

*Tatjana Sheplyakova*

## Prozeduralität des Rechts: Zu den Bedingungen immanenter Rechtskritik

### I.

Besteht Kritik im Vollzug der Tätigkeit, wertende Unterscheidungen vorzunehmen, so wendet sich das Recht in der Rechtskritik reflexiv gegen sich selbst. Die Wirkung dieser Kritik müsste in der Selbstkorrektur und -erneuerung des Rechts liegen. Unter welchen Voraussetzungen ist Rechtskritik in diesem Sinne möglich? Überlegungen dazu werden im Folgenden unter das Stichwort „Prozeduralität“ oder „procedurale Verfasstheit des Rechts“ gestellt (III.). Bevor ich auf diesen Grundzug des modernen Rechts, seine Verfahrens- und Entscheidungsabhängigkeit, zu sprechen komme, werde ich aber mit einigen Überlegungen zum Begriff der *Kritik* beginnen, um den Blick dafür zu schärfen, worum es in einer *Rechtskritik* geht (II.). Erst dann komme ich zu meiner These: Rechtskritik wird möglich in dem Maße, wie das Recht prozedural geworden ist. Prozeduralität ist eine Ressource für Rechtskritik. Denn die Möglichkeit der Selbstkritik des Rechts verlangt ein *Selbstverhältnis* des Rechts: Und dieses kann nur ein prozedurales Verhältnis sein.

### II.

Rechtskritik ist wörtlich zu nehmen. Als Kritik des Rechts, *genitivus obiectivus* und *su-  
biectivus*, als Selbstbefragung des Rechts durch das Recht selbst. Das Recht ist hier Gegenstand und Agens der Kritik zugleich. Rechtskritik als Selbstkritik zu verstehen, besagt, dass die Kritik des Rechts keine Kritik ist, die ihren Gegenstand, das Recht, anhand von *äußeren* Maßstäben beurteilt. Eine äußere Kritik mag es geben, sie misst das Recht am moralischen Sollen, an Idealen der Gerechtigkeit, an der Vorstellung vom „richtigen Recht“, wird aus Empörung heraus formuliert etc. In dieses Register gehört die schon aus dem Alltag jedem bekannte „Ablehnung des Bestehenden im Namen von Wünschen und Ansprüchen“, eine Haltung der Kritik als „Protest“.<sup>1</sup>

Eine so verstandene Rechtskritik ist weit verbreitet, und spätestens seit Foucault wissen wir, dass Kritik allgemein in der Moderne omnipräsent wird, zur allgegenwärtigen Kulturform avanciert. Diese Art der Kritik interessiert mich hier jedoch nicht, und zwar

1 Vgl. Christoph Menke, Der Abgrund des Subjekts: Soziale Bedingungen der Aporien der Gerechtigkeit, in: Teubner (Hrsg.), Nach Jacques Derrida und Niklas Luhmann: Zur (Un-)Möglichkeit einer Gesellschaftstheorie der Gerechtigkeit, Stuttgart 2008, 81–108 (150), in Bezug auf Niklas Luhmann, Die Gesellschaft der Gesellschaft, Frankfurt am Main 1997, 847 ff.

deshalb nicht, weil äußere Kritik eine Kritik „ohne Wirkung“ ist. Nietzsche hat das ganz anschaulich auf den Punkt gebracht – und zwar in Bezug auf die Kunstkritiker. In *Unzeitgemäße Betrachtungen* spricht er von Kritikern als einer „Schaar der historisch Neutralen“, deren Kritik wie ein „Echo“ an Ort und Stelle ist und genauso schnell wieder verhallt: „Nirgends kommt es zu einer Wirkung, sondern immer nur wieder zu einer Kritik; und die Kritik selbst macht wieder keine Wirkung, sondern erfährt nur wieder Kritik. [...] Im Grunde aber bleibt [...] Alles beim Alten: man schwätzt eine Zeitlang etwas Neues und thut inzwischen das, was man immer gethan hat.“ Es kommt zu keiner „Wirkung auf Leben und Handeln“.<sup>2</sup>

In Bezug auf das Recht kann man sagen, dass eine äußere Rechtskritik, die sich aus moralischen Imperativen und sozialen Gerechtigkeitsvorstellungen speist, genauso wirkungslos ist. Sie erreicht das Recht gewissermaßen nicht. Der „Protest“ muss sich deshalb seinerseits verrechtlichen, um Wirksamkeit zu erhalten. Genau das lässt sich auch beobachten, zum Beispiel daran, dass viele soziale Bewegungen, ob es um Umweltschutz, Geschlechtergerechtigkeit, die Kämpfe gegen die Austeritätspolitik oder andere Anliegen geht, im Verlauf der letzten Jahrzehnte einen „Ortswechsel von der Straße in den Gerichtssaal [...] vollzogen haben“.<sup>3</sup> Diese Beobachtung des „Ortswechsels“ der Kritik nimmt etwa Wendy Brown, eine wichtige Stimme der linken Rechtskritik im Anschluss an Marx und Foucault, zum Anlass, über Chancen und Risiken einer solchen Verrechtlichung des Protests, des Kampfs um Recht mit rechtlichen Mitteln, nachzudenken. Am Ende hält sie in Aufnahme von Gayatri Spivaks Äußerung negativistisch fest: Rechte sind das, „was wir nicht nicht wollen können“.<sup>4</sup> Wir müssen sie also „ertragen“, obwohl die Sprache der Rechte – als Minderheitenschutz – dazu beitrage, die Identitäten „Frau“, „farbig“, „homosexuell“, „Migrantin“ etc. zu verstetigen, während das Festhalten an dem, was wir „nicht nicht wollen können“, die Herrschaftsbedingungen nur forschreibe, statt sie zu überwinden. Diese grundsätzliche Rechtsskapsis lasse ich an dieser Stelle bei-seite. Statt rechtskritische Positionen zu diskutieren, geht es mir hier vielmehr um die Frage, unter welchen Bedingungen das Recht selbst kritische Funktionen ausüben kann. Inwieweit kann es dazu beitragen, den „Kategorien des Geschlechts, Identitäten, Marktgesetzmäßigkeiten, in Gesetze geronnenen Entscheidungen“ eben nicht „den Charakter des Naturhaften“<sup>5</sup> zu verleihen, sondern ihnen diesen Charakter gerade zu nehmen?

