

# Was bleibt? Recht und Postmoderne

Ein rechtstheoretischer Essay

Bearbeitet von  
Dr. Christian Becker

1. Auflage 2014. Buch. 160 S. Kartoniert  
ISBN 978 3 8487 1428 5  
Gewicht: 252 g

[Recht > Rechtswissenschaft, Nachbarbereiche, sonstige Rechtsthemen > Methodenlehre, Rechtstheorie](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

**beck-shop.de**  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](http://beck-shop.de) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

Christian Becker

# Was bleibt? Recht und Postmoderne

Ein rechtstheoretischer Essay



**Nomos**

Dr. Christian Becker

# Was bleibt? Recht und Postmoderne

Ein rechtstheoretischer Essay



**Nomos**

**Die Deutsche Nationalbibliothek** verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-1428-5 (Print)

ISBN 978-3-8452-5478-4 (ePDF)

1. Auflage 2014

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2014. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

## Vorwort

Show me your ground before you  
pretend to be moving the earth.  
(Duncan Kennedy)

Diese Arbeit ist, mit einer von dem amerikanischen Rechtsprofessor *Thomas C. Heller* entlehnten Formulierung gesprochen, der Auftakt zu einer Reise, die anzutreten ich *so* nie beabsichtigte. Wahrscheinlich wäre es treffender zu sagen, dass der hier vorliegende Text noch nicht einmal der Reisebeginn ist, sondern eher eine erste Vorauswahl möglicher Ziele einer zukünftigen Reise, eine Art *road map*. Die Anregung, vielleicht sollte ich besser sagen: die Irritation, auf die diese Arbeit wesentlich zurückgeht, stammt aus der Befassung mit meinem Habilitationsthema. Dort ging es um die scheinbar banale Frage, wie darüber entschieden wird, was zu dem der Rechtsanwendung zugrunde liegenden Sachverhalt gehört. Die Suche nach einer Antwort führte mich über einige Umwege zu *Niklas Luhmann* – und nach der Lektüre von „Das Recht der Gesellschaft“ war klar, dass ich die bisherige Reiseplanung nicht beibehalten könnte. Mehr noch: Mit einigen Anpassungen der Reiseroute würde es nicht getan sein. Es musste alles von Grund auf neu überdacht werden. Wohin geht die Reise? Kann es überhaupt eine geben?

Unterschiedliche Autoren haben den nun vorliegenden Text inhaltlich beeinflusst. *Niklas Luhmann* wurde bereits genannt. Seine Analyse scheint mir bis heute in vielerlei Hinsicht nicht zu umgehen zu sein. Sie führt zu der Frage, die den Titel dieses Beitrags bildet: Was bleibt? Was bleibt vom Recht, wenn es das Labyrinth der *Luhmann'schen* Reflexionskaskaden durchlaufen hat? So lange es gedauert hat, auch nur einige der unzähligen Gedanken aus „Das Recht der Gesellschaft“ zu erfassen und zu verarbeiten, so schnell wurde mir deutlich, dass *Luhmann* an der Beantwortung dieser Frage offenbar kein Interesse hatte. Es waren dann vor allem *Richard Rorty* und *Stanley Fish*, die in Teilen durchaus ähnliche Ergebnisse hervorbrachten wie *Luhmann*, diese aber weniger technokratisch, wie ich es hier formulieren möchte, präsentierten. Letztlich war im Werk dieser beiden Autoren aber auch schon der Weg vorgezeichnet für die in dieser Arbeit gegebene (zumindest angedeutete) Antwort auf die Frage, was vom Recht bleibt. Vieles schuldet diese Antwort indes auch – neben einer aus zahlreichen Fußnoten ersichtlichen Nähe zu den Positionen der „Friedrich Müller-Schu-

*Vorwort*

le“ – dem Buch „Law’s Empire“ von *Ronald Dworkin*, auch wenn dieser Einfluss vermutlich weniger präsent ist als der von *Rorty* oder *Fish*, zumal vor allem letzterer *Dworkin* stets kritisiert hat. „Law’s Empire“ ist ein konsequentes und wirkmächtiges Plädoyer für ein freiheitliches und rechtsstaatliches Recht – ein Ziel, dem ich mich nach wie vor verpflichtet fühle, mag die Reise dorthin nun womöglich auch anders verlaufen, als ich selbst es vor einigen Jahren noch gedacht hätte.

