

und der dritten Person (Jurist, Beobachter) ins Bild. Sein Text soll auf kein Zentrum, auf keinen privilegierten Punkt verweisen, von dem aus erzählt, beobachtet und reflektiert wird.

Foucaults Hinweis, daß uns die Welt kein »lesbares Gesicht zuwendet« und »kein Komplize unserer Erkenntnis« ist,⁵⁶ vermag Kennedy in einem fesselnden Beitrag zu einer antiautoritären Rechtsliteratur umzusetzen. Gleichwohl gelingt es ihm nicht, das erkennende Subjekt zum Verschwinden zu bringen. Nicht als objektivierende und bestimmende Autorität, wohl aber als *authentischer* Erzähler bleibt das Autor-Subjekt präsent. Wie sehr er auch auf Wahrheitsansprüche verzichten will, behauptet er doch ständig Authentizität. Hier können nun die Kommunikationsbedürfnisse der Leser und Kritiker einhaken und die Authentizität der Erzählung in Frage stellen. Kennedys implizite Botschaft, daß alles relativ sei, trifft am Ende ihn selbst und lädt zu Vermutungen ein über die Vollständigkeit bzw. Selektivität seines Textes, über klammheimliche normative Überzeugungen und politische Visionen. Und wenn der Autor darüber schweigen möchte? Dann dürfen die Leser ihre theoretische Phantasie in Bewegung setzen und selbst dieses Schweigen dekonstruieren. Ironisch, versteht sich.

Skepsis gegenüber der Rechtsvernunft, und sei sie noch so postmodern und noch so sehr mit Ironie unterlegt, vermag allem Anschein nach der aufklärerischen Moderne nicht zu entrinnen. Auch die ironische Kritik des doktrinären Ernstes muß sich der Sprache der Rationalisten bedienen, muß den Dialog und die Verständigung mit den nicht so oder gar nicht Skeptischen suchen, wenn sie nicht autistisch »leben« will. Das verleiht ihr den Zug des Tragikomischen. Wie Kennedys »Spring Break« wohl am besten illustriert, javiert postmoderne Rechtskritik zwischen Selbstaufklärung und Selbstillusionierung – ständig in Gefahr, sich bei der Aufklärung über Aufklärung in intellektuellem Nomadismus zu verlieren. Freilich gilt auch hier: Wer sich nicht in Gefahr begibt, kommt darin um (W. Biermann).

Ohne Ausstieg aus den großtheoretischen Überbictungsdiskursen, ohne Absage an totalisierende Modelle der Rechtsvernunft ist eine tolerante Rechtstheorie nicht zu haben, die zunächst einmal die Beschädigungen der Moderne kartographisch erfaßt und sodann den Streit darüber, was sein und wie der rasend zerstörerische Fortschritt aufgehalten werden soll, der offenen Gesellschaft der Rechtsinterpreten anvertraut.

Joachim Perels Die Rechtstheorie auf dem Weg zur neuen Beliebigkeit?

Diskussionsbemerkungen zu Günter Frankenberg's »Ernst im Recht«

Frankenberg's anregende Studie, die postmoderne Denkansätze für eine Neubegründung kritischen Rechtsdenkens fruchtbar zu machen versucht, wirft einige Fragen auf, die in einer Zeitschrift, die sich der aufklärerischen Tradition emanzipatorischen Rechtsdenkens verpflichtet weiß, nicht undiskutiert bleiben sollten. Die

⁵⁶ M. Foucault, Die Ordnung des Diskurses (Anm. 2), 36. Diesen Hinweis könnten sich auch die CLS-Kritiker zu Herzen nehmen, die den Crits empirisch-rechtssoziologische Defizite vorhalten (*Klausur et al.*, ZRSoz 1981, 85 ff.), aber ihrerseits wohl ein allzu positiv(istisch)es Verhältnis zur Empirie kultivieren.

folgenden skizzenhaften Bemerkungen, die in ihrer Pointierung bewußt zugespitzt sind und den vielfältigen Ertrag des Textes von Frankenberg – vor allem die seine Thesen bündelnde positiv-kritische Rezeption der amerikanischen Critical Legal Studies – allzusehr vernachlässigen, machen Teile der Debatte, die innerhalb der Redaktion stattgefunden hat, aus meiner Sicht transparent. Daß »die Wahrheit keine fertige Münze ist, die einfach gegeben und eingestrichen werden kann« (Hegel), gilt auch für die nachstehende Kritik. Drei grundlegenden Einwänden setzt sich Frankенbergs Essay in meinen Augen aus.

