediglich bindend seine Perspektive. Den Inhalt dieser Form muss das Verfahren aber erst festlegen.⁴³ Die Trennungsthese kann das natürlich nicht wollen, da es bedeutet, dass Begründungs- und Anwendungsdiskurs *als* rechtliches Verfahren intern relation-

³⁹Vgl. Günther, Kopf oder Füße (Fn. Fehler: Referenz nicht gefunden), S. 255 ff., 267 ff.

⁴⁰Günther, Kopf oder Füße (Fn. Fehler: Referenz nicht gefunden), S. 255 ff., 272.

⁴¹Vgl. Wittgenstein, Philosophische Untersuchungen (Fn. Fehler: Referenz nicht gefunden), § 201.

⁴²Siehe Ralph Christensen / Michael Sokolowski, Wie normativ ist Sprache? Der Richter zwischen Sprechautomat und Sprachgesetzgeber, in: Ulrike Haß-Zumkehr (Hg.), Sprache und Recht. Jahrbuch 2001 des Institut für Deutsche Sprache, Berlin / New York 2002, S. 64 ff., 68 f.

⁴³Im einzelnen und ausführlich dazu Friedrich Müller, Strukturierende Rechtslehre. Zweite, vollständig neu bearbeitete und auf neuestem Stand ergänzte Auflage, Berlin 1994.

iert sind. Sie sind lediglich zwei Seiten der gleichen Medaille einer argumentativen Rechtfertigung der Entscheidung.

Klaus Günther meint dem entgegen zu können, wenn er Wittgensteins Vorgabe zur Auflösung des Regelparadox für das juristische Verfahren doch noch einmal externalisieren will. Man müsse nur den Blick aus dem engeren Zusammenhang des Verfahrens heraus lenken. Was als Regelbefolgen gelten kann, entscheidet sich demnach nicht erst fallweise durch die Anwendung. Vielmehr „beziehen wir uns immer auf ein ganzes Netzwerk mehr oder weniger gut geordneter Normen. Innerhalb dieses Netzes operieren wir im Hinblick auf sich verändernde Anwendungssituationen und werden dabei mit unvorhersehbaren Normkollisionen konfrontiert, die nach einer kohärenten Auflösung in kommunikativen Verfahren durch die Betroffenen selbst (die ja in Anwendungssituationen keinen Beobachterstandpunkt außerhalb ihrer Praxis einnehmen können) verlangen. Dieses Erfordernis ist kein Indiz für ein essentielles Defizit regelgeleiteter Praxis überhaupt, sondern bloß für die Zukunftsoffenheit unserer Praxis. Wir fangen eben nicht in jeder neuen, unvorhergesehenen Situation von neuem an, uns Regeln zu schaffen.“⁴⁴

Einen Ausweg für das Problem der Selbstverfertigung der Begründung durch die Entscheidung ergibt das nicht. An erster Stelle ist die Stabilität entsprechend sozial verankerter „Rechtsparadigmen“⁴⁵ kontingent. Eine systematische Beziehung zwischen Begründungs- und Anwendungsdiskurs lässt sich darauf nicht bauen. Es bedeutet nur, dass man sich an den jeweiligen Gewissheiten auf Zeit orientiert, um zuzusehen, wie es damit aktuell weiter gehen kann. Mehr nicht. Systematisch steht immer alles auf dem Spiel. Paradigmen als Überzeugungssysteme und Leitlinien sind letztlich nicht weniger fragil, als die von Regeln. Jede durch sie geleitete Argumentation kann sie aus dem Sockel heben und verändern. Gerade das aber ist in besonderer Weise im Rechtsstreit der Fall. Mit jedem Argument steht die Stabilität jenes „Netzes“ in Frage. Und das kann auch gar nicht anders sein, sofern juristisches Argumentieren im Wechselspiel der Interpretation von Äußerungen aus Überzeugungen und deren Erschließen wiederum aus dem, was die Beteiligten zum Ausdruck bringen, sich als Arbeit an der Regel vollzieht. Diese sind also mitnichten festgeschürzte Knoten im Netz. Sicher, dies mag halten, solange der Streit nur um das richtige Anwenden der Argumentformen geht, solange also lediglich Fragen der juristischen Kunstfertigkeit zur Debatte stehen. Im Moment ihrer Thematisierung als Streit um Recht aber droht ihnen die Auflösung und mit ihnen das Kollabieren des Ganzen.⁴⁶ Das wiederum hängt damit zusammen, dass, schärfer noch, die

⁴⁴Günther, Kopf oder Füße (Fn. Fehler: Referenz nicht gefunden), S. 255 ff., 272.

⁴⁵Vgl. Habermas, Faktizität und Geltung (Fn. Fehler: Referenz nicht gefunden), S. 270 f. Kritisch dazu Engländer, Diskurs (Fn. Fehler: Referenz nicht gefunden), S. 148 f. Auf die Differenzen zwischen Habermas und Günther braucht hier in der Grundsatzdiskussion der Angemessenheit des Konzepts der „Angemessenheit“ nicht eingegangen zu werden. Siehe dazu Somek / Forgó, Nachpositivistisches Rechtsdenken (Fn. Fehler: Referenz nicht gefunden), S. 346 ff.