Ich unterstelle also, dass die äußere Kritik keine rechtsverändernden Wirkungen entfalten kann. Dann stellt sich aber die Frage, ob dies umgekehrt bedeutet, dass eine Verrechtlichung des Protests Ausdruck und Indiz davon ist, dass Rechtskritik nur als interne Kritik möglich ist. Auch dies ist nicht umstandslos zu bejahen, zumindest dann nicht,

2 Friedrich Nietzsche, *Unzeitgemäße Betrachtungen II: Vom Nutzen und Nachtheil der Historie für das Leben*, in: ders., *Werke. Kritische Gesamtausgabe*, Bd. III.1: *Die Geburt der Tragödie. Unzeitgemäße Betrachtungen I–III. 1872–1874*, hrsgg. v. Colli/Montinari, Berlin/New York 1972, 239–330 (281).

3 Vgl. Wendy Brown, *Die Paradoxien der Rechte ertragen*, in: Menke/Raimondi (Hrsg.), *Die Revolution der Menschenrechte*, Frankfurt am Main 2011, 454–473 (454); zum gerichtlichen Kampf gegen die Austeritätspolitik am Beispiel Portugals: Carolina Alves Vestena, *Rechtliche Institutionen als Vermittlungsort der ‚Politik der Straßen‘: Eine Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung der Krise in Portugal*, in: *Forschungsjournal Soziale Bewegungen* 32/2 (2019), 248–261.

4 Brown (Fn. 3), 473.

5 So in Bezug auf Judith Butlers Kritikbegriff: Alex Demirović, *Leidenschaft und Wahrheit. Für einen neuen Modus der Kritik*, in: ders. (Hrsg.), *Kritik und Materialität*, Münster 2008, 9–40 (22).

wenn der Begriff „interne Kritik“ so verstanden wird, dass sich die Maßstäbe der Kritik aus den schon vorhandenen Normen gewinnen ließen, Normen, die in der sozialen Praxis schon wirksam sind und sie konstituieren. Einwände gegen diese Auffassung von Kritik formuliert Tilo Wesche, der sie hier als „immanente Kritik“ bezeichnet:<sup>6</sup> „Eine rein immanente Kritik verliert ihren Biss. Denn innerhalb eines fragwürdigen Werthonzonts bleiben eigene Täuschungen undurchschaut, mit der Folge, dass deren Kritik nicht rückhaltlos zustande kommt.“<sup>7</sup> Der so verstandenen immanenten Kritik scheint ein konservierender Zug eingeschrieben zu sein, der die Kritik hemmt, der sie nicht radikal genug werden lässt. „Das Kernproblem“ von Kritik, also das Kernproblem „bei der Unterscheidung zwischen Wahrem und Falschem, zwischen Sein und Schein besteht in der natürlichen Opazität des Scheins: Innerhalb seiner gibt sich der Schein nicht als Schein zu erkennen. Wer etwa in einem Irrtum befangen ist, weiß um seine Täuschung und Befangenheit gerade nicht. Die Entdeckung des Falschen ist deshalb allein von einem externen Standpunkt aus möglich.“<sup>8</sup> Daraus schließt Wesche, dass ein gehaltvoller Begriff von Kritik sie als immanente *und* transzendenten zugleich zu denken habe. Kritik muss so gedacht werden, dass sie ihre Rechtfertigung, ihre Überzeugungskraft, die ihr gleichsam zum Durchbruch in der Wirklichkeit verhilft (die sie zu einem weltverändernden Effekt erst macht), aus „einem immanenten Standpunkt [...], der (notwendigerweise) in den Schein fällt“ bezieht, „und zugleich von einem transzententalen Standpunkt, der außerhalb des Scheins liegt“.<sup>9</sup>

Wenn die äußere Kritik Veränderung blockiert, weil sie eine Kritik wirkungslos macht, so steht auch die interne Kritik im Verdacht einer Nähe zum Konservatismus, einer Nähe, die ihr selbst undurchschaut bleibt. Erst ein reflexiv verstandener Begriff von Kritik im immanent-transzendenten Sinne vermag eine Kritik „mit Wirkung“ zu denken, eine Kritik, die „praktische Transformationsprozesse“ nach sich zieht, in deren Zuge „soziale Realität“ sich dadurch verändert, dass sich die „Auffassung“ von dieser Realität verändert.<sup>10</sup>

Was der Vorteil eines solchen Kritikbegriffs ist, ergibt sich aus der Reflexion darauf, was äußere Kritik (ohne Wirkung) und interne Kritik (mit Hang zum Konservatismus) nicht können. Was sie nicht können, ist – und jetzt kommt ein neuer seinerseits nicht un-