1. Die im ersten Teil des Aufsatzes entwickelte Linie der Argumentation (die im zweiten Teil in gewisser Weise zurückgenommen wird, weil den Theoretikern der Critical Legal Studies und David Kennedy bei aller Sympathie die Notwendigkeit universeller normativer Orientierung thesenhaft entgegengehalten wird), daß es gelte, den sogenannten Ernst vernunftrechtlicher Konstruktionen und Verheißungen ironisch zu dekonstruieren, qualifiziert Recht in abstrakt-allgemeiner Weise als kritikwürdig. In dieser allgemeinen Form wird nicht mehr zwischen einem herrschaftssichernden Thronen einer vorgeblichen Allgemeinheit des Rechts und einer herrschaftsbegrenzenden, ja herrschaftstranzendierenden Funktion des Rechts, die durch das Mittel der Ironie ihren emanzipatorischen Anspruch verlöre, unterschieden. Das aber führt dazu – so meine These –, daß eine gegen vernunftrechtliche Prinzipien gerichtete »dekonstruktive Ironie« die Grundlagen demokratischen Rechtsdenkens aushöhlt. Wenn man sich nämlich fragt, was eine »gegen die Zwänge des Rationalitätsprojekts« opponierende »dekonstruktive Ironie« konkret bedeuten könnte, so springen die problematischen Konsequenzen ins Auge. Eine Verteidigung der persönlichen und der politischen Freiheitsrechte gegen Anmaßungen des Staatsapparats und ökonomischer Machträger kann allein mit den – wenn man so will – ersten »Zwängen des Rationalitätsprojekts« geleistet werden, das darauf beruht, daß die grundrechtlichen Schranken rational – also mit Vernunftgründen einsehbar und verbindlich – jedermann in gleicher Weise schützen. Dekonstruktive Ironie reißt aber diese Schranken – gewiß wieder die politische Intention von Frankenberg – theoretisch notwendig nieder. Was würde es zum Beispiel bedeuten, wenn man den Begriff der dekonstruktiven Ironie auf die Anwendung des Gleichheitssatzes als Diskriminierungsverbot beziehen würde? Der rationale Anspruch dieser Norm, ihr »Ernst«, wäre nicht aufrechtzuerhalten. Wenn man bedenkt, daß die Durchbrechung vernunftrechtlicher Positionen die Bedingung für die Aufrechterhaltung autoritärer Herrschaft ist, daß die rechtlichen Kriterien, mit denen derartige Herrschaftsformen von der Wurzel her kritisiert werden können, genau in dem universalen Vernunftanspruch der Freiheitsrechte bestehen, so wird deutlich, daß man mit dem Begriff der dekonstruktiven, die Rechtsprinzipien der Aufklärung in Zweifel ziehenden Ironie auf einer abschüssigen Bahn landet, an deren Ende sich das Tor zu einem dezisionistischen Umgang mit Recht öffnet, das vor allem den herrschenden Interessen entgegenkommt. Auch wenn Frankenberg mit der kurzen Bemerkung in der Schlußpassage, »radikale Normskepsis« blende »jede überprüfbare Differenz von Recht und Unrecht aus« und nütze denen, die »ihre Interessen ... notfalls auch ohne Recht durchsetzen können«, diese Gefahr selber benennt, hält er im Widerspruch dazu am Begriff dekonstruktiver Ironie im Umgang mit rationalem Recht fest.