⁴⁶Siehe auch Christensen / Sokolowski, Krise (Fn. Fehler: Referenz nicht gefunden), S. 105 ff., 147 ff.

sozial eingefahrenen Paradigmen von Recht im Antagonismus des Rechtsstreits gerade nicht die Rolle eines Endpunkts für die Ableitung der Entscheidung spielen. Sie sind vielmehr genau umgekehrt Ausgangspunkt für die Parteien, überhaupt in den Rechtsstreit eintreten zu können. An ihnen müssen sie nämlich ihr Vorbringen überhaupt erst einmal relevant als Rechtsmeinung ausweisen.

Das bedeutet, dass mit dem Rechtsstreit jene Paradigmen mit sich in Widerstreit liegen, über die juristisch zu urteilen ist. Ganz analog zur Regel geht es also im Rechtsstreit nicht darum, was nach den entsprechenden Paradigmen rechtens ist, sondern darum, was im Fall zugrunde zu legendes Paradigma des Rechts ist. Es führt also kein Weg daran vorbei, dass sich auch, „eine semantisch konzipierte Grenze zwischen dem Gehalt einer geltenden Norm und einer durch diesen ‚gedeckten‘ Anwendung in der Tat nicht ziehen lässt.“⁴⁷ Von der Trennungsthese bleibt so nichts übrig. So gesehen hat auch Robert Alexy recht, wenn er gegen Günther die Unmöglichkeit einer Trennung von Begründung und Anwendungsdiskurs einwendet: „Die Idee des Anwendungsdiskurses ist zugleich richtig, leer und missverständlich. Sie ist insofern richtig, als sie die alte hermeneutische Forderung der Berücksichtigung aller Gesichtspunkte zum Ausdruck bringt. Diese Forderung ist ein elementares Rationalitätspostulat. Sie ist leer, weil sie nicht sagt, welche Gesichtspunkte wie zu berücksichtigen sind.“ Und „schließlich ist die Idee des Anwendungsdiskurses missverständlich, weil sie die Gefahr einer nicht-universalistischen Entscheidungspraxis birgt.“⁴⁸ Allerdings kritisiert Alexy die Trennungsthese ersichtlich aus den falschen Gründen.⁴⁹ Denn die Unterwerfung des juristischen unter den praktischen Diskurs verspricht, wie gesehen, ebenso wenig einen aussichtsreichen Weg rationaler Begründung rechtlicher Entscheidungen. Es bleibt dabei, dass kein höheres Wesen das Recht rettet, weder in Gestalt diskursiv moralischer Prinzipien noch in Gestalt eines Gefüges gültiger Normen. Recht kann nur performativ im Verfahren geschaffen werden. Damit muss man sich aber in jedem Verfahren auch dem Paradox stellen, jene Unterscheidung zwischen Recht und Unrecht immer wieder zu schaffen, auf die man bauen will.

III. Paradox und Performanz

1. Die Trennungsthese ist mit ihrer Fokussierung auf die Praxis des Verfahrens durchaus auf dem richtigen Weg.⁵⁰ Denn sie bewegt sich mit der Betonung des Anwendungsdiskurses weg von den idealen Annahmen der Diskurstheorie und hin zur Pragmatik der tatsächlichen Rechtsanwendung. Günther räumt sogar den für das Recht produktiven Charakter des Verfahrens ein, weil die

⁴⁷*Somek / Forgó*, Nachpositivistisches Rechtsdenken (Fn. Fehler: Referenz nicht gefunden), S. 341.

⁴⁸Siehe *Alexy*, Normenbegründung (Fn. Fehler: Referenz nicht gefunden), S. 171.

⁴⁹Siehe *Christensen / Kudlich*, Theorie (Fn. Fehler: Referenz nicht gefunden), Berlin 2001, S. 86 ff.

⁵⁰Vgl. *Somek / Forgó*, Nachpositivistisches Rechtsdenken (Fn. Fehler: Referenz nicht gefunden), S. 358.

Anwendungen den „semantischen Gehalt“ von Normen verändern und dadurch neue Begründungsfragen aufwerfen.⁵¹ Die Trennungsthese scheitert allerdings daran, dass sie ein prozedurales Rechtsverständnis mit der Statik der Begründungsfragen verknüpfen will. Die übergeordnete Rationalität konterkariert die Pragmatik.⁵²

Wenn Günther den produktiven Charakter des Verfahrens benennt, lässt er gleich wieder den Nachsatz folgen, dass die Anwendungsdiskurse „(...)unter dem Anspruch einer erschöpfenden Berücksichtigung aller relevanten Normen und Situationsdeutungen (stehen). Unter diesem Anspruch lässt sich die Angemessenheit einer Normanwendung sowohl von den Zeitgenossen als auch von späteren Generationen rational kritisieren.“⁵³

