

AUFSÄTZE

Andreas Engelmann

Recht als institutionelles Projekt

Zur Institution und Interpretation des Rechts

Dass Recht als ein „institutionelles Projekt“ begriffen werden kann und welche Konsequenzen diese Perspektivnahme für die Rechtswissenschaft hat, soll auf den nächsten Seiten dargestellt werden. Dabei geht es mir nicht um eine Pflege spezifisch akademischer Diskurse. Denn obwohl Theorie innerhalb der Rechtswissenschaft oft als verzichtbar wahrgenommen wird, bestimmen die Selbstbilder der Rechtswissenschaft die rechtlichen Verfahren und Ordnungsmuster ganz wesentlich. Das gilt gerade dann, wenn sich die Rechtswissenschaft darüber nicht bewusst ist und der Erforschung dieser Selbstbilder keinen eigenständigen Wert beimisst. Recht und Rechtsgeltung mit dem Doppelbegriff des „institutionellen Projekts“ zu beschreiben, heißt, das Augenmerk stärker und erneut auf die „Institution“ und die „Interpretation“ des Rechts zu legen. Diese beiden Aspekte, die „für das praktische Leben“¹ (BGH) oft so behandelt werden, als seien sie unabhängig voneinander, können – so meine These – immer nur *gleichzeitig* auftreten: In der Verwendung von Recht stellt sich die Frage, ob etwas gilt und was es bedeutet, immer zugleich: Zu wissen, dass ein Rechtssatz „gilt“, dessen Bedeutung unbekannt ist, ist rechtlich ebenso sinnlos, wie die Bedeutung eines „Rechtssatzes“ zu wissen kennen, der leider nicht gilt. Die Gleichzeitigkeit von Geltung und Bedeutung erfordert ein neues und teils kontraintuitives Verständnis davon, wie Recht instituiert und interpretiert wird. Der Begriff der *Institution* verweist dabei auf die außerrechtlichen Voraussetzungen von Rechtsgeltung und der Begriff des *Projekts* verweist darauf, dass es Rechtsgeltung immer nur gibt, indem Recht fortgesetzt und auf die Zukunft bezogen wird. Nach einer bereits von Konrad Hesse verwendeten Formulierung lässt sich der Sachverhalt auch so beschreiben, dass uns Recht nicht nur „gegeben“ ist (als Institution), sondern immer auch „aufgegeben“ ist (als Projekt).² Weil es einen „Geltungseffekt“ nur im Prozess eines ständigen Selbstvollzuges geben kann, muss Recht immer wieder und immer gegenwärtig instituiert und interpretiert werden oder – anders formuliert –: Diese fortgesetzte Institution und Interpretation ist, was Recht heißt. Deswegen können Recht und Rechtsgeltung nicht, wie ich im ersten Abschnitt zeige, durch eine Figur der „Rückführung“ oder eines „Ori-

1 Die Formulierung bezieht sich auf den Grad an Gewissheit, der zur Verurteilung notwendig ist, BGH, Urteil vom 11. Dezember 2012 – VI ZR 314/10, NJW 2013, 790.

2 Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Heidelberg 1999, 5.

DOI: 10.5771/0023-4834-2020-4-500

ginals“ begriffen werden, ein dahingehendes Selbstbild der Rechtswissenschaft steht einem Verständnis rechtlicher Vollzüge gerade im Wege. Im zweiten Abschnitt wird es darum gehen, welche Bedeutung in dieser Konstruktion dem Begriff „Institution“ zukommt, während es im dritten und letzten Abschnitt darum geht, welche Praktiken sich hinter dem Begriff „Interpretation“ verbergen.

1. Vom Selbstbild des rechtlichen „Staffellaufs“

Rechts- und Rechtsgeltungsdiskurse konzentrieren sich, so meine These, zu sehr auf die Frage der Herkunft: Woher kommt das Recht, woher seine Autorität und Legitimität? Diese Frage gilt als Kernfrage jeder Rechtsanwendung und zugleich als eine Frage an die Vergangenheit: als müsse man nur die richtige Quelle finden, um zu wissen, was Recht ist, warum es gilt und warum es gelten soll. Bemerkenswert ist dieser Diskurs, weil zwar einerseits die Wichtigkeit der theoretischen Fundierung oder Rückführung von Rechtsgeltung „bei jeder Rechtsfrage“ gebetsmühlenartig wiederholt wird,³ das Ergebnis dieser Auseinandersetzung aber andererseits für die praktische Verwendung von Recht keine Rolle zu spielen scheint. In der Praxis genügt man sich bestenfalls mit der meist latent bleibenden Vorstellung, dass „zumindest für das nationale Recht“ klar sein soll, dass Recht gilt, weil es „durch die Verfassung“ in Geltung gesetzt wurde.⁴ Wenn das aber des Pudels Kern wäre, so könnte man auf eine rechtstheoretische Begründung von Recht tatsächlich ohne Verlust verzichten, denn mit dieser „Begründung“ ist von den Phänomenen, Tiefen und Bedingungen des „geltenden Rechts“ noch nichts geklärt. Christoph Menke hat die Diskussion einmal mit den Worten zusammengefasst: „Recht gilt, weil es gesetzt wird. Aber weiter kommt man nicht.“ Je nach eigener Anschauung endet die „Begründung“ des rechtlichen Geltungsbefehls bei der Verfassung (Röhl) oder einer „Grundnorm“ (Kelsen), aber es fällt ins Auge, dass die jeweilige Begründung für die Verwendung von Recht keinen Unterschied macht. Die theoretisch alles entscheidende Herkunftsfrage scheint praktisch folgenlos zu sein; ob jemand Kelsen, Ehrlich oder dem Rechtsskeptizismus folgt, hat auf die praktische Arbeit der Person keinen sichtbaren Einfluss. Aber auch theoretisch scheint die Diskussion nicht übermäßig fruchtbar: So kommt eine jüngere Monographie zum Thema Rechtsgeltung trotz neokantianischer Grundausrichtung und strenger Kelsenlektüre zu dem defaitistischen Ergebnis, dass jede Geltungsbegründung in einer „Geltungsaporie“ enden müsse, weil weder die „Moral“ noch das „Naturrecht“ einen hinreichend verbindlichen Geltungsgrund des Rechts liefern können, das „positive Recht“ auf diese Art von verbindlichem Geltungsgrund aber angewiesen sei.⁵ Das Kontrastbild zu diesem Defaitismus ist der alltägliche Umgang mit Recht als sozialer Institution, der von seiner eigenen Ausweglosigkeit (*aporia*) nichts zu wissen oder zu bemerken scheint.