Bedarf es der Erinnerung, daß parallel zur anti-aufklärerischen Ideologie des siegenden Faschismus auch der Kampf gegen das Vernunftrecht geführt wurde, das den abhängigen Schichten Schutz und Aktionsmöglichkeiten gewährte?¹ Carl

¹ E. Fraenkel, *Der Doppelstaat* (1940), Frankfurt am Main 1974, S. 136ff., vgl. auch G. Lukács, *Die Zerstörung der Vernunft*, Neuwied 1962.

Schmitts Schrift aus dem Jahre 1934 über die drei Arten rechtswissenschaftlichen Denkens, die den an die Weimarer Verfassung gebundenen vernunftrechtlichen Normativismus als herrschaftszersetzend kritisiert,² ist das theoretisch anspruchsvollste Zeugnis hierfür. Die Tradition der Vernunftfeindschaft, Legitimationsgrundlage für die Verwandlung von Recht als *ratio* in bloße *voluntas*,³ die auf keinerlei Schranken stößt, müßte zu denken geben, wenn davon gesprochen wird, daß der Gegensatz zwischen den Verfechtern des »vernünftigen Sinns« und den »Irrationalisten« zu überwinden, zu dekonstruieren sei. Allein wenn dieser Gegensatz erhalten bleibt, kann theoretisch und möglicherweise auch praktisch der Damm gegen eine Verwandlung von Recht in eine bloße Herrschaftstechnik bestehen.

2. Die Freisetzung von Formen dekonstruktiver Ironie (wohl unterschieden von konstruktiver Ironie, die den Widerspruch von allgemeinem Rechtsschein und partikularen Interessen lebendig macht, um den rechtlichen Allgemeinheitsanspruch aufrechtzuerhalten) hat zur notwendigen Folge, daß, wie Habermas in seiner Kritik an Derrida eingehend herausgearbeitet hat,⁴ der Wahrheitsanspruch der Wissenschaft und insoweit auch rechtlicher Interpretation aufgelöst wird. So formuliert Frankenberg den im Rahmen eines dekonstruktiven Konzepts konsequenten, dafür aber nicht weniger problematischen Satz: »Ein ironischer Zugang ... lockert die Verklammerungen von Begriffen und Bedeutungen, zwischen Zeichen und bezeichneten Sachen und offenbart: Im gut organisierten juristischen Diskurs ist jeder auf Seiten der Aufklärung und der Gegenklärung.« In dieser Formel wird mit einer unbekümmerten, gleichsam ästhetisierenden Leichtigkeit der Begriff der Gegenklärung als ein positiver Bezugspunkt des juristischen Diskurses ins Spiel gebracht. Der fast spielerisch hoffähig gemachte Begriff der Gegenklärung wird zwar nicht näher bestimmt. In der juristischen Denktradition hat er aber zumindest zwei Merkmale: nämlich die Negation der Volkssouveränität als der »Quintessenz aller Irrtümer und Missetaten«,⁵ welche die göttlich-naturhaften Machtgrundlagen der traditionell Herrschenden außer Kraft setzt, und die Negation der rechtlichen Gleichheit,⁶ welche der juristischen Fixierung gesellschaftlicher Hierarchien im Wege steht. Wie kann diese gegenauklärerische Gedankenwelt mit den entgegengesetzten Prinzipien des demokratischen Verfassungsstaates zusammengebracht werden? Dies ist nur möglich, wenn das Problem gegenständlicher Wahrheit – der Zusammenhang von »Begriffen und Bedeutungen, zwischen Zeichen und bezeichneten Sachen« – gelockert wird.

Entsprechend zieht Frankenberg aus der Losung der Critical Legal Studies – »take rights lightly« – die Folgerung: »Nicht das Rechtsprojekt der Moderne wird damit verraten, sondern das offene Geheimnis des juristischen Diskurses: daß innerhalb der akademischen Regeln mit dem Recht so gut wie alles machbar und mehr oder weniger gut begründbar ist.« Dieser Gedanke kehrt leitmotivisch immer wieder. So

² C. Schmitt, *Über die drei Arten rechtswissenschaftlichen Denkens*, Hamburg 1934.