Seine Theorie bleibt damit einem legalistischen Rechtsverständnis verhaftet, wonach die Hauptlast der Legitimation vom Gesetz getragen wird, obwohl der Anspruch auf Legitimität performativ im Verfahren einzulösen wäre.⁵⁴ Das weitere Entgegenkommen, das die Theorie Günthers der performativen Seite zollt, lässt ihr Festhalten an den Idealen diskursiver Begründung dann ins Proklamative abgleiten ganz so, wie auch schon die vielfältige Berufung auf das Konzept der Abwägung. Diese bleiben bloßes Programm. Sie sind nicht mehr als das Versprechen eines vagen Fluchtpunkts für die Arbeit an Recht. Die Einlösung bleibt zwangsläufig vertagt. Sie vermag nicht mehr praktisch zu werden. Davor steht dann eben doch zu sehr die Einsicht in die Gegebenheiten und Nöte des rechtlichen Verfahrens. Zumal wenn Günther in Hinblick auf das Regelparadox selbst noch einmal betont, dass „die Regeln, auf die wir uns einmal eingelassen haben, (...) ihrer interpretativen Ergänzung in neuen Situationen (bedürfen) – es sei denn, wir hätten Anlass, eine bestehende Regel überhaupt zu verwerfen. Diese ergänzenden Anwendungsdiskurse sind nicht weniger vernünftig als die Überlegungen, die wir anstellen, wenn wir die Legitimität einer Norm überhaupt prüfen.“⁵⁵

2. Es stellt sich die Frage, warum dann überhaupt noch an einem der Praxis vorgegebenen Rationalitätsideal festgehalten werden soll. Das Motiv benennt Günther deutlich.⁵⁶ Es ist die Furcht vor dem schon eingangs erwähnten

⁵¹Vgl. *Günther*, Sinn (Fn. Fehler: Referenz nicht gefunden), S. 95.

⁵²Siehe *Somek / Forgó*, Nachpositivistisches Rechtsdenken (Fn. Fehler: Referenz nicht gefunden), S. 361 f. Ansonsten dazu *Ralph Christensen*, Die Paradoxie richterlicher Gesetzesbindung, in: *Kent Lerch* (Hrsg.), *Recht verhandeln. Argumentieren, Begründen und Entscheiden im Diskurs des Rechts. Die Sprache des Rechts II*, Berlin/New York 2005, S. 1 ff., 7 ff.

⁵³*Günther*, Kopf oder Füße (Fn. Fehler: Referenz nicht gefunden), S. 255 ff., 273.

⁵⁴Zu dessen Kritik *Christensen*, Paradoxie (Fn. Fehler: Referenz nicht gefunden), S. 1 ff., 3 ff.

⁵⁵*Günther*, Kopf oder Füße (Fn. Fehler: Referenz nicht gefunden), S. 255 ff., 272 f.

⁵⁶Siehe *Günther*, Kopf oder Füße (Fn. Fehler: Referenz nicht gefunden), S. 255 ff.

Gespenst, das seit Luhmann in der Rechtstheorie umgeht:⁵⁷ dem Paradox.⁵⁸ „Es taucht in verschiedenen Varianten auf: Vor dem Hintergrund einer Theorie der funktionalen Differenzierung moderner Gesellschaften wird das Recht autonom. Das Rechtssystem muss dann sich selbst reproduzieren, und das heißt vor allem, das Recht und die Unterscheidung von Recht und Unrecht selbst begründen. Auf eine Paradoxie führt dann die Frage nach dem Recht zur Einführung der Unterscheidung von Recht und Unrecht. Dahinter verberge sich bloß die Selbst-Ermächtigung des Rechts als ein performativer Akt, der selbst grundlos und deshalb gewalttätig (und das heißt: Unrecht) sei. Interne Begründungen erscheinen dann nur als Verschleierungen, ‚Invisibilisierungen‘ dieser Paradoxie; geschickte Manöver, mit denen die Beteiligten sich selbst täuschen, um sich nicht im Anlitz der Paradoxie selbst zu blockieren.“⁵⁹ Dieses Gespenst gilt es Günther zu bannen. Denn mit ihm „erscheinen zentrale Elemente des Rechtsprojekts der Moderne als unauflösbare Paradoxien: die Paradoxie der Rechtsbegründung, die Paradoxie der Entscheidung und die Paradoxie der Regelanwendung. Diese Argumente zielen auf den Kern des Rechtsprojektes der Moderne, seinen Vernunftanspruch.“⁶⁰

Hier sollen nur die beiden letzteren interessieren, das Entscheidungs- und das Anwendungsparadox. Die Rechtstheorie alteuropäischen Zuschnitts steht offenbar vor dem Paradox wie das Kaninchen vor der Schlange, zu keinem klaren Gedanken an die Realitäten des Rechts mehr fähig. Um der Furcht Herr zu werden, will sie das Paradox semantisch entsorgen: „Bei gehörigem Nachdenken und Berücksichtigung aller Tatsachen“⁶¹ verschwinden Paradoxien und sind die Widersprüche auf einer wenn auch entfernten höheren Ebene auflösbar. Auch unter rechtstheoretisch gut orientierten Juristen ist diese Meinung sehr verbreitet, man kann sie mit vielen Beispielen unterstützen.“ Man solle daher die Literatur über Paradoxien nicht so ernst nehmen, „wie sie das selbst tut.“⁶² Angesichts der Probleme, die sich die Rechtstheorie immer wieder damit einhandelt, dem Paradox aus dem Weg zu gehen, ist dies jedoch eher ein Pfeifen im Walde. Es ist daher nötig, sich der Semantik der Rede vom „Paradox“ zu vergewissern.⁶³ Die Philosophie jedenfalls ist ganz gut damit gefahren, sich an-

⁵⁷Vgl. Klaus Lüderssen, Paradoxien im Strafrecht und Strafprozessrecht, in: Rainer Maria Kiesow / Regina Ogorek / Spiros Simitis (Hg), Summa. Dieter Simon zum 70. Geburtstag, Frankfurt/M. 2005, S. 367 ff. Siehe dann Niklas Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt/M. 1993; sowie des näheren ders., Die Paradoxie des Entscheidens, in: Verwaltungsarchiv 84, 1993, S. 287 ff. Vgl. auch Günther, Kopf oder Füße (Fn. Fehler: Referenz nicht gefunden), S. 255 ff., 262.