Die endlose Suche nach einem Ursprung ist kein Spleen der Rechtstheorie, sondern wurzelt in den eingespielten und gelebten Selbstbildern der Rechtsgemeinschaft. In den

3 Rupert Schreiber, Die Geltung von Rechtsnormen, Berlin/Heidelberg 1966, 1.

4 So etwa in dem klassischen Lehrbuch Klaus Röhl/Hans-Christian Röhl, Allgemeine Rechtslehre, München 2008, 307: „Mit dieser Lehre lässt sich die Geltung einer Rechtsnorm bis zur Verfassung zurückverfolgen. Aber das Problem, wie die Geltung der Verfassung zu erklären sei, ist noch offen.“ – Was aber augenscheinlich keine Auswirkung auf seine Brauchbarkeit hat!

5 Stephan Meyer, Juristische Geltung als Verbindlichkeit, Tübingen 2011, 283.

wissenschaftlichen Diskursen zu „Geltung“ und „Interpretation“ geht die Rechtswissenschaft fast durchgehend davon aus, dass sich diese beiden Themen „für das praktische Leben“ (BGH) separat voneinander behandeln und verstehen lassen. Die „Rückführung“ des Rechts findet dann regelmäßig durch einen Rekurs auf den Geltungsbegriff statt, die „Weiterführung“ des Rechts durch einen Rekurs auf den Begriff der Interpretation. Der Geltungsgrund des Rechts soll seine Einheit garantieren, die Interpretation soll seine Grenzen wahren. Durch die Operationen von Rückführung und Weiterführung soll sichergestellt werden, dass „das gleiche Recht“ fortgesetzt wird oder die „Identität des Rechts“ bewahrt wird, das steht im Zentrum des Interesses. Die Vorstellung, die dem zugrunde liegt, lässt sich mit einem „Staffellauf“ vergleichen: Von der Setzung des Rechts bis zu seiner letzten Verwendung wird im Akt der Anwendung oder Konkretisierung eine Staffel (der „Geltungsbefehl“) weitergereicht. Auch wenn sich der Kontext ändert, bleibt es die *gleiche* Staffel, die weitergetragen wird. In diesem Sinne ist auch Christoph Möllers Beharren auf einer formalisierten „Autorisierung“ des Rechts und der „Rückführung“ jeder Verwendung von Recht auf ein „Original“ zu verstehen. Nur durch diese „Kette“ lässt sich für Möllers sicherstellen, dass das Recht seine Identität wahrt, dass es „unterscheidbar“ von anderen sozialen Praktiken bleibt und „illegitime Normsetzer“ zurückgedrängt werden.⁶ Anders gesprochen kann nur die Annahme einer „Einheit“, „Identität“ oder „Rückführbarkeit“ des Rechts sicherstellen, dass die Rechtswissenschaft einen spezifischen und feststellbaren (eigenen) Gegenstand hat. Das Problem mit dieser Vorstellung ist allerdings, dass die Verwendung von Texten, die Weitergabe von Bedeutung und die Komplexität sozialer Institutionen unter Wert behandelt wird, wenn man sie wie einen Staffellauf konzipiert.

Recht ohne Garantie

Die Idee, dass Bedeutung weitergegeben werden kann wie eine Staffel, dass die Autorisierung des Rechts durch Formalisierung geschieht oder dass Anwendung ein Prozess ist, in dem etwas aus einer Rechtsnorm „abgeleitet“ wird, erscheint seltsam unberührt von sprachphilosophischen, linguistischen und kulturwissenschaftlichen Diskussionen und Erkenntnissen und stark darauf fokussiert, bestimmte Selbstbilder der Rechtswissenschaft von der „Einheit“, der „Identität“ und dem „Proprium“ des Rechts aufrechtzuerhalten. Der Wissenschaftsrat hatte bereits 2012 darauf aufmerksam gemacht, dass innerhalb der Rechtswissenschaft eine erstaunliche Weigerung besteht, das Wissen aus thematisch verwandten Wissenschaftsfeldern zu importieren oder zumindest zu registrieren.⁷ Von dieser Kritik hatte sich die Rechtswissenschaft unbeeindruckt gezeigt, weil sie sich selbst davon überzeigte, dass der Wissenschaftsrat gar nicht richtig verstehe, wozu sie, die Rechtswissenschaft, berufen sei. Der rasche Blick auf das Wissen der anderen, so wurde argumentiert, behindere die Arbeit an der „Eigenlogik“ des rechtlichen Feldes, an ihrem „Proprium“.⁸ Die Gründungsprämisse der Rechtswissenschaft lautet, dass rechtliche Praktiken etwas grundsätzlich anderes sind als andere „soziale Praktiken“ und diese

6 Statt vieler Christoph Möllers, *Die Möglichkeit der Normen*, Berlin 2015, 271 ff.

7 <https://www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/2558-12.pdf>.

8 Nils Jansen, *Bildet Anwälte des Rechts, nicht Rechtstechniker*, Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 7.1.2015, N 4.

Gründungsprämisse hat Christoph Möllers in „Die Möglichkeit der Normen“, bei allen Feinheiten und Abschattungen im Detail, grundsätzlich wiederholt.⁹