6 Dies hängt damit zusammen, dass Tilo Wesche mit dem Begriffspaar „immanent“ vs. „transzendent“ arbeitet (Tilo Wesche, Reflexion, Therapie, Darstellung, in: Jaeggi/Wesche [Hrsg.], Was ist Kritik?, Frankfurt am Main 2009, 193–210), während ich hier von „interner“ und „äußerer Kritik“ spreche. Zur Abgrenzung der „internen“ von der „immanenten Kritik“ vgl. etwa Titus Stahl, Immanente Kritik. Elemente einer Theorie sozialer Praktiken, Frankfurt/New York 2013, der „interne Kritik“ als Kritik definiert, „die sich ausschließlich auf die explizit anerkannten normativen Maßstäbe in einer Gemeinschaft, Praxis oder einer Menge von Personen bezieht und diese für ihr Projekt voraussetzt“ (ebd., 30; Herv. im Orig.), wohingegen „immanente Kritik“ mit impliziten normativen Verpflichtungen arbeitet, die als Gründe für die Veränderung jeweiliger gesellschaftlicher Praktiken herangezogen werden können (vgl. ebd., 376).

7 Wesche (Fn. 6), 203.

8 Ebd.

9 Vgl. ebd., 204. Zu fragen wäre, ob die Figur der „immanenten Kritik“ nicht genau für diesen Zusammenhang steht. Als Methode des Denkens von Hegel, Marx und innerhalb der Frankfurter Schule erprobt, kehrt sie heute u.a. als „rekonstruktive Kritik“ (Axel Honneth) oder als „transformative Kritik“ (Rahel Jaeggi) wieder und ist philosophisch komplexer und vielgestaltiger, als Wesches Kritik es an dieser Stelle nahelegen mag.

10 Vgl. Rahel Jaeggi, Was ist Ideologiekritik?, in: Jaeggi/Wesche (Hrsg.), Was ist Kritik?, Frankfurt am Main 2009, 266–298 (277).

problematischer Begriff ins Spiel –, auf *Krisen* zu reagieren, den Krisen nicht bloß ausgeliefert zu sein. Sonja Buckel hat auf diesen Punkt hingewiesen, indem sie gezeigt hat, dass beide, die externe wie die interne Kritik, Veränderung im Grunde blockieren, weil sie nicht in der Lage sind, von der Krise her zu denken bzw. den Krisenbegriff in sich aufzunehmen. Vielmehr verfehlten sie in ihrer jeweiligen Operation der Kritik, was die Grundstruktur einer Krise ausmacht: Zur Struktur der Krise gehört, dass sie eine Zeit des Übergangs ist, eine Zeit, die sich „durch das Verschwinden des Alten und die Abwesenheit des Neuen aus[zeichnet]“.<sup>11</sup> Das „Neue“ ist (noch) nicht da, kann also nicht „aus einem ,transzendenten (noch) Nirgendwo“<sup>12</sup> abgeleitet werden (wie die äußere Kritik es tut). Und aus einem Alten, das im Verschwinden begriffen oder bereits verschwunden ist, lassen sich auch keine „Maßstäbe der Kritik“ gewinnen (wie es die interne Kritik tut, die aus einer bestehenden sozialen Praxis ihre normativen Maßstäbe bezieht). Deshalb sind diese Kritikstrategien nicht geeignet, auf die Krise – auf Krisen im Plural – adäquat zu antworten.

Für die Bestimmung der Rechtskritik ergeben sich daraus zwei Anforderungen. Zum einen kann Recht dann zur Ressource der Kritik im immanent-transzendenten Sinne werden, wenn es soziale Praxis nicht nur konstituiert, sondern ihr gegenüber auch widerständig (autonom) bleibt. Zum anderen kann Rechtskritik dann erst ihre Wirksamkeit in der Welt entfalten, wenn rechtliche Entscheidungsprozesse so verfasst sind, dass damit der Diskontinuität der Erfahrung der Krise Rechnung getragen werden kann und durch kritisches Urteilen die Bewältigung von Krisen möglich wird.<sup>13</sup>

Genau hier kommt Prozeduralität des Rechts ins Spiel, die jetzt als *Ressource* der Rechtskritik diskutiert werden soll.

### III.

Um auf die Diskontinuität der Krise reagieren zu können, muss das Recht den Krisenbegriff in sich aufgenommen haben. Das bedeutet, entscheiden können zu müssen in einer Situation, in der die Sicherheiten wegfallen, oder anders gesagt: in der die Sicherheiten des bereits Vorhandenen keine normative Entscheidungsgrundlage mehr bieten können. Von einer Form des Rechts, die dies leisten kann, können wir erst sprechen, wenn das Recht sich positiviert hat.

Prozeduralität des Rechts ist eine Eigenschaft des positiven Rechts, eines Rechts, dessen Geltung an bestimmte Erzeugungsbedingungen geknüpft ist: das Recht gilt, weil es auf eine bestimmte Weise erzeugt wurde. Das spezifisch Neue dieser Rechtsform lässt sich traditionell besonders anschaulich aus der Abgrenzung zum Natur- und Vernunftrecht bestimmen – mit Hans Kelsen, zum Beispiel: Das vorpositive Recht postuliert Normen, die unabhängig von menschlichen Entscheidungen existieren, „die Norm des Naturrechts gilt kraft ihres inneren Gehaltes, weil sie ‚gut‘, ‚richtig‘, ‚gerecht‘ ist“, und es wäre ein ganz abwegiger Gedanke, die Geltung der Norm von der Einsicht oder Zustim-

11 Sonja Buckel, Rechtskritik, KJ 2016, 289-304 (298), in Bezug auf Antonio Gramsci, Gefängnishefte. Kritische Gesamtausgabe, hrsgg. v. Bochmann/Haug, Hamburg/Berlin 1991 ff., Bd. 2, 354: „Die Krise besteht gerade in der Tatsache, dass das Alte stirbt und das Neue nicht zur Welt kommen kann.“