³ Vgl. F. Neumann, *Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft* (1937), in: ders., *Demokratischer und autoritärer Staat*, Frankfurt am Main 1967, S. 31 ff., ders., *Behemoth. Struktur und Praxis des Nationalsozialismus* (1942/44), Köln 1977, S. 509 ff. Zwar setzt Neumann zu unvermittelt voraus, daß die Prinzipien rationalen Rechts in der konkurrenzkapitalistischen Periode (für das Bürgertum) realisiert wurden. Das berührt aber nicht den überschießenden Geltungsanspruch eines allein durch Kriterien der Vernunft zu legitimierenden Rechts.

⁴ J. Habermas, *Der philosophische Diskurs der Moderne*, Frankfurt am Main 1985, S. 191 ff. (214); vgl. auch L. Ferry/A. Renant, *Antihumanistisches Denken. Gegen die französischen Meisterphilosophen*, München 1987, S. 25 ff.

⁵ F. Gentz, *Fragmente aus der neuesten Geschichte des politischen Gleichgewichts in Europa*, Petersburg 1806, S. XXXIV zit. nach K. Griewank, *Der neuzeitliche Revolutionsbegriff* (1955), Frankfurt am Main 1973, S. 202.

⁶ E. Burke, *Betrachtungen über die Französische Revolution* (1790), Frankfurt am Main 1967, S. 90 ff.

heißt es mit Blick auf den postmodernen Eklektizismus: »Alles fließt – theoretisch; alles geht – methodisch.« Aus der Tatsache, daß versucht wird, rechtlich alles mehr oder minder gut zu begründen, aus der – wenn man so will – postmodernen, versatzstückreichen Begründungsfülle folgt nun aber keineswegs, daß damit jedes beliebige Argument stimmig und im Blick auf den Normtext triftig wäre. Das Erscheinungsbild einer diffusen Argumentationsvielfalt darf nicht zu dem Fehlschluß verleiten, daß damit das Prinzip des »anything goes« proklamiert werden müßte.

Wenn dies nämlich zutreffen sollte, zieht Frankenberg seinen eigenen Aufsätzen⁷ gegen die Etablierung von Meta-Grundrechten des Staates, gegen die Entgrenzung des Gewaltbegriffs und seine Anwendung auf passive Resistenz, gegen die Qualifizierung von NS-Terrorinstitutionen als Gerichten, gegen vordemokratische Beschränkungen der Demonstrationfreiheit, gegen die asylrechtswidrige Aushöhlung des Schutzes vor Folter den Boden unter den Füßen weg. Sobald »mit dem Recht so gut wie alles machbar und mehr oder weniger gut begründbar ist«, löst sich der Anspruch einer mindestens tendenziellen Übereinstimmung von Begriff und Sache – juristisch von Norm und Sachverhalt – auf. Das führt zu jener Konsequenz, die Hegel, einer jener Denker, die in den postmodernen »Strategien des Vergessens« (B. Schmidt) für erledigt erklärt werden, so charakterisiert hat: »Wenn ein Mensch sich nicht auf die Natur und den Begriff der Sache oder wenigstens auf Gründe, die Verstandesallgemeinheit beruft . . . , [verweigert] er sich dadurch der Gemeinschaft der Vernünftigkeit, [schließt] sich in seine isolierte Subjektivität, die Partikularität, ein . . .«⁸ Indem sich nämlich der Wahrheitsanspruch in den Gestus der Beliebigkeit auflöst, verschwindet notwendig auch der Gegenstand, in Bezug auf den sich zwar nicht überhaupt – wie noch in der Selbstgewißheit des absoluten Idealismus – aber doch wenigstens dem Anspruch nach entscheiden läßt, ob ein (Rechts-)Argument den Geltungsanspruch der jeweiligen Norm tendenziell trifft oder nicht. Es ist kein Zufall, daß in dem gesamten Text von Frankenberg nicht an einer einzigen Rechtsfrage die postmoderne Dekonstruktion der Verstandesallgemeinheit erprobt würde: Dekonstruktion als Interpretationspraxis ist notwendig nicht mehr an einem – wie auch immer subjektiv vermittelten – objektiven Gegenstand orientiert. Sobald die Kombinationsfülle von rechtlichen Gesichtspunkten um einen bestimmten Streitpunkt zentriert wird, löst sich das dekonstruktive Verfahren von selbst auf. Es wird genötigt, in eine an die Verstandesallgemeinheit appellierende Diskussion einzutreten, die ohne Wahrheitsanspruch sinnlos wäre.