Der Vorschlag, Rechtsgeltung als kulturelles und institutionelles Projekt zu verstehen, weicht von dem Modell einer Rückführung, eines Originals oder Staffellaufs dagegen in grundlegender Weise ab. Zunächst geht diese These davon aus, dass die Setzung von Recht immer in der Gegenwart stattfindet. Niklas Luhmann hatte das in „Legitimation durch Verfahren“ auf die Formulierung gebracht, dass im „Zuge der Rechtsanwendung immer mitentschieden [wird], was als Recht gilt [...]“. Der Akt der Rechtsetzung wird so in die Gegenwart verlegt. Weiter heißt es bei Luhmann: Die rechtlichen „Begriffe“ und „Regeln“ „nach denen entschieden wird, kommen gleich ontifiziert auf die Welt, sie werden als Tatsachen behandelt, so als ob sie nicht gemacht, sondern nur entdeckt und interpretiert worden wären.“¹⁰ Dieses „Als Ob“ ist hier natürlich entscheidend, denn es besagt, dass wir uns tatsächlich auf etwas „als“ Vergangenheit, Ursprung oder Original beziehen, was wir in diesem Moment dazu gemacht haben oder, anders formuliert, was das Resultat eines sozialen Prozesses, und damit ein *Werden*, ist. Das „Als Ob“ bezeichnet deswegen auch keineswegs einen Irrtum, sondern einen bestimmten Modus des sozialen Vollzugs von Recht. Das hat nicht nur Konsequenzen für die gegenwärtige Verwendung von Recht, sondern auch für die zukünftige. Denn wenn sich erst im „Zuge der Rechtsanwendung“ entscheidet, „was als Recht gilt“, dann kann die gegenwärtige Rechtsanwendung zukünftige Entscheidungen nicht determinieren. In „Das Recht der Gesellschaft“ hatte Luhmann daraus die These abgeleitet, dass „das Recht keine bindende Gewalt“ habe und „nur aus Kommunikationen und Strukturablagerungen von Kommunikationen“ bestehe.¹¹ Was Luhmann auf „Strukturablagerungen von Kommunikationen“ reduziert, wird hier breiter als kultureller und „institutioneller“ Charakter des Rechts aufgefasst und auf weit mehr als primär rechtliche Kommunikationen bezogen. Wichtiger noch ist aber, dass die Setzung von Recht in diesem Modell kein „vergänger“ Akt ist, an den wir uns in der Gegenwart nur „erinnern“, sondern ein gegenwärtiger Akt der Setzung der Vergangenheit. Recht ist, wie jedes Bedeutungsphänomen, retroaktiv; es bestimmt die Vergangenheit: Etwas wird diese oder jene Bedeutung gehabt haben, etwas wird diesen oder jenen Geltungseffekt bewirkt haben; aber es führt keine Kette einer substanziell verstandenen Selbstidentität von einem ursprünglichen Setzungsakt bis in die Zukunft möglicher Anwendungsfälle von Recht. Wenn eine „Kette“ geknüpft werden kann, dann immer nur *ex post*, als „Rationalisierung“ dessen, was man getan haben und was passiert sein wird. Die „Quelle“, hatte Derrida diese Beziehung einmal auf ein Bild gebracht, ist immer der „Reflex ihrer Wirkungen“, ihrer „Teilungen und Verzweigungen“, ohne die es keine Quelle gäbe.¹² Quelle oder Ursprung zu sein, ist immer das „Resultat eines Werdens“ und nicht die Folge einer Reihe von Übergaben einer Staffel. Diese Einsicht kann dabei helfen, Recht auf ein postfundamentalistisches Beschreibungsniveau zu bringen und es in seinen Vollzügen zu beschreiben, statt es auf eine (am Ende leere) Garantie zurückzuführen (Grundnorm, Verfassung, Rechtspraxis, geteilte Überzeugung).

9 Zu den Problemen mit dieser Vorstellung ausführlich Andreas Engelmann, Rezension zu ‚Die Möglichkeit der Normen‘, Kritische Justiz 2019, 225-230.

10 Niklas Luhmann, Legitimation durch Verfahren, Frankfurt am Main 1969, 139.

11 Niklas Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt am Main 1993, 33.

12 Jacques Derrida, Randgänge der Philosophie, Wien 1988, 264: „Die Quelle selbst ist die Wirkung von dem, (als) dessen Ursprung (man) sie angibt.“

2. Ein neuer Institutionenbegriff des Rechts

Wenn Recht nicht als Staffellauf verstanden werden kann, hat das Auswirkungen darauf, welche Institutionen als rechtliche gelten können und wie sie zu verstehen sind: Wir sind dann gezwungen, bei der Rekonstruktion des Rechts auf einer anderen Ebene anzusetzen als bei den bereits etablierten hoheitlichen Bürokratien. Recht als einen gegenwärtigen Vollzug zu deuten, in dem ein Geltungseffekt produziert wird, dürfte dabei helfen, sich von wenig überzeugenden Rückführungs- und Identitätsphantasien zu lösen. Gleichzeitig ruft es die Frage auf, was es stattdessen ist, das „Recht“ als eigenständige soziale Praxis möglich macht und was Recht von den Tischregeln des viktorianischen Englands oder den Heiratsregeln der Mbuti unterscheidet. Dieser Unterschied – das ist entscheidend – kann nicht in einer Substanz gesucht werden (Verfassung, Gesetz, Urteil, Siegel, Gesetzgeber, hoheitlicher Zwang, demokratischer Volkswille). Das liegt einerseits daran, dass sich erst im Prozess der Verwendung zeigt, welche Bedeutung eine Kommunikation gehabt haben wird und welchen Geltungseffekt eine Rechtsquelle bewirkt haben wird; es liegt aber auch daran, dass jedes Gesetz, Urteil und jedes Siegel selbst potentiell rechtlos oder rechtswidrig gewesen sein kann, dass mit dem Verweis auf ein Gesetz seine Interpretation, mit dem Verweis auf ein Siegel seine Gültigkeit noch nicht bewiesen ist. Weil Geltung ein gegenwärtiger Effekt ist, der durch die normative Bezugnahme auf etwas „als Recht“ entsteht, stellt sich die Zuordnung von Recht immer auch als tautologisch heraus: *Das Recht ist das Recht*, aber kein Siegel, kein Original und keine „Kette“ zum „Ursprung“ wird das ein für alle Mal garantieren können. Auch der Verweis darauf, dass etwas ein „demokratischer Volkswille“ ist oder hier ein Fall von „hoheitlichem Zwang“ und nicht von Amtsanmaßung vorliegt, kann immer nur in der Gegenwart passieren. Die Auffassung, nach der „das Recht das Recht“ ist, habe ich an anderer Stelle als „Rechtsglauben“ bezeichnet und die Gestalt, Form und Bedingungen dieses Glaubens ausbuchstabiert.¹³ Wie jeder „Glaube“ ist der „Rechtsglaube“ darauf angewiesen, dass er auf eine Welt trifft, auf die er sich beziehen kann, die ihm nicht grundsätzlich entgegenarbeitet, wobei Ludwik Flecks Formulierung eines „gerichteten Wahrnehmens“ den Sachverhalt besonders gut erfasst.¹⁴ Einerseits muss die Wahrnehmung ausgerichtet oder kalibriert sein, um überhaupt etwas scharf stellen zu können; andererseits ist sie „auf etwas“ ausgerichtet, was sie grundsätzlich erfassen können muss. Der Rechtsglaube, wie jeder Glaube, beruht auf einem Vertrauen, das enttäuscht und frustriert und dementsprechend auch entzogen werden kann.