Das hier vorgelegte Buch hat explizit essayistischen Charakter. Viele Aspekte werden lediglich gestreift oder angedeutet, manche vermutlich gar übergangen. Soweit ich mich auf die Arbeit von Philosophen beziehe, beanspruche ich keineswegs für mich, dass meine Auseinandersetzung mit deren Werk dem Standard des Fachs entspricht. Das hätte gewiss allein für die Spätphilosophie von *Wittgenstein* Jahre erfordert. Ich habe mich aber bemüht, die von mir herangezogenen Interpretationen zumindest oberflächlich auf ihre Vertretbarkeit im philosophischen Diskurs hin zu überprüfen. Im Übrigen konnte ich auch das rechtsphilosophische bzw. rechtstheoretische Schrifttum nicht umfassend, sondern größtenteils nur exemplarisch auswerten. Ich hoffe dennoch, dass der Leser meine Einschätzung teilen wird, dass die Belastbarkeit der hier entwickelten Thesen darunter nicht über Gebühr leidet – sei es auch eine Belastbarkeit als Anknüpfungspunkt für Kritik, Widerspruch und Dissens.

## Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	9
I. Begründung, Vernunft und Postmoderne	9
II. Der Rechtsdiskurs und sein Gegenstand	14
B. Postmoderne Rechtstheorie	19
I. Zur postmodernen Sprachkritik und ihrer Relevanz für die Rechtstheorie	19
1. „Bedeutungstheorien“ als Gegenstand postmoderner Kritik	20
2. Postmoderne Sprachphilosophie	24
a) Sprache bei Nietzsche	24
b) Sprache in der Spätphilosophie Ludwig Wittgensteins	27
c) Sprache bei Rorty	34
d) Zusammenfassung der postmodernen Sprachkritik	37
3. Sprachtheoretische Verteidigung des klassischen Rechtsanwendungsmodells	39
a) „Semantische Regeln“	39
b) Sprachliche Evidenz	41
aa) „Ich habe Deutsch gelernt“	41
bb) Die Unterscheidung von sprachlicher Evidenz und natürlicher Sprachkompetenz	45
c) Bedeutung und Kontext	47
d) Das Sprachanalytische Modell und die dynamische Vagheit der Sprache	54
e) Abschließende Bedeutungsfeststellung und Lebensform	59
4. Zusammenfassende Rekonstruktion der postmodernen Sprachkritik	60
5. Zeitgenössische Sprachphilosophie und Rechtsanwendung: <i>Davidson</i> und <i>Brandom</i>	64

*Inhaltsverzeichnis*

II. Was das Recht zusammenhält: Prinzipien, Normzwecke und Paradoxien	71
1. Inneres System, Rechtsprinzipien und Rechtsidee: Entscheidungskriterien nach <i>Larenz/Canaris</i>	74
2. Der historische Normzweck: Entscheidungskriterien bei <i>Rüthers</i>	84
3. Das Zentrum als Leerstelle: Die Paradoxie des Rechts	92
C. Ironischer Rechtsbehaviorismus	105
I. Das Recht und sein Vokabular	105
II. Die Kontingenz der Gründe	111
III. Die „Beobachterperspektive“: Blinder Fleck postmoderner Rechtstheorien	118
IV. Das Primat substantieller Argumentation	130
V. Universelle Gründe und der Abschied vom Prinzipiellen	137
VI. Substantielle Argumente und formale Rationalität: Vom Dionysischen und Apollinischen im Recht	141
D. Postmodernes Recht und Grundgesetz	149
E. Fazit	153
Literatur	155