12 Buckel (Fn. 11) 298.

13 Vgl. Jaeggi (Fn. 10), 289.

mung des Einzelnen abhängig zu machen.<sup>14</sup> Normen liegen menschlichen Entscheidungsprozessen als „natürlich“ und „gegeben“ voraus; ganz anders verhält es sich mit den Normen des positiven Rechts: Diese gelten, weil sie auf bestimmte Weise erzeugt, weil sie von Menschen „gesetzt“ wurden.<sup>15</sup> Es ist also ein großer Unterschied für die Rechtsordnung als „gerechter Ordnung des menschlichen Zusammenlebens“, noch stärker: ein Unterschied ums Ganze, ob der Geltungsgrund bzw. die Quelle des Rechts in der Natur, in Gott oder Vernunft oder aber im menschlichen endlichen Willen, in dem „subjektiven Prinzip“ angesetzt wird.<sup>16</sup>

Moderne Rechtsverhältnisse beginnen dort, wo man freie Entscheidungspotenz der Akteure *als solche* – als prinzipiell berechtigt – anerkennt, unabhängig von den Inhalten ihrer Entscheidungen, die ja faktisch immer bestimmte Werturteile und Präferenzen enthalten und transportieren werden. Lassen wir uns auf Rechtsverhältnisse ein, so geht es stets darum, auszutarieren, „wessen Wollen gelten darf und wer das Wollen des anderen dulden muss“, so Alexander Somek: „Man stimmt überein, uneinig darüber zu sein, *was* man will, aber man anerkennt, *dass* jeder etwas wollen darf“.<sup>17</sup> Das Recht steht für diese Erlaubnis, etwas zu wollen, und die Macht, etwas von dem anderen zu verlangen und die Handlungsumstände für andere zu verändern. Der Preis dafür ist die „Zumutung“ des Rechts, *inhaltlich* fremdbestimmt zu werden: „Indem wir es gegenseitig zulassen, durch das Wollen der anderen und nicht durch die uns einleuchtenden Gründe bewegt zu werden“, so Somek weiter, „lassen wir in einem Rechtsverhältnis die *inhaltliche* Fremdbestimmung zu.“<sup>18</sup> Denn „nicht durch die richtigen Gründe bewegt zu werden, ist eine wesentliche Komponente des Gezwungenwerdens“.<sup>19</sup> Das leuchtet sofort ein. Das ist aber zugleich der Preis dafür, Selbstbestimmung an sich, der Form nach, zu ermöglichen und an dem Anspruch festhalten zu wollen, sie sozialkompatibel zu machen.

Auffassungsunterschiede als legitim ansehen zu können, setzt schon der Struktur nach – also begrifflich – voraus, dass man die Prinzipien von Freiheit (legitimer Ausübung der Willkür) und Gleichheit (die Gegenseitigkeit von Rechten und Pflichten, Willkür- und Diskriminierungsverbot) anerkannt hat. Die Unterschiede in den Auffassungen und in den Bewertungen stoßen in diesen Prinzipien auf eine Grenze.<sup>20</sup> Die Figur einer immament-transzendenten Kritik (wie ich sie vorhin diskutiert habe) ist dem modernen Recht mithin geradezu eingeschrieben: „Die Ersetzung der geteilten Ziele durch Willkür und des spontanen Ordens durch eine Entscheidung bindet das Recht an von Menschen geschaffene soziale Tatsachen“,<sup>21</sup> die miteinander um Geltung konkurrieren und einem Wandel unterworfen sind. Zugleich geben die Prinzipien der Gegenseitigkeit, der Gleichheit und der Freiheit, die dem Rechtsbegriff inhärent sind, Maßstäbe der Beurteilung von sozialen Tatsachen ab – dafür steht, wie es Somek aufzeigt, die Institution der Verfassung. „Durch sie wird über die Grenzen zulässiger Auffassungsunterschiede entschieden.“<sup>22</sup>

14 Vgl. Hans Kelsen, Die Idee des Naturrechts, in: ders., Aufsätze zur Ideologiekritik, hrsgg. v. Topsch, Neuwied am Rhein/Berlin 1964, 73–113 (78).

15 Ebd.

16 Ebd.

17 Alexander Somek, Rechtsphilosophie zur Einführung, Hamburg 2018, 30 (Herv. von mir).

18 Ebd., 33.

19 Ebd., 34.

20 Vgl. ebd., 26.

21 Ebd., 40.

22 Ebd.

Prozeduralität ist modernen Rechtsverhältnissen also schon begrifflich eingeschrieben: Rechtsnormen sind immer inhaltlicher Art, ihre Geltung wird aber durch eine Entscheidung vermittelt, die die Bedingung gegenseitiger gleicher Freiheit als Konstituens der Rechtsform selbst zu beachten hat. Damit verschiebt sich der Fokus auf die konkrete Ausgestaltung von Entscheidungssituationen: auf die prozeduralen Mechanismen, die die Entscheidungsbefugnisse regeln, die Bewertungsmaßstäbe zu reflektieren erlauben und die notwendigen Argumentations- und Begründungsleistungen zu erbringen verhelfen.