Diese Gefahr lässt sich nicht grundsätzlich ausschließen. Wer sich einmal davon überzeugt hat, dass die Bundesrepublik „in Wirklichkeit“ eine GmbH ist und die Bürgerinnen und Bürger „in Wirklichkeit“ ihre Angestellten sind oder wer sich dahingehend radikalisiert hat zu glauben, der Selbsteintritt der Bundesrepublik in Asylverfahren im Jahr 2015 habe „den Rechtsstaat aus den Angeln gehoben“, wie es die ehemaligen Verfassungsrichter di Fabio und Papier getan haben, der hat den Rechtskredit entzogen und seine Wahrnehmung grundsätzlich „neu“ ausgerichtet. Die ebenso endlosen wie frustlosen fachlichen Diskussionen über die Dublin III-Verordnung veranschaulichen, dass es

13 Andreas Engelmann, *Rechtsgeltung als institutionelles Projekt*, Weilerwist 2020, Kapitel 3 („Rechtsglaube“).

14 Ludwik Fleck, *Entstehung und Entwicklung einer wissenschaftlichen Tatsache*, Frankfurt am Main 1980, 121.

gar nicht mehr dieselbe Wirklichkeit ist, die dem Streit zugrunde liegt. In die entgegengesetzte Richtung zeigt der Rechtsglaube seine Wirkung, wenn etwa im Zuge des Gesundheitsschutzes im Wege einer gemeindlichen Allgemeinverfügung bis in den privatesten Bereich der eigenen Haushaltsführung hineinregiert wird, ohne dass dies ernsthafte Fragen zur Rechtmäßigkeit dieses Verwaltungsaktes aufwirft. Allgemeiner gesprochen heißt das, dass im alltäglichen Geschehen die Welt und unsere Wahrnehmung von ihr so instituiert sein müssen, dass eine gewisse Kompatibilität zwischen beiden gewahrt bleibt, damit die kleineren und größeren Frustrationen mit dem Recht nicht zu einer Auflösung des Rechtsglaubens und einem Entzug des Rechtskredits führen. Diese Frustrationen entspringen nicht nur Extremsituationen, Machtmissbrauch oder hoheitlicher Willkür. Sie sind im ganz „normalen“ Funktionieren des Rechts angelegt, das einerseits kontrafaktisch und andererseits interpretationsoffen ist: Kontrafaktisch ist Recht, weil es zur Not auf eine von ihm abweichende Wirklichkeit einwirken können soll, sonst hat es keine Kraft; interpretationsoffen ist Recht, weil sich seine Bedeutung immer erst innerhalb von Deutungs- und Verwendungsprozessen formt und zu erkennen gibt. Darin liegen zwei bedeutende Quellen für Frustrationen des Rechtsglaubens, weshalb es, mit einem Begriff von Wittgenstein, einer „Selbstverständlichkeit“ zur Aufrechterhaltung der gelebten Rechtswelt bedarf, die nur institutionell produziert und reproduziert werden kann. Nur solange sich das, was vorgeht, in gewisser Weise „von selbst versteht“, bleibt die Wahrnehmung stabil, dass sich alles nach Recht und Ordnung vollziehe. Die Institutionen, durch die das geschieht, sind nicht nur und nicht einmal primär diejenigen, die immer wieder in affirmativer oder kritischer Absicht mit dem Recht identifiziert werden (Gesetzgeber, Gerichte, Polizei), sondern sie setzen auf einer viel grundlegenden Ebene ein.¹⁵

Institutionelle Selbstverständlichkeiten

Einen äußerst gewinnbringenden Zugang zu einem Begriff gesellschaftlicher Institutionen bietet, auch wenn das vielleicht überraschen mag, die Regeltheorie von Ludwig Wittgenstein. In den *Philosophischen Untersuchungen* wendet sich Wittgenstein der Frage zu, was es eigentlich heißt, einer Regel zu folgen. Wittgenstein sagt dazu, dass Regelfolgen eine „Praxis“ ist, dass man einer Regel „blind“ folgt und „nicht wählt“.¹⁶ Dass man einer Regel blind folgt, bedeutet, dass die Regel den Weg vorgibt, weil es sonst keinen Sinn hätte, von einem „Folgen“ zu sprechen. Eine Komplikation tritt aber deshalb auf, weil Regeln, wie auch immer sie formuliert sind, ihre Anwendung nicht abschließend vorwegnehmen können. Dieses unter dem Begriff der „Unbestimmtheit“ auch dem Rechtspositivismus stets bekannte Problem¹⁷ wird bei Wittgenstein jedoch ernstgenommen. Was auch immer man tut, wie präzise man die Regel formuliert: „Wie viele Regeln immer du mir angibst – ich gebe dir eine Regel, die meine Verwendung deiner Regel rechtfertigt.“¹⁸

15 Louis Althusser, *Ideologie und ideologische Staatsapparate*, Hamburg/Westberlin 1977, 115 („Polizei, Gerichte, Gefängnisse, Armee“).

16 Ludwig Wittgenstein, *Philosophische Untersuchungen*, Frankfurt am Main 2003, 140.

17 Siehe exemplarisch: Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Wien 1934, 91; Adolf Merkl, *Das doppelte Rechtsantlitz*, in *Gesammelte Schriften I/1*, Berlin 1999, 249.

18 Ludwig Wittgenstein, *Bemerkungen über die Grundlagen der Mathematik*, Frankfurt am Main 1984, 79.

Unbestimmtheit ist kein Problem, das sich am Rande von Interpretation befindet, das in Zweifelsfällen auftaucht, sondern das im Zentrum von Anwendungsprozessen selbst zu finden ist. Das bringt aber ein häufig überspieltes Problem mit sich, denn worin besteht das „Folgen“, wenn sich aus einer Regel alles machen lässt? Die beiden Auswege, zu denen die rechtstheoretische Diskussion an dieser Stelle Zuflucht nimmt, lauten „Setzung“ (Positivismus) und „Gebrauch“ (Pragmatismus): Entscheidend soll entweder sein, was „im Gesetz“ steht oder wie die „Rechtspraxis“ das Recht „verwendet“. Wittgenstein kann zeigen, dass es mit beiden Vorstellungen ein grundsätzliches Problem gibt: „Jede Deutung hängt, mitsamt dem Gedeuteten, in der Luft; sie kann ihm nicht als Stütze dienen.“¹⁹ Weder kann die Deutung für das Gedeutete eintreten, noch umgekehrt. Beide hängen „in der Luft“, solange sie nicht verbunden werden können, solange man aus einem Text alles machen und jeden „Gebrauch“ auf einen Text zurückführen kann. Wittgensteins Punkt ist allerdings nicht, wie es in einer bestimmten Deutung hieß, dass es Regeln oder Deutungen nicht geben *kann*, seine Konsequenz ist kein Regel- oder Rechtsskeptizismus. Dieser Skeptizismus tritt nur ein, wenn man an der Prämisse festhält, dass jede „Deutung“ einen letzten, verbindlichen und einsehbaren Grund benötigt, um als Deutung gelten zu können. Damit ist aber bereits die Frage verkannt, die sich uns stellt und die Wittgenstein beantworten möchte und die darin besteht, *wie* es Regeln geben kann, und nicht darin, *ob* es Regeln gibt. Während die zweite Frage rein spekulativ und wissenschaftlich leer ist, lässt sich die erste Frage zumindest potentiell beantworten. Die Perspektive auf das „Wie“ statt auf das „Ob“ wird sich auch für die Frage nach dem Recht und seiner Interpretation als äußerst nützlich erweisen. Wittgensteins Punkt lautet, dass es weitere *Möglichkeitsbedingungen* von Regeln geben muss, die bislang noch nicht in den Blick genommen wurden, und diese Möglichkeitsbedingungen nennt Wittgenstein „Institutionen“.