## A. Einleitung

### I. Begründung, Vernunft und Postmoderne

Dass rechtliche Entscheidungen der Begründung bedürfen, gehört zu den elementaren Grundsätzen eines freiheitlich-demokratischen Rechtsstaates.<sup>1</sup> Selbst dort, wo das Gesetz keine Begründung von Entscheidungen vorsieht (vgl. z.B. §§ 349 Abs. 2, 34 StPO)<sup>2</sup>, ist die Begründbarkeit stets impliziert. In diesen (seltenen) Fällen, in denen die Gründe nicht explizit gemacht werden müssen, dürfen Gerichte mitnichten willkürlich entscheiden.<sup>3</sup> „Das grundlose Entscheiden über Recht oder Unrecht [...] katapultiert das Geschehen aus dem Rechtssystem hinaus in die blanke Politik.“<sup>4</sup> Recht bedeutet immer auch (zumindest latent angedroht) Zwang. Wo der Staat seine Befugnis zur Zwangsanwendung als von der freien Entscheidung souveräner Bürger abgeleitet begreift, ist selbstverständlich, dass jede staatliche Gewaltanwendung gegenüber den „eigentlichen“ Inhabern der Gewalt einer Legitimation bedarf.<sup>5</sup> Diese wird maßgeblich durch die Begründung der Entscheidung geleistet.<sup>6</sup>

- 
- 1 *Neumann*, in: Lerch, Sprache, S. 369 ff.; *ders.*, Argumentationslehre, S. 9 f.; ausf. zu möglichen Anknüpfungspunkten für eine verfassungsrechtliche Begründungspflicht *Christensen/Kudlich*, Theorie, S. 280 ff.; *Brink*, Entscheidungsbegründung, S. 46 ff., der die Begründungspflicht im Wesentlichen aus dem Rechtsstaatsprinzip ableitet.
  - 2 Zur Zulässigkeit des dort geregelten Verfahrens (Entscheidung über die Verwerfung der Revision durch Beschluss ohne Begründung) knapp BGH Beschl. v. 12. November 2013 – 3 StR 135/13 m.w.N. aus der Rechtsprechung des BVerfG.
  - 3 Völlig zutr. insoweit *Brink*, Entscheidungsbegründung, S. 57.
  - 4 *Fögen*, *Ancilla Iuris* 2007, 42, 44.
  - 5 *Dworkin*, *Law's Empire*, S. 93 f.; vgl. für eine Unterteilung in fünf Quellen für die Legitimation richterlicher Entscheidungen *Bumke*, in: *ders.*, Richterrecht, S. 33, 34.
  - 6 Vgl. *Hoffmann-Riem*, in: Schmidt-Abmann/Hoffmann-Riem, S. 11, 20 ff. mit der in der Wissenschaftstheorie geläufigen Unterscheidung von Herstellung und Darstellung der Entscheidung (*context of discovery* und *context of justification*) sowie dem zutreffenden Hinweis, dass im Recht gute Gründe für die *Darstellung* einer Entscheidung zugleich gute Gründe für die *Herstellung* eben dieser Entscheidung sein sollten (a.a.O. S. 22 m.w.N.). In den Naturwissenschaften ist es eher gleichgültig, ob der Wissenschaftler eine Hypothese im Traum oder im Fieberschweiß aufstellt, so lange sie sich anschließend hinreichend empirisch-experimentell bestätigen lässt. Im Recht hätten wir dagegen große Bedenken, eine entsprechend „irrational“ getroffene Ent-

A. Einleitung

Wir betrachten die Ausübung staatlichen Zwanges nicht bereits dann als legitim, wenn sie *irgendwie* begründet wird (ist *irgendeine* Begründung eine Begründung?). Der Begriff der Begründung ist insoweit kaum trennbar mit Vernunft, mit Rationalität verknüpft, jedenfalls mit Nachvollziehbarkeit oder Plausibilität.<sup>7</sup> Das Selbstverständnis unseres Rechts wäre in seinen Grundfesten erschüttert, würde ihm die Fähigkeit abgesprochen, vernünftige Gründe für rechtliche Entscheidungen zu produzieren und sie von unvernünftigen Gründen zu unterscheiden.<sup>8</sup> Und mag auch nicht eine Vernünftigkeit schlechthin in Rede stehen, so jedenfalls eine solche relativ zur geltenden Rechtsordnung.<sup>9</sup> „Vernunftrecht“ ist in diesem Sinne das Recht der aufgeklärten Moderne.<sup>10</sup>