⁵⁸Siehe analog Ludwig Wittgenstein, Bemerkungen über die Grundlagen der Mathematik. Werkausgabe Bd. 6, Frankfurt/M. 1984, Teil IV, § 56: „Der Widerspruch. Warum grad dieses eine Gespenst? Das ist doch sehr verdächtig.“

⁵⁹Vgl. Günther, Kopf oder Füße (Fn. Fehler: Referenz nicht gefunden), S. 255 ff., 262 f.

⁶⁰Günther, Kopf oder Füße (Fn. Fehler: Referenz nicht gefunden), S. 255 ff., 262.

⁶¹Lüderssen, Paradoxien (Fn. 59), S. 367 ff., 367.

⁶²Lüderssen, Paradoxien (Fn. 59), S. 367 ff., 367.

⁶³Siehe knapp enzyklopädisch mit umfangreichen Weiterweisen auf die klassischen Paradoxien im einzelnen der Wikipedia-Artikel „Paradoxon“ unter <http://de.wikipedia.org/wiki/Paradoxon>. Zu einem Überblick über die Problemgeschichte der Artikel „Paradox“ in Joachim Ritter / Karlfried Gründer (Hg.) Historisches Wörterbuch der

hand ihrer Paradoxien immer wieder auf sich zu besinnen. Dies könnte auch für das Recht gelten.⁶⁴ Vielleicht ist es doch mehr als ein Ausbund der „versnobten Intellektualität“.⁶⁵

IV. Semantisch lexikalische Analyse

1. Auf den ersten Blick allerdings scheint die sprachliche Gesellschaft, in der sich das Wort befindet wenig Gutes zu verheißen. Das Wort findet sich im Wörterbuch auf dem Feld der „Unlogik“, als Adjektiv *paradox* etwa in einer Reihe mit „sinnlos, trügerisch, ungereimt, ungültig, unhaltbar, unklar, unrichtig, unsinnig, unvernünftig, unwissenschaftlich“.⁶⁶ So liest man es auch in den allgemeinen Wörterbüchern, allen voran im *Wortfamilienwörterbuch*, die durchweg das Lemma *Paradox* erklären durch „widersinnig, widersprüchlich“⁶⁷ Der *Duden* sekundiert mit der Bedeutungsangabe „merkwürdiger-, unsinnigerweise“ ausdrücklich für den umgangssprachlichen Gebrauch.⁶⁸

Die Reihe ließe sich mühelos fortsetzen⁶⁹ gerade auch auf der Suche nach Synonymen. Gleichen Sinns mit der Verwendung von *paradox* wären demnach beispielsweise „abstrus, absurd, folgewidrig, unlogisch, unsinnig, unvereinbar, vernunftwidrig, widersinnig, widersprechend, widersprüchlich“.⁷⁰ Die Lexikographen können sich insoweit scheinbar auch auf den Sprachgebrauch verlassen. Floskeln wie „aberwitzig und paradox“ oder „mehrdeutig, verwirrend und para-

Philosophie. Band 7: P – Q, Basel 1989, Sp. 81 ff.; sowie zum Begriff *Klaus Schäfer*, Paradox, in: *Hermann Krings / Hans Michael Baumgartner / Christoph Wild* (Hg.), Handbuch philosophischer Grundbegriffe. Band II, Gesetz – Relation, München 1973, S. 1051 ff. Des näheren dann auch *Oren Perez*, Law in the Air: A Prologue to the World of Legal Paradoxes, vervielf. 2004.

⁶⁴Dazu *Gunther Teubner*, Der Umgang mit Rechtsparadoxien: Derrida, Luhmann, Wiethölter, in: *Christian Joerges / ders.* (Hg.), Rechtsverfassungsrecht: Recht-Fertigungen zwischen Sozialtheorie und Privatrechtsdogmatik, Baden-Baden 2003, S. 249 ff.

⁶⁵*Lüderssen*, Paradoxien (Fn. 59), S. 367 ff., 367.

⁶⁶*Franz Dornseiff*, Der deutsche Wortschatz nach Sachgruppen. 8., völlig neu bearbeitete und mit einem vollständigen alphabetischen Zugriffsregister versehene Auflage, Berlin 2004, 11.17.

⁶⁷*Gerhard Augst*, Wortfamilien Wörterbuch der deutschen Gegenwartssprache, Tübingen 1998.

⁶⁸*Duden*, Das große Wörterbuch der deutschen Sprache in zehn Bänden, Band 6: Lein-Peko, 3. Aufl. Mannheim 1999, S. 2851.