Das schöne Beispiel, das Wittgenstein für so eine Institution gibt, ist der Wegweiser. Über ihn schreibt Wittgenstein: „Der Wegweiser ist in Ordnung – wenn er, unter normalen Verhältnissen, seinen Zweck erfüllt.“ Diese „normalen Umstände“ muss man „erkennen“ können.²⁰ Tatsächlich erklärt sich erst jetzt, warum Wittgenstein davon spricht, dass Regelfolgen eine „Praxis“ ist. Denn nach einem Wegweiser kann und wird man sich nur richten, wenn es einen „ständigen Gebrauch, eine Gepflogenheit“ gibt, das zu tun.²¹ Für das Recht heißt das: Die Unterscheidung Recht/Nicht-Recht oder die Aufteilung der Welt in Sein und Sollen, die Kelsen für „unmittelbar gegeben“ hält, ist selbst nichts anderes als die Folge einer sozialen Praxis der Klassifizierung oder Konstruktion der Wirklichkeit.²² Erst eine eingespielte und institutionalisierte Praxis bildet die Brücke zwischen Regel und Anwendung, diese Praxis macht *beide*, Regel und Anwendung, überhaupt erst *möglich*. Regelfolgen ist etwas, das nicht durch „individuelles“ Tun begründet werden kann. Hätte es auf der Welt nur einen einzigen Wegweiser gegeben, der nur von einer Person aufgestellt worden wäre, hätte es nach Wittgenstein überhaupt keinen Wegweiser gegeben. Jede Regel hängt davon ab, dass es eine soziale Praxis gibt, sie zu befolgen, aus der ihr *Inhalt* und *Sinn* erst hervorgeht. Weil es nicht in der Formulierung selbst liegen

19 Wittgenstein, Philosophische Untersuchungen (Fn. 16), 133.

20 Ludwig Wittgenstein, Über Gewissheit, Frankfurt am Main 1970, 16.

21 Wittgenstein, Philosophische Untersuchungen (Fn. 16), 133.

22 Hans Kelsen, Reine Rechtslehre, Wien 1960, 5 („Der Unterschied zwischen Sein und Sollen kann nicht näher erklärt werden. Er ist unserem Bewusstsein unmittelbar gegeben“).

kann, auf etwas Bestimmtes zu weisen (und auf etwas anderes nicht), kann diese Funktion nur durch eine soziale Praxis erfüllt werden.²³ Die Deutung, das lässt sich mit Wittgenstein sagen, ist nicht selbstgenügsam. Sie beruht auf einer Praxis, die sich bereits materialisiert und eingespielt haben muss, damit wir sie aufgreifen können. Dafür gibt es keinen letzten Anker, sondern es bedarf einer Vielzahl institutioneller Arrangements. Dass es sich bei Regeln um praktische Angelegenheiten handelt, heißt nicht, dass es sie nicht gibt, denn „in ihrem Vollzug sind sie da“ (Menke). Dieser *Vollzug* lässt sich nur als „ständiger Gebrauch“ und als „Gepflogenheit“ verstehen.

No classification without institutionalisation!

Dieser „ständige Gebrauch“ und nichts anderes ist das, was sich mit Mary Douglas als „Institution“ beschreiben lässt. Douglas schlägt einen zweigliedrigen Institutionenbegriff vor. Auf einer basalen Ebene lässt sich jede Form von Konventionsbildung als Institutionalisierung beschreiben. Wie man es bei MacIntyre und Brandom über „soziale Praktiken“ lesen kann, so bilden auch Konventionen eigene und das heißt spezifische Maßstäbe heraus, die sie selbst kontrollieren und durch die sie sich selbst kontrollieren. Der Vollzug dieser Kontrolle (und nichts anderes) ist das, was Konvention heißt. Nun sind Konventionen in hohem Maße fluide und störungsanfällig. Deshalb sieht Mary Douglas ein Kriterium vor, durch das sich Institutionen von Konventionen unterscheiden lassen: Institution sollen nur solche Konventionen genannt werden, die durch eine zweite, kognitive Konvention abgestützt werden, die der primären Konvention zumindest eine gewisse Legitimität verschafft.²⁴ Als „legitime soziale Gruppierung“ unterscheiden sich Institutionen von rein instrumentellen oder provisorischen Arrangements. Institutionen sind dafür zuständig, Informationen auf eine bestimmte und verstehbare Weise zu kodieren. Damit liefern sie die Grundlage für Routineentscheidungen, bieten Lösungen für selbstetablierte Probleme im Denken, helfen, Unsicherheiten zu kontrollieren, liefern eine Matrix für Ordnungsbildungen, reduzieren die Gefahr von Entropie und geben der sozialen Ordnung einen Anschein von Selbstverständlichkeit.²⁵ Um diesen Anschein herstellen zu können, dürfen Institutionen nicht „zu transparent“ sein; das heißt, sie müssen ihre eigene Funktionsweise immer auf eine Weise grundieren, die mehr als nur selbstreferenziell ist.²⁶ Ist das gelungen, können Institutionen soziale Mandate übertragen, beispielsweise das der „Gleichheit“. Dass etwas gleich ist, ist keine Natureigenschaft von Dingen, sondern die Wirkungsweise einer Einrichtung der Wirklichkeit, wie sie nur durch Institutionen sicher- und auf Dauer gestellt werden kann. Dass sich etwa in Levitikus 11, 4-6 Kamel und Hase besonders ähnlich sind, sagt uns mehr über soziale Klassifikationen als über Tiere. Die Herstellung von „Gleichheit“ oder, wie man mit Ludwik Fleck sagen kann, die „Bereitschaft für gerichtetes Wahrnehmen“, ist in gewisser Weise das Muster für alle weiteren und anspruchsvolleren Ordnungsleistungen durch Institutionen.²⁷ Mit der Bereitschaft, die „Gleichheit“ von Kamel und Hase zu „erkennen“, geht immer auch