Indes bedarf der kritischen Reflexion, auf welche Weise dieser Vernunftanspruch des Rechts eingelöst werden kann. Wie lassen sich rationale von irrationalen Begründungen unterscheiden? Mit anderen Worten: Was bedeutet es, einen Rechtsfall mit – sei es relativ zur gegebenen Rechtsordnung – *vernünftigen* Gründen zu entscheiden? Für das deutsche Recht ist zunächst grundsätzlich von der Prämisse auszugehen, dass gerichtliche Entscheidungen an „Gesetz und Recht“ (Art. 20 Abs. 3 GG) auszurichten, also vor allem

---

scheidung des Richters allein deshalb für legitim zu halten, weil sie sich im Nachhinein plausibel begründen lässt; skeptischer zur Bedeutung methodengerechter Gründe im Findungszusammenhang aber *Jestaedt*, in: Bumke, Richterrecht, S. 49.

7 Zu diesem Verständnis auch *Hilgendorf*, *Argumentation*, S. 114, der mit Recht darauf hinweist, dass der Begriff der „Vernunft“ dabei äußerst unbestimmt bleibt.

8 In eine ähnliche Richtung geht der Hinweis bei *Somek/Forgó*, S. 83, wonach das Verständnis der Rechtsanwendung, als zumindest minimal auf Rechtserkenntnis gründend, „staatstragende“ Bedeutung hat.

9 *Alexy*, *Argumentation*, S. 351; dieselbe Forderung erheben auch diejenigen, die einen Anspruch des Rechts auf moralische Richtigkeit zurückweisen, siehe *Engländer*, *Diskurs*, S. 143 m.w.N.; instruktiver Überblick über den Stand der Debatte zum Verhältnis von Recht und Moral bei *Mahlmann*, *Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*, § 20 Rn. 1 ff.

10 Eindringlich *Günther*, in: FS Simon, S. 255 ff.; vgl. auch *Habermas*, *Faktizität und Geltung*, S. 57 f.: „[D]ie Positivität des Rechts [kann sich] nicht ohne Einbuße an sozialintegrativer Kraft allein auf die Kontingenz willkürlicher Entscheidungen, also auf Dezision gründen. Das Recht entlehnt seine bindende Kraft vielmehr dem Bündnis, das die Positivität des Rechts mit dem Anspruch auf Legitimität eingeht“; vertiefend zum Begriff der Legitimität (anknüpfend an *Max Weber*) a.a.O., S. 90 ff.; zu einem Überblick über die Kernaspekte eines „juristischen Rationalismus“ siehe *Schlag*, *Texas Law Review* 67 (1989), 1195, 1210 ff.

I. Begründung, Vernunft und Postmoderne

anhand von positiv gesetztem Recht zu begründen sind.<sup>11</sup> Das sagt aber nichts darüber, wie die hiernach erforderliche „Bindung“ an einen Gesetzestext mit vernünftigen Gründen von anderen, also „gesetzesfremden“ Entscheidungen unterschieden werden kann.<sup>12</sup> Bereits hier deutet sich ein unendlicher Regress an. Es muss begründet werden, warum bestimmte Entscheidungsgründe „besser“, „vernünftiger“, „gesetzeskonform“ usw. sind. Wer sagt, dass die Gründe für die Vernünftigkeit von Gründen nicht ihrerseits wieder begründungsbedürftig sind usw.?

Das hiermit eröffnete Spannungsfeld lässt sich zunächst durch zwei schematisierte Extrempositionen skizzieren: Auf der einen Seite finden wir das Ideal (vermutlich eher das Zerrbild)<sup>13</sup> der sog. Begriffsjurisprudenz, wonach die Entscheidung deduktiv aus einem vorhandenen Begriffssystem abgeleitet wird, so dass der Richter ein bloßer „Subsumtionsautomat“<sup>14</sup> ist. Am anderen Ende der Skala steht die Freirechtsschule, nach der alle Versuche deduktiver Begründung bloße „Spiegelfechtereien“ sind, während die Entscheidung juristischer Fälle tatsächlich eine intuitive, dem Einzelfall gerecht werdende Wertung des Rechtsanwenders ist.<sup>15</sup> Die moderne Methodenlehre hat sich zwischen diesen beiden Extremen angesiedelt, eine genaue Standortbestimmung aber meist vermieden.<sup>16</sup> Demnach wird das Recht weder

---

11 Vgl. *Röhl*, Grundlagen I, Rn. 8: Art. 20 Abs. 3 GG ist „Ausgangspunkt der Rechtsquellenlehre und damit auch der Methodenlehre“.