Ein Beispiel mag dies verdeutlichen: Die verfassungsrechtliche Frage, ob die steuerliche Absetzbarkeit von Parteispenden in Höhe von 100 000 Mark durch den staatlichen Anteilsausgleich für die durch Spenden nicht begünstigten Parteien die Gefahr einer privilegierten Einflußnahme kapitalkräftiger Kreise auf die staatliche Willensbildung bannet, kann nicht gleichzeitig mit ja und mit nein beantwortet werden – in dem Sinne, daß so gut wie alles mehr oder weniger gut begründbar ist. Vielmehr ist das von Böckenförde in einem Sondervotum herangezogene Argument, daß die Sicherung der Konkurrenzgleichheit der Parteien und die Einflußmöglich-

7 G. Frankenberg, Angst im Rechtsstaat, KJ H. 4/1977, S. 353 ff., ders., Passive Resistenz ist keine Nötigung, KJ H. 3/1985, S. 301 ff., ders./F. J. Müller, Juristische Vergangenheitsbewältigung, KJ H. 2/1983, S. 145 ff., ders., Demonstrationfreiheit – eine verfassungsrechtliche Skizze, KJ H. 1/1981, S. 370 ff., ders., Politisches Asyl – ein Menschenrecht? KJ H. 1/1987, S. 17 ff., vgl. auch ders., U. Rödel, Von der Volkssouveränität zum Minderheitenschutz. Die Freiheit politischer Kommunikation im Verfassungsstaat, Frankfurt am Main 1981.

8 G. W. F. Hegel, Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften (1830), Werke Bd. 10 ed. Moldenhauer/Michel, Frankfurt am Main 1970, § 474.

keit der einzelnen Staatsbürger auf den Prozeß der politischen Willensbildung zwei verschiedene Fragestellungen betreffen, nicht von der Hand zu weisen. Durch die Konkurrenzgleichheit der Parteien wird die Ungleichheit hinsichtlich der Einwirkung einzelner Staatsbürger auf den politischen Willensbildungsprozeß überhaupt nicht tangiert. Der privilegierte Zugriff bestimmter Wirtschaftsgruppen auf die ihnen nahestehenden Parteien und die damit implizit einhergehende Ausschließung anderer zumal lohnabhängiger Schichten von einer derartigen Einflußnahme wird durch den Anteilsausgleich unter den Parteien nicht berührt. Die Durchbrechung des Gleichheitssatzes in Form der Privilegierung bestimmter Staatsbürger und der Diskriminierung anderer Staatsbürger im Blick auf die Teilnahme an der politischen Willensbildung ist somit gegeben.⁹ Kurz: Ohne Wahrheitsansprüche zu stellen, gibt es keinen wissenschaftlichen, von der Setzung von Beliebigkeiten unterscheidbaren Diskurs.