23 Andreas Kemmerling, *Regel und Geltung im Lichte der Analyse Wittgensteins*, Rechtstheorie 1975, 104-131 (110).

24 Mary Douglas, *How Institutions Think*, New York 1986, 46.

25 Ebd., 47 f.

26 Ebd., 52.

27 Fleck, *Entstehung und Entwicklung* (Fn. 14), 121.

eine spezifische Weltansicht und eine Bindung an das jeweils aktive Klassifikationssystem einher. Jede „eigenständige soziale Ordnung erzeugt ihre Muster von Werten, verpflichtet die Herzen ihrer Mitglieder und bewirkt eine Kurzsichtigkeit, die unausweichlich wirkt,“ fasst Douglas das zusammen.²⁸ Diese spezifische Kurzsichtigkeit darf allerdings nicht einer abstrakten Weltansicht entgegengehalten werden. Vielmehr ist zu betonen, dass jedes kognitive System funktional darauf angewiesen ist, bestimmte Dinge zu übersehen oder zu „vergessen“.²⁹ Wenn Institutionen Identitäten verteilen, Klassifikationen bereitstellen, das Denken und Urteilen anleiten und die grundlegenden gesellschaftlichen Entscheidungen programmieren, dann ist keine Form von komplexer Sozialität denkbar, die nicht institutionell organisiert wäre. Auf genau dieser Ebene operieren auch die Institutionen, die etwas zu Recht machen und das Recht als gesellschaftliche Wirklichkeit produzieren.

Am Ende des Zweifels

Damit kehren wir zurück zu Wittgensteins wichtigster Pointe: „Es war, unter Umständen, ein Zweifel möglich. Aber das sagt nicht, dass ich gezweifelt habe, oder auch nur zweifeln konnte“.³⁶ Diese Formulierung wirkt nur auf den ersten Blick paradox, denn dass ein „Zweifel möglich“ war, heißt eben nicht, dass „ich“ als Teilnehmerin einer Praxis auch zweifeln „konnte“. Dass etwas „selbstverständlich“ ist, heißt für Wittgenstein, dass der „Zweifel“ an einer bestimmten Stelle unmöglich geworden ist. Sicher kann man daran zweifeln, wie die Königin im Schachspiel ziehen darf, aber sobald man das tut, spielt man nicht mehr Schach. Für die Zugregeln, wie für alle anderen Regeln, gibt es „letzten Endes“ keine Gründe, ohne dass das auf die Sicherheit, mit der man in der Lage ist, bestimmte Operationen vorzunehmen, irgendeinen Einfluss hätte. Wittgenstein geht es darum, eine Mystifikation zu therapieren, die aus einem „allgemein üblichen und verbindlichen Verhalten“ den „Zwang“ einer von allem menschlichen Dazutun unabhängigen Bedeutung der Regel „an sich“ macht.³⁰ Wenn es etwas Zwingendes an einer Regel gibt, dann kommt das nicht „aus der Regel“. Wie auch immer eine Rechtfertigung angelegt sein mag, zuletzt findet man heraus: „The chain of reason has an end.“³¹ Das ist gemeint, wenn Wittgenstein schreibt, dass die Gründe für jede Deutung eines Satzes, für jede Befolgung einer Regel „bald ausgehen“.³² Das heißt: Rechtfertigung und Begründung sind nur möglich, wo man sich auf das Meiste bereits eingelassen hat, wo, anders gesprochen, alle entscheidenden Fragen bereits selbstverständlich geworden sind.³³ Sie sind selbstverständlich, wenn sie institutionell eingebettet sind. Dafür gibt es kein weiteres Kriterium, das sich außerhalb von sozialen Praktiken verorten ließe. Regelfolgen beruht auf einer Blindheit oder Selbstverständlichkeit, die nur praktisch – durch die Wirkungs-

28 Douglas (Fn. 24), 75.

29 Douglas (Fn. 24), 76.

30 Kemmerling (Fn. 23), 113.

31 Ludwig Wittgenstein, *The Blue and Brown Books*, Oxford 1958, 143.

32 Wittgenstein, *Philosophische Untersuchungen* (Fn. 16), 138 („Die Gründe werden mir bald ausgehen“).

33 Fleck, *Entstehung und Entwicklung* (Fn 14), 48 f. („Eine Legitimierung ist also nur dort möglich, wo sie eigentlich nicht mehr von Nöten ist, nämlich unter Menschen derselben denkstilgemäßen geistigen Verfassung und speziell annähernd gleicher Vorbildung“).

weise von Institutionen – produziert werden kann. Gibt es diese Institutionen, dann können wir Regeln folgen, Texte interpretieren, Recht anwenden. Gibt es diese Institutionen dagegen nicht, dann hat die Frage, was eine Regel ist oder wie man einen Text interpretiert, überhaupt keinen Sinn. Es gibt keine abstrakte oder allgemeine Definition davon, was es heißt „einer Regel zu folgen“ oder „einen Text zu interpretieren“. Es gibt nur lokale Praktiken, genau das zu tun, und ohne Bezug auf diese Praktiken, in die man eingewiesen sein muss, um sie zu verstehen, kommt man bei den Fragen nach Regel, Deutung und Recht nie auch nur einen Schritt weiter, sondern verstrickt sich in endlose „Aporien“ und „Paradoxien“, „Unmöglichkeiten“ und „Widersprüche“. Das einzusehen, heißt den „institutionellen“ Charakter von Recht zu betonen. Von der Polizei, vielleicht ist es aufgefallen, war dabei gar nicht die Rede. Lange bevor das Recht seine repressiven oder hegemonialen Potentiale entfalten kann, muss es diese „Potentiale“ erst einmal erworben haben: Durch Institutionen, die welterschaffend wirken, bevor sie dieser Welt vielleicht irgendwann Grenzen setzen.