12 Die klassische Unterscheidung ist insoweit diejenige zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung, siehe dazu m.w.N. *Klatt*, Wortlautgrenze, S. 20 f.; krit. Einschätzungen zur Belastbarkeit der Unterscheidung bei *Bumke*, in: ders., Richterrecht, S. 33, 35 ff. sowie *Jestaedt*, ebda, S. 49, 58 ff.

13 Siehe auch den Hinweis bei *Hilgendorf*, Argumentation, S. 27, wonach in der juristischen Diskussion häufig Positionen bekämpft werden, die so nie vertreten wurden; vertiefend *Ogorek*, in: FS Lüderssen, S. 127, 135 ff.

14 Die Unhaltbarkeit der Verknüpfung dieser Figur mit den Texten von *Montesquieu* hat *Regina Ogorek* verschiedentlich überzeugend dargetan, vgl. insoweit stellvertretend *dies.*, in: FS Lüderssen, S. 127, 128 ff.

15 Knappe Zuf. bei *Pawlowski*, Einführung, Rn. 170 m.w.N. zu den wichtigsten Primärquellen; etwas ausführlicher *Schröder*, Recht als Wissenschaft, S. 335 ff.

16 Klar herausgearbeitet bei *Jestaedt*, Theorie, S. 57 ff., insbesondere S. 60; auch *Fischer-Lescano/Christensen*, Der Staat 44 (2005), 213, 216 m.w.N.: „Heute schlägt man meist einen Kompromiss zwischen der richterlichen Erkenntnis und dem richterlichen Willen vor“ sowie S. 217: „[D]ieser Kompromiss [ist] alles andere als klar“; krit. hinsichtlich der Annahme einer „Zwischenstufe“ zwischen Deduktion und De-zision ferner *Säcker*, in: MK-BGB, Einleitung Rn. 105.

A. Einleitung

durchweg „erkannt“ noch *ad hoc* konstruiert.<sup>17</sup> Trotz aller Einschränkungen und Konzessionen bleibt das Recht demnach im Wesentlichen auch unter den Bedingungen moderner und hochausdifferenzierter Gesellschaften<sup>18</sup> vernunftgeleitet, bleibt die rationale Überprüfung von rechtlichen Begründungen im Grundsatz möglich.

Letztlich kommt also der Vernunft die Funktion dessen zu, was *H.L.A. Hart* eine „authoritative mark“ genannt hat,<sup>19</sup> ein Wellenbrecher, der sich der Flut von Gründen, die ihrerseits wieder begründet werden müssen, von Regeln, die zu ihrer Anwendung weitere Regeln benötigen, entgegenstellt; kurz: Die Vernunft soll Zirkularität und unendlichen Regress durchbrechen. In der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts machten analytische Sprachphilosophie und logischer Positivismus<sup>20</sup> Hoffnung auf die Realisierbarkeit dieses Unterfangens, die auch nach dem Vordringen der Hermeneutik in die juristische Methodenlehre<sup>21</sup> nicht aufgegeben werden musste (jedenfalls nicht aufgegeben wurde). Zuletzt war es schließlich vor allem die Diskurstheorie,<sup>22</sup> die versuchte, eine nunmehr kommunikativ verstandene und prozeduralisierte Vernunft als Bollwerk gegen die vermeintlich jenseits von ihr lauenden Ungetüme des Skeptizismus und des Relativismus in Stellung zu bringen.