⁶⁹Siehe etwa *Gerhard Wahrig / Hildegard Krämer / Harald Zimmermann* (Hg.) Brockhaus-Wahrig. Deutsches Wörterbuch in sechs Bänden. Fünfter Band P-STD, Stuttgart 1983; *Günter Kempcke* (Hg.), Handwörterbuch der deutschen Gegenwartssprache. In zwei Bänden. L – Z, Berlin 1984, S. 852; *Ruth Klappenbach / Wolfgang Steinitz* (Hg.), Wörterbuch der deutschen Gegenwartssprache. 4. Band M – Schinken, Zehnte, bearbeitete Auflage, Berlin 1985; *Lutz Mackensen*, Deutsches Wörterbuch, Neu bearbeitete und stark erweiterte Auflage, Bindlach 1991; *Das Große Fremdwörterbuch*. Herkunft und Bedeutung der Fremdwörter, Mannheim 1994; *Karl Peltzer / Reinhard von Normann*, Das treffende Wort. Wörterbuch sinnverwandter Ausdrücke, o.J., S. 420.

⁷⁰*Erich Bulitta / Hildegard Bulitta*, Wörterbuch der Synonyme und Antonyme. Sinn- und sachverwandte Wörter und Begriffe sowie deren Gegenteil und Bedeutungsvarianten, Frankfurt/M 2003, S 607. Siehe auch *Synonymwörterbuch*. Der treffende Ausdruck - das passende Wort. Völlig neu bearbeitet und erweitert, München 1995, S. 375.

dox“ erscheinen zunächst durchaus gängig und typisch.⁷¹ Damit nicht genug. Das *Paradoxe*, als ohnehin schon abseitig genug, scheint sogar noch Steigerungen zu kennen. Etwa, wenn etwas „sehr paradox“ ist, „besonders paradox“, „doppelt paradox“, „wahrlich paradox“, „völlig paradox“, „absolut paradox“ oder gar auch noch „paradox und ungerecht“.

2. Nun wäre es allerdings voreilig, wenn der Rechtstheoretiker meinte, er könnte für seine Warnungen vor dem Paradox die Semantik für sich einnehmen. Das Feld der Unlogik, oder auch der „Ungewissheit“ und des „Misstrauens“, in dem sich das Wort *paradox* findet, ist nicht die ganze lexikalische Wahrheit.⁷² Schon der Sprachgebrauch weiß davon, dass etwas nur „auf den ersten Blick paradox erscheint“, denn „bei näherem Hinsehen ist die Situation nur scheinbar paradox“. Sicher, manches „mutet geradezu paradox an“ und „klingt doch irgendwie paradox“. Aber es „klingt“ oder „tönt“ eben nur so. Nicht jede „paradox wirkende Situation“ ist auch eine solche, und bei näherem Hinsehen, mag sie sogar „scheinbar paradox, aber wahr“, wenn nicht gar „paradox, aber logisch“ sein, zumindest ist sie so „zwar ‚paradox‘, aber Realität“.

Das lässt natürlich aufhorchen und im Wörterbuch noch einmal nachfragen, wie es umgekehrt mit der Sicherheit in der Bedeutung bestellt ist. In seinen Belegen folgt es durchaus dem Sprachgebrauch.⁷³ Das *Wortfamilienwörterbuch* setzt unübersehbar in der Möglichkeit ein „(scheinbar)“ vor die Erklärung als „widersinnig“⁷⁴ und steht damit wiederum nicht allein.⁷⁵ Einmal auf dieser Spur lässt auch der *Dornseiff* in der Verortung der Lemmata *paradox* noch andere Umgebungen erkennen. Er siedelt sie etwa auch im Feld der „Verwunderung“ an, in dem es in einer Reihe steht mit „rätselhaft, seltsam, sensationell, sonderbar“, zugleich auch mit Worten wie „überrascht, verblüfft“ und „auffallend, außerordentlich, befremdend, erstaunlich“, aber dann doch wieder mit „auffallend, außerordentlich, befremdend, erstaunlich“.⁷⁶ Diese Spannbreite mag sprachlich etwas ahnen lassen von dem Schwanken zwischen Bestürzung und Innovation, die die Rolle prägten, die die *Paradoxa* seit je her in der Philosophie spielten. Das ist vielleicht gar nicht so verwunderlich, wenn man bedenkt, dass in der Wurzel noch ein schlichtes antipodisches Verhältnis besagt ist. Das Paradox lässt sich in der Komposition „von ~, para~“ als „gegen“ und „ , dóxa~“ als „eigentlich eher der Ruhm, hier im Sinne von die Meinung, Ansicht“ zurückführen, in der Zusammensetzung etwa weiter zu „Paradoxie ()“

⁷¹ Ausgewertet wiederum die Korpora des Institut für Deutschen Sprache unter COSMAS II, Version 3.6.0.2, siehe <http://cosmas2.ids-mannheim.de/cosmas2-web/index.jsp>.

⁷² *Dornseiff*, Wortschatz (Fn. Fehler: Referenz nicht gefunden), 11.21.

⁷³ Siehe etwa *Wahrig / Krämer / Zimmermann* (Hg.) Brockhaus-Wahrig (Fn. Fehler: Referenz nicht gefunden); sowie vor allem auch *Kempcke* (Hg.), Handwörterbuch (Fn. Fehler: Referenz nicht gefunden).

⁷⁴ *Augst*, Wortfamilien (Fn. Fehler: Referenz nicht gefunden).

⁷⁵ Vgl. *Wahrig / Krämer / Zimmermann* (Hg.) Brockhaus-Wahrig (Fn. Fehler: Referenz nicht gefunden); *Kempcke* (Hg.), Handwörterbuch (Fn. Fehler: Referenz nicht gefunden), S. 852; *Klappenbach / Steinitz* (Hg.), Wörterbuch (Fn. Fehler: Referenz nicht gefunden).