3. *Interpretation als „Arbeit am Recht“*

Im letzten Teil des Beitrags geht es darum, was ein neuer Institutionenbegriff für die Praxis der Interpretation bedeutet und warum Interpretation am besten im Kontext einer „Arbeit am Recht“ verstanden werden kann. Wir hatten gesehen: Institutionen als Einheiten, in denen Wissen produziert und weitergegeben wird, sind die Voraussetzung des Rechts. Jede gesellschaftliche Institution hängt von ihrer Einbettung in einen Komplex von Wissen und Handeln ab und kann nicht jenseits davon verstanden oder beschrieben werden. Institutionelles Wissen wiederum ist etwas, das nicht induktiv oder deduktiv erworben werden kann, sondern in das man eingeführt werden muss, es beruht auf Instruktion.³⁴ Recht zu verstehen, heißt immer, es in seiner Spezifität zu verstehen und ein spezifisches und äußerst bedeutsames Wissen im Recht liegt darin, wie Rechtstexte zu verwenden, zu interpretieren oder zu konkretisieren, sind. Diese Tätigkeit ist zwar, etwa unter dem Namen der „Rechtsarbeit“, oft Gegenstand rechtstheoretischer und rechtspolitischer Auseinandersetzung gewesen, der Ansatz blieb dabei aber allzu stark auf die richterliche Perspektive eingeengt.³⁵ Darin schimmerte ein „Rechtsbild“ auf, nach dem das Zentrum der rechtlichen Tätigkeit bei den Gerichten liegt, eine Vorstellung, die sich sowohl bei Niklas Luhmann wie bei Sonja Buckel findet.³⁶ Dieses „Zentrum“ hat den Vorteil, dass es Reste von Einheit, Eindeutigkeit und Garantie in eine postfundamentalistische Welt herüberträgt. Das offensichtliche Problem, das sich hier stellt, ist, dass die oben dargestellten und das Recht begründenden „Institutionen“ keineswegs zunächst oder zumeist Gerichte sind, dass die Erzeugung von rechtlicher Bedeutung eine soziale

34 Fleck, Entstehung und Entwicklung (Fn. 14), 71 (zur Einführung in Wissenssysteme).

35 Friedrich Müller/Ralph Christensen, Juristische Methodik Bd. 1. Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis, Berlin 2013, 158 ff.; aber auch in der wissenssoziologischen Studie von Peter Stegmaier, Wissen, was Recht ist: richterliche Rechtspraxis aus wissenssoziologisch-ethnografischer Sicht, Wiesbaden 2009, 21 (wo Rechtsarbeit bestimmt wird als „richterliche Erkenntnisarbeit und Ergebniserzeugung“).

36 Luhmann, Recht der Gesellschaft (Fn. 11), 151, 297 ff., 321; Sonja Buckel, Subjektivierung und Kohäsion, Weilerwist 2009, 249, wo es heißt, dass die meisten rechtlichen Kommunikationen „außerhalb von juristischen Institutionen geführt“ werden, dies aber darauf zurückgeführt wird, dass alle diese Kommunikationen im Streitfall „einem gerichtsförmigen Verfahren“ zugänglich wären.

Praxis ist, die sich nicht auf einige Trägerinnen eines professionellen Habitus monopolisieren lässt. Ein Recht, das nur in den Gerichten Sinn hat, wäre so esoterisch, dass es schnell absterben müsste. Die grundsätzlichen Ordnungsmuster, Überzeugungen und Selbstverständlichkeiten müssen kulturell eingespielt und verbreitet sein, um Wirkung entfalten zu können – innerhalb und außerhalb des Rechts. James Q. Whitman konnte deswegen schreiben: „The law, even in its most intellectually ambitious and grandiose moments, is the product of quotidian prejudices and assumptions.“³⁷ Die Interpretation des Rechts kann nicht auf die Gerichte konzentriert werden. Der Begriff „Arbeit am Recht“, der den Begriff der „Rechtsarbeit“ ersetzt, soll für diese Perspektivöffnung stehen.

Nach dem Gesagten kann Interpretation nicht durch „Rückführung“ und vollends nicht durch „Ableitung“ erklärt oder begriffen werden. Der Sache nach ist das weder für Kelsen ein Geheimnis, der von einer „Indetermination“ spricht, noch für Savigny, der von einem „Dazutun“ spricht, oder für irgendwen sonst. Trotzdem verhält sich nach Luhmann jede Bezugnahme auf Recht so, als würde sie etwas finden, was bereits vorher da war. Was aber „da“ war, kann schlechterdings nicht eine „Bedeutung“ gewesen sein, die erst im Anwendungsakt gesetzt wird, noch „Geltung“, die erst im Anwendungsakt erzeugt wird. Vorgängig ist etwas anderes. Was Interpretationsgemeinschaften sind, wenn sie keine Ableitungsagenturen sein können, hat Robert Cover einmal dahingehend gefasst, dass der Kern von Interpretation in einer kollektiven Verpflichtung auf einen „Text“ liegt, der dann mit interpretativen Forderungen versehen wird und nicht mit einer eindeutigen Bedeutung.³⁸ Dagegen betont Friedrich Müller den richterlichen Part zu stark, wenn er von einem „doppelten Diskurs“ spricht, der aus einem „Volksgemurmel“ bestehen soll und einer „späteren Revision durch die Justiz“.³⁹ Die interpretativen Pflichten können nicht auf die Gerichte konzentriert sein, weil die gesellschaftlichen Bedeutungen, die die spezifisch rechtlichen grundieren und lebendig halten müssen, im Recht selbst aktiv sind. Sie sind mehr als Gemurmel, sie sind Teil der „interpretativen Verpflichtungen“ der Gemeinschaft.

Damit ist das Problem der Interpretation zwar nicht aus der Welt geschafft, aber das Feld für die Bearbeitung des Problems bereitet oder zumindest der relevante Ort für die Bearbeitung benannt. Wie Foucault über „den Diskurs“ schreiben kann, dass es etwas ist, „worum und womit man kämpft“⁴⁰, so stellt auch das Recht als Bedeutungsmedium („nomos“) für Cover einen Ort dar, an dem und durch den über Bedeutung gestritten wird. Dieser Streit ist eine politische Auseinandersetzung, schon, weil es für Cover keine prinzipiell „überlegenen Standpunkte“ geben kann und der Nomos auf einen gemeinsamen Ort, eine polis, angewiesen ist. „Die Herstellung rechtlicher Bedeutung kann sich nicht in Stille vollziehen.“⁴¹ Der Nomos ist bei Cover nicht durch seine (konstante, gleichbleibende und identische) Bedeutung definiert, sondern dadurch, dass er eine immer gegenwärtige Verpflichtung für seine Mitglieder erzeugt, sich dem Streit um die Bedeutung des Rechts nicht grundsätzlich zu verweigern oder zu entziehen. Was es heißt,

37 James Q. Whitman, ‚Human Dignity‘ in Europa and the United States: the social foundations, in Nolte (Hg.), *European and US Constitutionalism*, 2005, 108-134, 123.

38 Robert Cover, *The Supreme Court, 1982 Term – Foreword: Nomos and Narrative*, in *Harvard Law Review*, 97 (1983), 4-68 (46).