---

17 Vgl. *Pawlowski*, Einführung, Rn. 145 m.w.N.; auch *Röhl*, Grundlagen I, Rn. 10; siehe ferner für eine Rekonstruktion der in der „Reinen Rechtslehre“ entwickelten Dichotomie von Rechtsetzung und Rechtsanwendung auf jeder „Stufe“ der Rechtsordnung *Jestaedt*, Theorie, S. 21 ff. m.w.N. Nach der Einschätzung von *Pierre Schlag* (Penn Law Review 139 [1991], 801, 846) bringt die „Law as Integrity-These“ von Ronald Dworkin diese Konzeption deutlich zum Ausdruck: „Dworkin’s theory delivers what legal academics want: neither mechanical jurisprudence nor freewheeling utopia – but rather the middle way.“

18 Zu den gesteigerten Anforderungen an das Recht in „polykontexturalen“ Gesellschaften *Luhmann*, Normen, S. 15 ff.; *G.-P. Callies*, ZRSoz 21 (2000), 293, 299 m.w.N.; zur (terminologisch an *G. Günther* anknüpfenden) Polykontextualität ferner *Luhmann*, a.a.O., S. 4 m.w.N.

19 The concept of law, S. 95.

20 *Hilgendorfs* spricht von „moderner Semantik“, siehe *ders.* Argumentation, S. 44; dazu die Kritik bei *Christensen/Sokolowski*, Rechtslehre 32 (2001), 327, 330 m. Fn. 5.

21 Hierzu monographisch *Frommel*, Die Rezeption der Hermeneutik bei Karl Larenz und Josef Esser, *passim*; knapp und m.w.N. ferner *Röhl*, Grundlagen I, Rn. 46.

22 Grundlegend zur Theorie des juristischen Diskurses *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation sowie – die *Alexy*’sche Theorie kritisch rekonstruierend – *Bäcker*, Begründen und Entscheiden; stellvertretend für die Kritik *Engländer*, Diskurs als Rechtsquelle?,- jew. *passim*.

Allerdings lassen sich hier bereits erste Einbrüche verzeichnen. Die Diskurstheorie verzichtet auf die Perspektive der ersten Person Singular, was seit der Fokussierung auf Sprachspiele durch *Wittgensteins* Spätphilosophie im Grunde unvermeidbar geworden war.<sup>23</sup> Zudem weckten vor allem die wissenschaftstheoretischen Arbeiten von *Kuhn* nachhaltige Zweifel an der Vorstellung, Erkenntnis vollziehe sich dadurch, dass sie sich in rationaler Art und Weise an *a priori* gegebenen Gegenständen abarbeitet.<sup>24</sup> Von dort aus war es kein weiter Weg mehr bis zum Versuch der postmodernen Philosophie, die Vernunft als lediglich weitere „große Erzählung“ zu entlarven. Überhaupt lässt sich die Postmoderne knapp durch die Diagnose der Fragwürdigkeit der „großen Erzählungen“ oder „Metaerzählungen“ charakterisieren, zu denen tragende Kategorien der Moderne wie „Subjekt“, „Wahrheit“ oder „Vernunft“ gerechnet werden können.<sup>25</sup>

Natürlich gibt es nicht so etwas wie „die Postmoderne“<sup>26</sup> geschweige denn „die postmoderne Rechtstheorie“. Dementsprechend ist jede Zusammenfassung der Überlegungen einzelner Autoren und Theorieansätze unter ein solches Schlagwort stets selektiv und nie vollkommen frei von Willkür. In meiner Betrachtung stehen vor allem radikale Sprachkritik sowie die Unmöglichkeit eines „neutralen Standpunkts“ als Kernmerkmale postmodernen Denkens im Vordergrund. Die Auswahl beruht letztlich vor allem darauf, dass diese Aspekte m.E. das klassische, im Grundsatz bis heute noch weit verbreitete (zumindest aber latent vorhandene) Verständnis von Recht und seiner Anwendung vor besonders große Herausforderungen stellen. Ziel des Beitrags ist es daher, zumindest den Versuch einer Antwort auf die Frage zu geben, ob die Jurisprudenz den Angriffen einer – idealtypisch gebildeten – postmodernen Rechtstheorie standhalten kann.

Das sog. alteuropäische Rechtsdenken war von solchen Zweifeln noch unbeeinflusst. Ihm lag – nach einer Formulierung in der Einleitung des von *Buckel/Christensen/Fischer-Lescano* herausgegebenen Sammelbands zu

---

23 Vgl. eingehend zu der Ausgangslage nach der „pragmatischen Wende“ in der Sprachphilosophie *Habermas*, Wahrheit und Rechtfertigung, S. 7 ff.; zur (von ihm sog.) „Dezentrierung des Subjekts“ in der Postmoderne *Ladueur*, Postmoderne Rechtstheorie, S. 33 ff.