Dieser Gesichtspunkt kommt ausgerechnet in einer der prominentesten prozeduralen Theorien des Rechts, der Rechtstheorie von Jürgen Habermas,<sup>23</sup> nicht hinreichend zur Geltung. Habermas denkt nicht von der Entscheidung her, sondern von den entscheidenden rationalen *Gründen* her, die einem die Entscheidung gleichsam abnehmen sollen.<sup>24</sup> Deshalb ist Habermas vorrangig an Kommunikationsvoraussetzungen interessiert, die einen ungehinderten Austausch von Gründen ermöglichen oder zumindest nicht verhindern.<sup>25</sup> Habermas' Diskurstheorie des Rechts wird aber der radikalen Notwendigkeit der Entscheidung, die der Form der subjektiven Rechte eingeschrieben ist, letztlich nicht gerecht: Sie nimmt den Umstand nicht ernst genug, dass die Entscheidung sich, streng genommen, gerade dadurch auszeichnet, dass sie „einen *Mangel* an rationalen Bestimmungsgründen des Handelns [überspringt]. Sie ist deswegen nicht irrational. Die Vernunft der Entscheidungssituation besteht gerade darin, sich zum Handeln zu bestimmen, obwohl ausreichende Gründe, so und nicht anders zu handeln, fehlen.“<sup>26</sup> Dieses radikale Element der Handlungsfreiheit – die Unumgänglichkeit der Entscheidung – konstituiert aber geradezu die moderne Rechtsform: „sit pro ratione voluntas“.<sup>27</sup>

Der Zweck der juristischen Verfahren ist daher, nicht nur den Austausch von Gründen zu ermöglichen, sondern die Entscheidungsfähigkeit überhaupt aufrechtzuerhalten. Wesentlich für Verfahren ist, dass sie, „ohne die Ergebnisse inhaltlich zu präjudizieren“, dazu berufen sind, „sicher[zu]stellen, dass überhaupt Entscheidungen getroffen werden, die

23 Jürgen Habermas, Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, Frankfurt am Main 1992.

24 Vgl. (ohne Bezug auf Habermas) Hermann Lübke, Zur Theorie der Entscheidung, in: ders., Theorie und Entscheidung. Studien zum Primat der praktischen Vernunft, Freiburg 1971, 7–31 (17).

25 Modellcharakter für diesen Austausch besitzt in Habermas' Entwurf aber letztlich der politische Diskurs, in dem es darum geht, die jeweilige Betroffenheit in Orientierung am Gemeinwohl gerade *aufzulösen*. Auch dies steht quer zu der Eigenlogik von juristischen Verfahren, insbesondere von Gerichtsverfahren, die gerade der *Ermittlung* von rechtlich relevanter Betroffenheit dienen. Wenn Recht lediglich „als ein Medium“ zu betrachten sei, „über das sich kommunikative Macht in administrative umsetzt“ (Habermas [Fn. 23], 187), dann bleibt ungeklärt, wie sich rechtliche von politischen Verfahren unterscheiden (vgl. die Kritik von Christoph Möllers, Demokratie und Recht, in: Brunkhorst/Kreide/Lafont [Hrsg.], Habermas-Handbuch, Stuttgart/Weimar 2009, 258). Für die These, dass die entpolitisierende Wirkung des Rechts ein eigenes politisches Potential besitzt, das in Habermas' Theorie des „prozeduralistischen Rechts“ nicht zum Tragen kommt, vgl. Tatjana Sheplyakova, Das Klagerecht und die Prozeduralisierung des Rechts, in: dies. (Hrsg.), Prozeduralisierung des Rechts, Tübingen 2018, 191–228.

26 Lübke (Fn. 24), 21 f. (Herv. von mir).

27 Vgl. Juvenal, Satiren VI, 223: „Hoc volo, sic iubeo, sit pro ratione voluntas!“ Auf diesen Ausspruch nimmt Kant bezeichnenderweise Bezug, um zu verdeutlichen, dass das Bewusstsein, dass der Wille gelte, ein „Faktum der Vernunft“ sei, d.h. von der Vernunft selbst erzeugt werde und primär sei, man könne es jedenfalls „nicht aus vorhergehenden Datis der Vernunft [...] herausverneinfeln“, vgl. Immanuel Kant, Kritik der praktischen Vernunft [1788], hrsgg. v. Brandt/Klemme, Hamburg 2003, 42.

dann verbindlich geltend gemacht werden können“.<sup>28</sup> Zu beachten ist dabei, dass Entscheidungssituationen sich aber überhaupt erst ergeben, wenn es einen „Zwang zur Konfrontation mit der Alternative“ gibt, „die der Gegner vertritt“.<sup>29</sup> Dies ist wiederum ein wesentliches Merkmal von Demokratie, die Möglichkeit einer Konfrontation mit Alternativen – und damit die Entscheidungssituationen selbst – zuzulassen, wenn nicht gar zu erzeugen. Dabei dienen juristische Verfahren dazu, die Entscheidungssituationen dem plumpen Dezisionismus zu entziehen, der situativen Entscheidungspraxis einen Riegel vorzuschieben, in der sich die faktisch bestehenden Machtpositionen ungehindert durchsetzen können. Demokratie und Rechtsstaat gehören also zusammen. Deshalb ist die Quintessenz der demokratisch-politischen Aufgabe – mit Ingeborg Maus – darin zu sehen, die Bedingungen der inhaltlichen Entscheidungstätigkeit in „„Nicht-Kenntnis‘ konkreter Interessen“ so zu strukturieren, dass diese „Interessen und Bedürfnisse sich authentisch artikulieren können“.<sup>30</sup>