⁷⁶ *Dornseiff*, Wortschatz (Fn. Fehler: Referenz nicht gefunden), 10.29.

zunächst als nicht mehr als „Widerspruch“.⁷⁷ Die Kontraktion also zu dem einen Lemma *paradox* bzw. *Paradox* ist damit nachvollziehbar. So wird im Wörterbuch, „einen Widerspruch in sich enthaltend“, an die erste, noch nicht in der Sprachlichkeit spezifizierte Stelle gesetzt. Schon an zweiter Stelle wird aber als umgangssprachlich „sehr merkwürdig; ganz u. gar abwegig, unsinnig“ eingefügt. Für das Nomen *Paradox* dann die Bedeutung „das dem Geglauten, Gemeinten, Erwarteten Zuwiderlaufende“ vorrangig vor „das Widersinnige, der Widerspruch in sich“. Aus Überraschung und Erstaunen speist sich oft Erkenntnis und Einsicht. Und so wundert es nicht, wenn das Wörterbuch gleich dazu belegt, eine „scheinbar falsche Aussage (oft in Form einer Sentenz oder eines Aphorismus), die aber bei genauerer Analyse auf eine höhere Wahrheit hinweist“.⁷⁸

3. Könnte es das nicht sein, was entgegen den Kassandrarufern der Diskurstheoretiker die Wahrheit der Rede vom „Paradox“ in einer avancierten Rechtstheorie ausmacht? Lexik und Semantik bieten jedenfalls genug Stoff zu einem differenzierteren begrifflichen Nachdenken. Im Vorlauf lässt sich zunächst einmal der lexischen Spannbreite im Lemma der Schein des Paradoxen nehmen. Morphosyntaktisch fungiert es als Adjektiv entweder als Qualifizierung bzw. Prädizierung oder aber steht als Nomen für die Modalitäten einer Lage ein. Sie wäre demnach etwa einzuschätzen als „einen Widerspruch enthaltend“, „an Widersinnigkeiten reich, aufgrund von Widersprüchen merkwürdig, eigentümlich“.⁷⁹ Das heißt immer „*etwas* ist paradox“, „*etwas* ist ein Paradox“. Der *Duden* macht dies explizit durch den Verweis auf das weiterhin mögliche Adverb *paradoxxerweise* in der Bedeutungserklärung „1. (bildungsspr.) in paradoxer (1) Weise“ und „2. (ugs.) merkwürdiger-, unsinnigerweise“⁸⁰, aber auch milder „merkwürdiger-, eigenartigerweise“.⁸¹

Was also bedeutet es in dieser Linie, etwas *als* paradox oder *als* ein Paradox zu bezeichnen? Schon für die Griechen hieß paradox „einen (scheinbaren) logischen Widerspruch enthaltend“, wie es die Gegenwartssprache auch heute noch kennt. Aber eine ganze Historie und Tradition logischer und semantischer Paradoxien zeigt, dass das noch nicht alles sein kann. Geht man auf das als bildungssprachlich oder philosophisch ausgewiesene Lemma *Paradoxon*⁸², so kommt im Ursprung hinzu „gr. paradoxia „Verwunderung über einen sin-

⁷⁷Vgl. <http://de.wikipedia.org/wiki/Paradoxon>; vgl. auch Hermann Paul, Deutsches Wörterbuch. Bedeutungsgeschichte und Aufbau unseres Wortschatzes. 10., überarbeitete und erweiterte Auflage, Tübingen 2002, S. 732.

⁷⁸*Duden*, Wörterbuch (Fn. Fehler: Referenz nicht gefunden), S. 2851; *Augst*, Wortfamilien (Fn. Fehler: Referenz nicht gefunden).

⁷⁹*Wahrig / Krämer / Zimmermann* (Hg.) Brockhaus-Wahrig (Fn. Fehler: Referenz nicht gefunden), S. 54.

⁸⁰*Duden*, Das große Wörterbuch der deutschen Sprache in zehn Bänden, Band 6: Lein-Peko, 3. Aufl., Mannheim 1999, S. 2851:

⁸¹*Wahrig / Krämer / Zimmermann* (Hg.) Brockhaus-Wahrig (Fn. Fehler: Referenz nicht gefunden), S. 54.

⁸²Vgl. beispielsweise Wolfgang Pfeifer (Bearb.), Etymologisches Wörterbuch des Deutschen. M-Z, 2. Auflage, Berlin 1993, S. 970.

nwidrigen Sachverhalt”.⁸³ Allerdings mag das gleich schon nicht mehr sein als ein „der herkömmlichen Meinung entgegenstehender, sonderbarer Lehrsatz“.⁸⁴ Dies durchzieht, wie das *Etymologische Wörterbuch* belegt, dann auch die Wortgeschichte.