24 Eindringlich ausgearbeitet ist die Kritik an dieser Vorstellung bei *Rorty*, Spiegel, *passim*.

25 *Litowitz*, S. 10 ff. („The Death of Grand Narratives“); *Ortheil*, in: *Grimminger/Murasov/Stückrath*, S. 800, 801 ff. m.w.N. zur Primärquelle (*Lyotard*).

26 So auch mit Blick auf Kunst und Literatur *Ortheil*, in: *Grimminger/Murasov/Stückrath*, S. 800.

## A. Einleitung

„Neuen Theorien des Rechts“ – die „große Erzählung des einheitlich durchorganisierten und hierarchischen Nationalstaats“ zugrunde, „der seine Normen nach einem ‚Top-down-Modell‘ zu produzieren vorgibt“. An dessen Spitze throne „die Idee der Gerechtigkeit“, die, umgeben „vom Adel der Prinzipien“, auf das „Volk der Rechtsbegriffe“ hinunter blicke. In diesem Modell sei es bei der Entscheidung von Fällen immer möglich, „von den Rechtsbegriffen zu den Prinzipien zu gelangen“, um dann, wenn diese Prinzipien einmal im Streit liegen, „Zugriff auf die zentrale Idee der Gerechtigkeit“ zu nehmen.<sup>27</sup> Im metaphorischen Bauwerk dieses alteuropäischen Rechts residiere im obersten Stockwerk die Rechtsphilosophie, welche die Frage „Was ist Recht?“ beantwortet. Im Stockwerk darunter erkläre die juristische Methodik, wie das Recht angewendet wird, „während im Erdgeschoss die Dogmatiker vorgegebene Rechtsinhalte am Fall erkennen.“<sup>28</sup> Diese Arbeit stellt gewissermaßen die Frage, was von diesem Gebäude bleibt, wenn man sein heute analytisch, hermeneutisch und diskurstheoretisch verstärktes Mauerwerk mit dem kritischen Instrumentarium postmoderner Rechtstheorie abklopft.

## II. Der Rechtsdiskurs und sein Gegenstand

Die damit aufgeworfene Problematik lässt sich aber auch anders formulieren. Es geht darum, was der Gegenstand juristischer Diskurse ist – bzw., ob es einen solchen überhaupt gibt.<sup>29</sup> Genauer gesagt: Hat eine Rechtsfrage,

---

27 Vgl. auch *Christensen/Kudlich*, Gesetzesbindung, S. 52: Der Gedanke des Rechts als Hegel'sche Totalität wurde von Larenz und der Wertungsjurisprudenz als stabiler Hintergrund des juristischen Standesbewusstseins verarbeitet; vgl. auch *dies.*, S. 59 oben zum Modell der „gesetzes- bzw. wertgesteuerten Rechtserkenntnis“.

28 Für sämtliche Formulierungen vgl. *Buckel/Christensen/Fischer-Lescano*, S. XII f.

29 Eine eindringliche Untersuchung dieser Frage (mit weitgehend dem hier entwickelten nahestehenden Resultaten) findet sich bei *Somek*, Gegenstand, *passim*; vgl. zur Vorstellung von Recht als „Gegenstandserkenntnis“ ferner die bei *Christensen*, in: *Kudlich/Montiel/Schuhr*, S. 35 f. zitierte Formulierung von Larenz; außerdem *Klatt*, Wortlautgrenze, S. 232 f., der von „Reifizierung des Rechts“ spricht; ferner *Somek/Forgó*, S. 81, wonach es einen „überlappenden Konsens“ der deutschsprachigen Rechtswissenschaft darstellt, dass es stabile Rechtsinhalte gibt und dass die Rechtserkenntnis auf diesen aufzubauen ist. *Rorty* führt vor allem das Vordringen der Erkenntnistheorie in der Nachfolge zu Kant als einer selbständigen Disziplin als Grund dafür an, dass die Philosophie sich in der Lage sah zu entscheiden, „ob andere Disziplinen im Rahmen der legalen Grenzen blieben, die ihnen die ‚Struktur‘ ihrer