Prozeduralität des Rechts, so hat es Christoph Menke in Bezug auf die Rechtstheorie Rudolf Wiethölters angemerkt, bringt den paradox anmutenden Zusammenhang zu Bewusstsein, dass „die Wirksamkeit des Rechts in der sozialen Praxis“, also „die (gesellschafts-)verändernde Macht des Rechts“, sich gerade der „Distanz des Rechts gegenüber der sozialen Praxis“ verdanke.<sup>31</sup> Die Bedingung für kritische Wirksamkeit des Rechts liegt mithin in der Autonomie des Rechts, in der „Äußerlichkeit des Rechts“, die „als normative Entgegenseitung zum Selbstlauf der sozialen Praxis“, „als seine normative Kraft gegenüber dem Sozialen“ verstanden wird.<sup>32</sup> Fiele diese Äußerlichkeit weg, so reigerten faktische Interessen das Recht. Dann wäre das Recht in der Tat reine „Verhüllung“ oder „Maskerade“, um seine „Imprägnierung durch die sozioökonomische Realität [zu verschleiern]“.<sup>33</sup> Dies ist das Thema der Critical Legal Studies, die mit ihrer „critique of indeterminacy“ und der „critique of adjudication“ darauf zielen, „den grundsätzlichen Anspruch auf juristische Neutralität zu delegitimieren“.<sup>34</sup>

Doch die Rechtsnormen behalten ihre Äußerlichkeit gegenüber dem Sozialen – schon durch die Einsicht in die Notwendigkeit des *Zwangs*, der in der Umstellung auf den Willen als das neue Prinzip der Rechtsgeltung impliziert ist, und die daraus resultierenden Mechanismen *institutioneller* Absicherung durch besondere Organisationsformen. Für die moderne Rechtsform gilt, dass für die „Realisierung des Zwangskates“, für die Durchsetzung des Rechts, nicht mehr die in ihren Interessen Verletzten selbst zuständig sind, wie es in älteren Rechtsordnungen üblich war, sondern „ein besonderes, arbeitsteilig

28 Barbara Stollberg-Rilinger, Einleitung, in: dies. (Hrsg.), Vormoderne politische Verfahren, Berlin 2001, 9-24 (10 [Herv. von mir]).

29 Lübbe (Fn. 24), 30.

30 Ingeborg Maus, Perspektiven „reflexiven Rechts“ im Kontext gegenwärtiger Deregulierungstendenzen: Zur Kritik herrschender Konzeptionen und faktischer Entwicklungen, KJ 1986, 390-405 (402).

31 Christoph Menke, Mutsprünge der Reflexion, KJ 2019 (= Sonderheft: Rechtsbrüche. Spiegelungen der Rechtskritik Rudolf Wiethölters, hrsgs. v. Wielsch), 543-548 (548).

32 Ebd.

33 Vgl. Sonja Buckel, Zwischen Substanz und Maskerade – Kritik(en) des Rechts, in: Demirović (Hrsg.), Kritik und Materialität, Münster 2008, 110-131 (113).

34 Ebd., 113, mit Bezug auf Günter Frankenberg, Partisanen der Rechtskritik. Critical Legal Studies etc., in: Buckel/Christensen/Fischer-Lescano (Hrsg.), Neue Theorien des Rechts, Stuttgart 2006, 97-116 (104).

funktionierendes ‚Organ‘ im engeren Sinne des Wortes, der ‚Richter‘, der ‚Beamte‘<sup>35</sup> So bezeichnet Kelsen positives Recht an einer Stelle sogar überhaupt als „Gerichtsrecht“.<sup>36</sup> Dahinter steht die Einsicht, dass das Recht, das gesetzt ist und entscheidungsabhängig gilt, durch die Ausübung seiner kritischen Funktionen, durch wertende, auslegende, in das Normengefüge Differenzierungen eintragende Tätigkeit, die Änderbarkeit seiner selbst in der Anwendung ermöglicht. Damit wird ausgedrückt, dass die Norm ihre Anwendung nicht determiniert: So bedeutet etwa der „Fortgang des Rechtsverfahrens von der generellen zu der individuellen Norm“, in Kelsens Erläuterung, „daß an Stelle des in jener statuierten der von dieser festgestellte Tatbestand tritt.“<sup>37</sup>

Die Notwendigkeit, zwischen Statuierung (Setzung) und Feststellung zu unterscheiden und diese beiden Tätigkeiten zu dissoziieren, verweist wiederum auf die spezifische *Zeitlichkeit* des modernen Rechts.<sup>38</sup> Deren Dialektik, wenn man so will, wird in der Arbeitsteilung zwischen den Parlamenten und den Gerichten besonders augenfällig, wie es Marie-Theres Fögen in ihrem Buch *Das Lied vom Gesetz* eindrücklich beschrieben hat:<sup>39</sup> „Parlamente [...] sagen in der Gegenwart, was in Zukunft gilt. Wenn die Zukunft eintritt, sind die Parlamente nicht mehr dieselben. [...] Zu sagen, welchen Sinn das Gesetz von gestern hat, überlassen sie den Gerichten. Und welchen Sinn ihr Gesetz von heute hat, überlassen sie ebenfalls den Gerichten.“ Die „Gewaltenteilung [...] verwehrt der legislativen Gewalt den postnatalen Zugriff auf ihr Produkt. [...] Der Rechtsstaat entmündigt den Gesetzgeber nach vollbrachter Tat. [...] Die Justiz [...] allein sagt, was das Gesetz des Gesetzgebers sagt.“<sup>40</sup>