4. Die mit Blick auf das Recht entscheidende Frage wäre die nach dem Umgang damit. Gibt es Hinweise dafür, dass das Paradox – ähnlich wie es Wittgenstein gegen die Furcht vor der Zerstörungswucht des Widerspruchs überhaupt in der Logik und Mathematik sagte – bei Licht besehen gar keine „Katastrophe“ ist?⁸⁵ Ohne weiter die Details des philosophischen Begriffs zu verfolgen, gibt es diese Hinweise sehr wohl. Denn „Paradoxien machen das Ganze, in dem sie auftreten, reicher, beweglicher und offener“. Das heißt, „das Paradox kann als Gefahr, als Randerscheinung oder als Chance gewertet und behandelt werden“. Es kommt nur darauf an, wie man sich dem Paradox zu stellen gedenkt. Denn „zu einem Paradox gehören ein Zusammenhang und Menschen“.⁸⁶ Der optimistischere Weg ist jedenfalls, das Paradox, wenn es sich denn nun einmal, wie im Recht, unvermeidlich stellt, als eine „Chance“ zu betrachten. „Das System bekommt durch das Paradox die Chance, sich zu kritisieren, zu verjüngen, zu überschreiten. Es kann sich erneuern. Paradoxien schaffen in dem Beziehungsgefüge, in das sie korrigierend-verneinend eingreifen, ein innovatorisches Potential.“⁸⁷

V. Entparadoxierung als praktisches Problem

1. Für die Rechtstheorie jedenfalls sollte, ganz wie es Wittgenstein in Hinblick auf den Widerspruch empfiehlt, das Paradox als „Wink der Götter aufgefasst werden, dass ich handeln soll und *nicht* überlegen.“⁸⁸ Das zeigt sich gerade an den Überlegungen, mit denen Günther des Regel- und des Entscheidungsparadoxes Herr werden will. Das Regelparadox soll, wie gesehen, dadurch vermieden werden, dass die Regel als ein Rechtsparadigma unabhängig voraussetzbar sein soll. Wenn dies nicht in eine neuerliche Schleife der gegenseitigen Aufstörung von Regel und Anwendung führen soll, dann kann diese Setzung des Rechtsparadigmas eigentlich nur in der altbekannten positivistischen Manier geschehen. Bezogen auf die Entscheidungspraxis wäre dem dem Paradox eigenen Dilemma das eine Horn abgebrochen.

Entsprechend will Günther dann mit dem Entscheidungsparadox verfahren.⁸⁹ Auch hier meint er, dass das Paradox auf einer ‚Dekontextualisierung‘ beruht. Bezöge man das Moment des Entscheidens nur richtig, so verschwände es. Der entscheidende Punkt für Günther ist, dass Entscheidungen immer auf eine Per-

⁸³ *Das Große Fremdwörterbuch* (Fn. Fehler: Referenz nicht gefunden).

⁸⁴ *Paul*, Wörterbuch (Fn. Fehler: Referenz nicht gefunden), S. 732.

⁸⁵ Vgl. *Ludwig Wittgenstein*, Zettel. Werkausgabe Bd. 8, Berlin 1984, § 687 sowie zur Handhabung dann *Ludwig Wittgenstein*, Wittgenstein und der Wiener Kreis. Werkausgabe Bd. 3, Frankfurt/M. 1984, S.

⁸⁶ *Schäfer*, Paradox (Fn. Fehler: Referenz nicht gefunden), S. 1052.

⁸⁷ *Schäfer*, Paradox (Fn. Fehler: Referenz nicht gefunden), S. 1055.

⁸⁸ *Wittgenstein*, Bemerkungen (Fn. Fehler: Referenz nicht gefunden), Teil IV, § 56.

⁸⁹ *Günther*, Kopf oder Füße (Fn. Fehler: Referenz nicht gefunden), S. 255 ff., 267 ff.

son zu zentrieren sind, die sich entscheidet. „Nichts irgendwie Unentscheidbares wird entschieden, sondern ich entscheide mich oder wir entscheiden uns (für oder gegen etwas).“⁹⁰ Zwar sollen darin „Rechenschaft“ und „Verantwortung“ durchaus eingeschlossen sein. Das entparadoxierende Moment der Entschiedenheit speist sich jedoch einzig und allein aus seiner Zentrierung im Subjekt der Entscheidung. „Was zur Entscheidung für eine Person ansteht, ist die Wahl zwischen alternativen Möglichkeiten, die sich jeweils als Konklusion aus einer Kette schlussfolgernder Gründe darstellen lassen. Unabhängig von der sich entscheidenden Person betrachtet, ist die Sache insoweit also schon entschieden. Es geht nur darum, welche der Konklusionen eine Person sich zu eigen macht, so dass sie dafür einsteht und die sich daraus ergebenden weiteren Schlussfolgerungen, die z. B. weitere Verbindlichkeiten begründen, übernimmt.“⁹¹ Damit ist dem Horn des im Paradox des Rechts liegenden Dilemma die zweite Spitze in der altbekannten dezisionistischen Manier abgebrochen.⁹² Das Recht zerfällt in eine positivierte Begründungsgrundlage und das subjektivierte Anwendungsmoment, ohne dass die beiden Königskinder einer Entscheidung von Recht noch zusammenkommen könnten.⁹³ Denn jede Beziehung, die zwischen ihnen so gestiftet werden soll, dass sie unabweisbar intern verbunden sind, führt zurück auf den „Weg des Paradox“.⁹⁴

2. Das Paradox ist also unvermeidlich und es hilft nichts, als sich ihm zu stellen. Es schwebt, wie es Wittgenstein noch einmal für den Widerspruch sagt, gleichsam als „Januskopf“ über dem Recht als Praxis.⁹⁵ Das Bemühen darum, dem eine unverzichtbare Grundlage oder Grundnorm als Wahrheit des Rechts vorzusetzen, ist zum Scheitern verurteilt. Folglich kann das Recht seine Aufgabe der Konfliktentscheidung nur so lange erfüllen, als es auf die Fixierung seiner Wahrheit verzichtet. Vor dem Fall darf nicht feststehen, dass Recht allein das ist, was die Lösung im Konflikt der Parteien bringt. Wenn das schon feststünde, wäre ein Ausgleich dieser Interessen nicht möglich. Wir wüssten schon, was die Idee der Gerechtigkeit sagt, brauchten dies nur zu erkennen und das Verfahren wäre eigentlich überflüssig.