3. Wenn die Wahrheitsfrage rechtstheoretisch suspendiert wird, fällt auch der weitere in ihr enthaltene Aspekt heraus: die Antizipation eines anderen Zustands, der durch ein kritisches Urteil postuliert wird. Bloch nennt diesen Aspekt den Fortbildungscharakter der Wahrheit¹⁰ – im Unterschied zum Abbildungscharakter der Wahrheit. Die Aufhebung des kritischen Antizipationscharakters von Wahrheit, der die gesamte Tradition aufklärerischen Rechtsdenkens bis heute prägt, findet bei Frankenberg seine Begründung in dem real drohenden Schrecken des Weltuntergangs, der die Sphäre des Antizipatorischen – einer gerechteren und freieren Gesellschaft – verschwinden lasse: »... Jenseits von dem, was sein soll ... , wird uns die Perspektive einer friedlich-unfriedlichen Zerstörung aufgenötigt, »einer Zerstörung ohne Rest, ohne Trauer und ohne symbolische Bedeutung«. Insofern leben wir in einem »post-apokalyptischen Zeitalter«, das uns ... nötigt, das Undenkbare, weil es herstellbar ist, zu denken: die totale Zerstörung. In Hinsicht darauf verschmilzt die Faktizität mit der Kontrafaktizität.« In dem von Derrida entlehnten Begriff des postapokalyptischen Zeitalters tritt das Problematische der These einer Verschmelzung von Faktizität und Normativität an den Tag. Der Begriff des Postapokalyptischen wäre ja nur sinnvoll, wenn die Apokalypse bereits eingetreten wäre; dies ist nun aber, trotz der uns ängstigenden atomaren Bedrohung, nicht der Fall. Wenn die Selbstvernichtung der Menschheit Wirklichkeit würde, hätte Frankenberg vollkommen recht, weil eine bessere Welt jenseits der zerstörten schlechterdings unmöglich wäre. Solange die fundamentale Differenz von – zunächst nur relativem – Frieden und atomarem Selbstmord und die wie immer geringe Chance der Einflußnahme auf diese Alternative besteht, erscheint es unangemessen, die durch keine gegenständliche Realität gedeckte Formel des Postapokalyptischen zu verwenden. Denn damit wird die zwar ungewisse, prinzipiell aber gegebene Möglichkeit, dem atomaren Rüstungswahnsinn durch kontrafaktische Prinzipien einer anderen Ordnung entgegenzutreten, preisgegeben. Frankenberg formuliert demgegenüber, die »eisernen Rationalisten« müßten das »(post)apokalyptische Spiel ... anders kommentieren als kontrafaktisch«, ohne daß diese postulierte Alternative auch nur angedeutet, geschweige denn entwickelt würde. Zugleich heißt es, daß die Prinzipien von Freiheit und Gleichheit, von individueller Freiheit und sozialer Gerechtigkeit nicht ausreichen, ja möglicherweise davor abdankten, den »destruktiven Wahnsinn der Atom-, Gen-, und sonstigen -technologien normativ zu bändigen«. Diese Behauptung, die eher gestisch vorgetragen als begründet wird, übersieht, daß die erst noch zu

⁹ BVerfGE 73, S. 110 ff.

¹⁰ E. Bloch, *Experimentum Mundi*, Frankfurt am Main 1975, S. 60 ff.; vgl. auch M. Horkheimer, *Zum Problem der Wahrheit* (1935), in: ders., *Kritische Theorie* Bd. I, Frankfurt am Main 1968, S. 228 ff.

realisierende gesellschaftliche Verankerung der Prinzipien von Freiheit und Gleichheit eine Schranke gegen den selbstdestruktiven technologischen Prozeß errichten könnte. Dagegen bleibt ein ironisch-kontemplatives und nur entsetztes Starren auf den Lauf der Geschichte trotz der Schärfe des kritischen Blicks doch dem Bann des Bestehenden unterworfen. Wenn die Verfügung über den gesellschaftlichen und technologischen Prozeß tatsächlich in die Hände der in gleicher Weise freien Individuen gelegt würde, bestünde die Möglichkeit, die Herrschaft der instrumentellen Vernunft geregelten Wahnsinns zu durchbrechen. Eine derartige Utopie wird durch die entgegengesetzte Faktizität der ökonomischen und technologischen Destruktivkräfte nicht widerlegt, sondern gerade angestachelt – ohne daß die Gewißheit bestünde, daß die Utopie einer freieren Gesellschaft, die die technisch-wissenschaftlichen Kräfte des modernen Zauberlehrlings unter ihre Kontrolle brächte, den Sieg davon trüge oder notwendig scheitern müßte. Über diese Alternative entscheidet die politische Auseinandersetzung.