Das Gesetz und seine Konkretisierung fallen auseinander. Diese Art von Zeitlichkeit, die dem Recht eignet, internalisiert die zuvor umrissene Struktur der Krisenhaftigkeit. Das Neue wird hier als Aufhebung des Alten verstanden. Durch prozedurale Verhältnisse werden reflexive Selbstverhältnisse des Rechts erst möglich. Was unter Reflexion hier verstanden werden kann und was damit gewonnen ist, lässt sich in aller Kürze mit Hegels Reflexionsbegriff gut einfangen. In seiner Wesenslogik<sup>41</sup> macht Hegel anhand der Figur der setzenden und voraussetzenden Reflexion den Mechanismus sichtbar, „wie der Schein des selbständig Seienden sich selbst aufhebt, nämlich als Aufhebung von Voraussetzungen in Gestalt von begründeten Resultaten“.<sup>42</sup> Der Reflexionsbegriff verdoppelt sich gleichsam in Konstitutions- und Geltungsreflexion: Im Prozess der Reflexion wer-

35 Kelsen (Fn. 14), 80.

36 Ebd., 97.

37 Ebd., 98.

38 Zur Frage nach der Zeitlichkeit des Rechts: Esther Neumann, Zeitstrukturen des Rechts. Über die Möglichkeit einer kritischen Theorie der Gerechtigkeit, Weilerswist 2020.

39 Marie Theres Fögen, *Das Lied vom Gesetz*, München 2007, 39, Fn. 72, mit Bezug auf Christoph Möllers, Gewaltengliederung. Legitimation und Dogmatik im nationalen und internationalen Rechtsvergleich, Tübingen 2005, 79, der die Gewaltenteilungslehre als „eine frühe Form prozeduraler politischer Theorie“ deutet.

40 Fögen (Fn. 39), 34f.

41 G.W.F. Hegel, *Wissenschaft der Logik II*, in: ders., Werke 6, hrsgg. v. Moldenhauer/Michel, Frankfurt am Main 1986, insb. 17-34.

42 Vgl. Thomas M. Schmidt, *Die Logik der Reflexion. Der Schein und die Wesenheiten*, in: Koch/Schick (Hrsg.), G.W.F. Hegel: *Wissenschaft der Logik (= Klassiker Auslegen, 27)*, Berlin 2002, 99-117 (107).

den die Voraussetzungen „als seine eigenen Produkte durchschaut“<sup>43</sup> – sie erscheinen damit als veränderbar. Sie werden der Kritik durch das Recht selbst zugänglich (gemacht).

Empirisch lässt sich diese reflexiv sich vollziehende Selbstaufklärung des Rechts am offensichtlichsten bei den Kämpfen um rechtliche Gleichheit beobachten. Das bürgerliche Formalrecht konnte zwar die Gleichheit als normative Identität aller Menschen vor dem Gesetz denken, den Grundsatz der Gleichbehandlung aber bekanntlich noch lange nicht auf alle Menschen ausdehnen. Dies hatte sicherlich nicht mit Gründen der kognitiven Schwäche zu tun, Differenzen wie Geschlecht, ethnische Herkunft, Behinderung, Alter, sexuelle Identität, Religion oder Weltanschauung als solche, als Differenzen, wahrnehmen zu können. Vielmehr wurden diese Differenzen nicht als Gegenstand des Rechts, sondern noch wie selbstverständlich als sein „Außen“ angesehen, als etwas, das es der sittlichen Praxis und den „in einem großen Naturzusammenhang begründeten Lebensform[en]“<sup>44</sup> zu überlassen gilt, oder, anders formuliert, als etwas, das vom Recht nicht gestaltet werden kann, sondern ihm unverfügbar vorausliegt.

Es waren prozedurale Mechanismen, nicht zuletzt die Politik der Verfassung und die Inanspruchnahme des gerichtlichen Rechtsschutzes, die es historisch möglich gemacht haben, den „Schein des Selbständigen“ (Hegel) nicht mehr als das „Nichtrechtliche“<sup>45</sup> zu behandeln, sondern der rechtlichen Bearbeitung zugänglich zu machen oder diesen „Schein“ sogar als eine rechtliche Setzung, als Produkt des Rechts selbst erkennbar zu machen.<sup>46</sup> So lässt sich beispielsweise an der US-amerikanischen Rechtsentwicklung, die im Bereich des Diskriminierungsrechts weltweit prägend gewirkt hat, verfolgen, wie rassistische Diskriminierung erst durch die nach dem Bürgerkrieg 1868 in Kraft getretene *equal protection clause* (14. Amendment der US-amerikanischen Verfassung) justizierbar geworden ist.<sup>47</sup> Die Kontroverse um die Auslegung des verfassungsrechtlichen Gleichheitsversprechens ist – denkt man an Jim Crow Laws und die *separate but equal doctrine* nach *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896) – gewiss keine lineare Fortschrittsgeschichte der juristischen Argumentationskunst im Sinne einer emanzipatorisch wirkenden Selbstaufklärung des Rechts. Dennoch scheint es mir evident zu sein, dass erst die prozedurale Verfasstheit des Rechts Bedingungen dafür bereitstellt, dass die jeweils geltenden Gesetze im Lichte des Verfassungsversprechens, das auf die Zukunft hin wirkt, fallbezogen auf den Prüfstand gestellt und Sonderrechtsregime sukzessive abgeschafft werden können.<sup>48</sup>

43 Ebd., 107.

44 So Savigny in Bezug auf die „fest bestimmten, von der individuellen Willkür unabhängigen“ Rollenverhältnisse innerhalb der Familie, vgl. Friedrich Carl von Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. 1, Berlin 1840, § 54, 349 f.; vgl. hierzu als Beispiel für die „dem Recht immanente Gegenmoderne“ Marietta Auer, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, Tübingen 2014, 84.