Die Aufgabe der Voraussetzung des alteuropäischen Rechtsdenkens bedeutet, dass man im Rechtssystem nicht wissen kann, ob die erarbeitete Unterscheidung zwischen Recht und Unrecht selbst Recht oder Unrecht ist. Das Recht und seine Funktionäre müssen mit diesem Paradox leben. Davor können sie weder Abwägung noch praktischer Diskurs, noch überhaupt irgendeine absolute Rationalität *des* Verfahrens bewahren. Zugleich ist dies die Chance, sich ganz auf das

⁹⁰ Günther, Kopf oder Füße (Fn. Fehler: Referenz nicht gefunden), S. 255 ff., 270.

⁹¹ Günther, Kopf oder Füße (Fn. Fehler: Referenz nicht gefunden), S. 255 ff., 270 f.

⁹² Ansonsten zum Problem *Andreas Fischer-Lescano / Ralph Christensen*, *Auctoritas interdispositio*. Die Dekonstruktion des Dezisionismus durch die Systemtheorie, i. Vorb.

⁹³ Zur daraus sich ergebenden heimlichen Komplizenschaft von Positivismus und Dezisionismus *Ralph Christensen*, Die leere Schatztruhe, oder: wenn die Sprache die Erwartungen der Juristen enttäuscht, in: *Juridicum* 3, 1997, S. 33 ff.

⁹⁴ In Anspielung auf *Willard Van Orman Quine*, *The Ways of Paradox and Other Essays*, Harvard 1979.

⁹⁵ Wittgenstein, Bemerkungen (Fn. Fehler: Referenz nicht gefunden), Teil IV, § 58.

Bemühen um die Geltung von Argumenten zu konzentrieren, die allein als eine relative Rationalität *im* Verfahren erreichbar ist. Dies hält das Recht der Kritik und Innovation offen und versteckt es nicht immunisierend hinter irgendwelchen philosophischen Fassaden. Nur wenn und solange eine Rechtsentscheidung alle gegen sie vorgebrachten Argumente integriert oder ausräumt, ist sie gültig. Aber eben nur „wenn“. Und eben nur „solange“.

3. Der Pflicht des Juristen, solche Geltung frei von Willkür auf die im Fegefeuer der Argumentation bewährten Maßstäbe zu gründen, bleibt das Recht auf Sprache als Widerpart erhalten. Denn Freiheit von Willkür muss wenigstens heißen, zuzuhören und nicht von vornherein die Worte abzuschneiden. Jede Geltung ist nur so gut wie die Argumentation, die sie erreicht. Im unerschöpflichen Gespräch der Sprache mit sich kann sie jedoch nur Episode sein. Auch eine argumentativ gültige Begründung kann erschüttert werden, wenn – sei es in der Rechtsmittelinstanz, sei es in der wissenschaftlichen Begleitung einer Entscheidung oder sei es durch einen findigeren Anwalt in einem neuen Verfahren – ein neues Argument gegen die bisherige Begründung vorgebracht wird. Ist dieser Einwand wirklich neu und nicht nur eine Paraphrase eines bereits erfolgreich widerlegten Einwandes, so ist zu prüfen, ob er in die bisherige Argumentation integriert oder widerlegt werden kann. Ist dies nicht möglich und betrifft der Einwand tragende Elemente der Begründung, so verliert sie ihre argumentative Gültigkeit. Hat sie Bestand, so ist neuerlich der Stand der einen Überzeugung erreicht. Aber eben: „neuerlich“.

Recht ist aus dem Streit der Parteien erst zu erzeugen. Erzeugen heißt aber nicht etwas zu generieren, das gerade fehlt, etwas, das abwesend ist, anwesend zu machen. Das wäre nur eine Verlängerung der Präsenzmetaphysik. Recht ist weder im Gesetzestext anwesend, noch im Sprechen der Parteien, noch in der richterlichen Begründung. Rechtsentscheidungen sind auch nicht eine *creatio ex nihilo* durch einen autoritativen Entscheider, sondern sind Ereignisse, die einen Signifikationsprozess in ein Vorher und ein Nachher scheiden, ohne durch Unsicherheitsabsorption die Zukunft des Signifikationsprozesses determinieren zu können. Rechtsentscheidungen sind ein Aufschub von Recht. Recht ist in keinster Weise zu finden, nicht einmal zu erkennen. Über Recht muss gesprochen und gestritten werden. Weil nun das Sprechen über Recht nur selten in herrschaftsfreien Diskursen zu einem Konsens führt, muss entschieden werden; und weil auch anders entschieden werden könnte, braucht man eine Begründung; und weil schließlich auch diese nicht ausreicht, braucht man dazu noch Rechtsmittel. Doch auch hier endet der Aufschub des Rechts nicht mit der Rechtskraft. Denn es gibt keine letzten Gründe, nur vorletzte.