45 In der Terminologie von Christoph Menke, Recht und Gewalt, 3. Aufl., Berlin 2018.

46 Zu dieser Operation der Kritik am Beispiel der Vergesellschaftung der Klagen: Tatjana Sheplyakova, Recht Schrägstrich Freiheit und umgekehrt. Wiedergelesen: Rudolf Wiethölters „Politik der Aufklärung“, KJ 2019 (= Sonderheft Rechtsbrüche, Spiegelungen der Rechtskritik Rudolf Wiethölters, hg. v. Wielisch), 558–574, insb. 570–574.

47 Vgl. hierzu Katharina Mangolds Kapitel „Fallstudie USA: Das Ringen um Antidiskriminierungsrecht in der Demokratie“, unv. Ms., erscheint in: Anna Katharina Mangold, Demokratische Inklusion durch Recht. Antidiskriminierungsrecht als Ermöglichungsbedingung der demokratischen Begegnung von Freien und Gleichen, Tübingen 2021.

48 Vgl. ebd. zur Rekonstruktion und Darstellung des historischen Kampfes gegen rassistische und später sexistische und andere Formen der Diskriminierung in den USA, der weiter andauert.

Reflexionsgewinne darüber zu erzielen, wie die Ungleichbehandlung zu rechtfertigen ist und wo sie sogar geboten ist,<sup>49</sup> ist ein unabsließbarer Prozess. Reflexionsgewinne dieser Art werden aber überhaupt erst möglich, weil die moderne Rechtsform dies durch ihre spezifische Verfasstheit zulässt. Zu dieser Verfasstheit gehört, dass das Recht „die Bestimmung der normativen Inhalte selbst externalisiert“.<sup>50</sup> Niklas Luhmann hat diesen Mechanismus der Externalisierung, der durch bestimmte Organisationformen (Gewaltenteilung) und Verfahren abgesichert bzw. darin abgebildet wird, mit den Formeln „Sehen *weil* Nichtsehen, Regeln *weil* Nichtregeln“ eingefangen.<sup>51</sup> Damit wollte er zum Ausdruck bringen, dass man es hier mit „reflexive[r] Steuerung“ zu tun hat, die „nicht in den Händen des Staates, sondern in den Händen der Betroffenen [liegt]“.<sup>52</sup> Man kann in dieser Form der Externalisierung ein reines voluntaristisches Herrschaftsinstrument sehen oder sie mit der Krise des Liberalismus verbinden.<sup>53</sup> Oder aber man votiert für eine andere Interpretation und sieht die Funktion der subjektiven Rechte auf der Linie Ernst Blochs in der „Aufhebung“ des objektiven Rechts: „Rechte sind Entitäten ‚aus eigenem Recht‘, die das objektive, herrschende Recht aufheben.“<sup>54</sup> Statt den „Verlust der Sittlichkeit“ mit Hegel zu konstatieren oder zu beklagen, wäre dann aber das ethisch-politische Moment des modernen Rechts selbst, seine Potenz zur Selbstaufklärung zu untersuchen, die jedoch wiederum im entscheidenden Maße von seiner Bindung an Organisationsformen und Verfahrenslogiken abhängt. Diese sind es, die es – im Recht und anderswo – letztlich erlauben, die „Zwangswirkungen der Verbindung von Macht, Wissen, Institutionen und Subjektivierung“<sup>55</sup> aufzuklären.

49 Vgl. etwa Ernst Tugendhats Unterscheidung zwischen „primärer“ und „sekundärer“ Diskriminierung (Ernst Tugendhat, Vorlesungen über Ethik, Frankfurt am Main 1993, 375-391); „das Argument für die prinzipielle Gleichheit aller Menschen [ergibt sich] [...] durch den Ausschluß der primären Diskrimination“, die dann vorliegt, „wenn angenommen wird, daß es eine vorausgehende Wertunterscheidung zwischen den Menschen gibt“, die dazu führt, dass bestimmte Personengruppen faktisch „weniger Rechte“ haben (Rassensegregation an Schulen, Ungleichbehandlung von Frauen, etc.) (377, 375); „sekundäre Diskriminierung“ bezeichnet hingegen „alle Formen der ungleichen Verteilung“ aus Gründen (besondere Bedürftigkeit, Verdienst, etc.), „die sich gleichwohl ergeben können, wenn auf der primären Ebene keine Ungleichheit stattfindet“ (378). Die Realisierung der Gleichheit verlangt mit anderen Worten „Differenzsensibilität“ ebenso wie eine demokratische Verständigung über soziale „Realbedingungen“ von Gleichheit, vgl. dazu Tim Wihl, Aufhebungsrechte, Weilerswist 2019, 17-208, der das prozedurale (im Unterschied zum liberalen und sozialen) Rechtsparadigma durch komplexe Aushandlungsprozesse gekennzeichnet sieht, wie die relevanten Gleichheitsgesichtspunkte: gleiche Zählung, Antidiskriminierung und Chancengleichheit miteinander zu vermitteln sind.

50 Vgl. Niklas Luhmann, Einige Probleme mit „reflexivem Recht“, Zeitschrift für Rechtssoziologie 6 (1985), 1-18 (18).

51 Ebd.

52 Ebd., 12.

53 Siehe für diese Lesart: Christoph Menke, Kritik der Rechte, Berlin 2015 sowie ders., Am Tag der Krise, Berlin 2018, 115-132.

54 Wihl (Fn. 49), 261, siehe auch Tim Wihls Beitrag in diesem Schwerpunkt.

55 Demirović (Fn. 5), 31, mit Bezug auf Michel Foucault, Was ist Kritik? [1978], Berlin 1992, 40 f.