39 Friedrich Müller, *Syntagma*, Berlin 2012, 36.

40 Michel Foucault, *Die Ordnung des Diskurses*, Frankfurt am Main 2014, 11.

41 Robert Cover, *Nomos and Narrative*, 49.

auf einen Text verpflichtet zu sein und worin die konkreten Verpflichtungen bestehen, lässt sich aber, wie bereits oben dargestellt, nicht generell und abstrakt, sondern immer nur innerhalb einer interpretativen Gemeinschaft als spezifischer Form einer sozialen Praxis verstehen.

Die psychotische Option: Kommunikationsstopp

Vor diesem Hintergrund erscheinen die zitierten Äußerungen der ehemaligen Verfassungsrichter Udo di Fabio und Hans-Jürgen Papier in keinem guten Licht. Bereits im Jahr 2004 hat Bruno Latour bemerkt, dass die konstruktivistischen Argumente tendenziell linker Wissenschaftstheoretikerinnen längst im Diskurs einer neuen Rechten angekommen waren, die „die soziale Konstruktion der Wirklichkeit“ (Berger/Luckmann) dafür einsetzen, einen tatsachenbasierten Diskurs zu bekämpfen.⁴² Das Problem für Latour war, dass sie dabei nicht *grundsätzlich* anders agierten als er selbst. Wie es Latour über Jahrzehnte darum gegangen war, in den etablierten Wissenschaften eingespielte „Selbstverständlichkeiten“ herauszufordern, so forderte nun auch die Neue Rechte mit analogen Argumenten andere „Selbstverständlichkeiten“, wie den menschengemachten Klimawandel oder strukturellen Rassismus in den USA, „heraus“. Weil es aber für Latour keinen Weg zurück vor die Einsicht gibt, dass die Welt, in der wir leben, gemacht ist, konnte er nicht vorschlagen, einfach zu den „wirklichen Fakten“ zurückzukehren. Andererseits konnte er ebenso wenig vorschlagen, sich grundsätzlich auf die vorhandenen „Selbstverständlichkeiten“ einzulassen, deren Qualität nicht schon dadurch bewiesen ist, dass sie selbstverständlich geworden sind. Stattdessen schlägt Latour vor, die Produktion von Wissen als Aufgabe zu begreifen, die gesellschaftlicher Pflege bedarf. Dieses Wissen könne, so Latour, nicht einfach als „matter of fact“ hingenommen werden, sondern müsse als „matter of concern“, als ein Gegenstand unserer Sorge, begriffen werden. Gerade weil Tatsachen ihr Fundament nicht in sich selbst haben, lautet die Konsequenz, sind sie von einem Glauben daran abhängig, dass uns ein wissenschaftsgestützter und tatsachenbasierter Diskurs besser bekommt als ein ölfinanzierter. Was alles „zusammenkommen“ muss (kulturell, sozial, epistemisch), um von Tatsachen sprechen zu können, nennt Latour „matters of concern“. Sie ermöglichen Tatsachen überhaupt erst. Die Figur lässt sich auch auf das Recht übertragen. Wenn di Fabio und Papier davon sprechen, dass 2015 der gesamte „Verfassungsstaat aus den Angeln“ gehoben worden sei, sollte man das nicht als Beitrag zum Streit über rechtliche Bedeutung verstehen („welche Handlungen ermöglicht die Dublin-III-Verordnung?“), sondern als Aufforderung, dem Recht seinen Kredit zu entziehen. Die Behauptung ist nicht, dass sich alternative Vorschläge zur Interpretation einer gemeinsamen Realität gegenüberstehen und di Fabio und Papier die eigene Position für schlüssiger halten, sondern die Behauptung ist, dass die einen (di Fabio, Papier) das Recht interpretieren und bewahren wollen und die anderen (die Bundesregierung und weite Teile der Rechtswissenschaft) es gegen den „Willen des Volkes“ „auflösen“. Das Recht ist dann keine gemeinsame Welt mehr, „in der wir wohnen“ (Cover), sondern eine Burg, die di Fabio und Papier gegen die Außenwelt verteidigen.

Aus dieser destruktiven Logik entkommt man nicht, indem man darauf verweist, dass man selbst das „wahre Recht“ und die „richtigen Tatsachen“ hat. Man kann dem nur ent-

42 Bruno Latour, Why has critique run out of steam?, *Critical Inquiry* Vol. 30, No. 2 (2004), 225-248.

gegentreten, indem man den Austritt aus der Diskussion analysiert, benennt und weiter an den Institutionen arbeitet, die uns ermöglichen, von Tatsachen und Recht zu sprechen, durch eine Versammlung um „matters of concern“. Die postfundamentalistische Welt ist eine anspruchsvolle Welt, wo die Menschen für die Konsequenzen ihres Tuns einstehen müssen und keine Götter, Aufpasser oder Erziehungspersonen für ihr Handeln eintreten lassen können. Das gilt nicht nur für „die anderen“. Wenn eine Richterin eine bestimmte Rechtsnorm in einer bestimmten Weise verwendet, weil sie glaubt, dass dies der Aufrechterhaltung eines bestimmten Verfahrens dient und dieses Verfahren wichtiger ist als ein ihr als gerechter erscheinendes *ad hoc*-Ergebnis, dann gelangt sie zu diesem Ergebnis ebenso durch „Arbeit am Recht“, wie sie zu dem entgegengesetzten Ergebnis gelangen könnte. Der abstrakte Verweis auf „das Verfahren“ steht ebenso wenig für ihr Ergebnis ein, wie im anderen Fall der Verweis auf „die Gerechtigkeit“. Das ist gemeint, wenn von der „Politizität“ des Rechts die Rede ist. Es geht nicht um eine zusätzliche, normative Aufforderung, Recht zu politisieren, sondern darum, verstehbar zu machen, warum Recht als Bedeutungsphänomen nur „politisch“ angewendet werden kann: Eben weil es sich nicht von selbst anwendet. Es ist hier nicht der Ort, erneut darauf einzugehen, dass diese „Entscheidungen“ keineswegs „frei“ oder „beliebig“, sondern kulturell und institutionell gebunden und gerahmt sind.⁴³ Politisch ist Recht, weil es die Frage betrifft, wie wir zusammenleben, und nicht, weil es mit einer politischen Absicht oder persönlichen Agenda versehen wird. Im Begriff der „matters of concern“ steckt, dass die Reproduktion eingespielter rechtlicher Standards nicht aus dem Rechtsbegriff „abgeleitet“ werden kann, dass das Recht, das wir wollen, unserer „Sorge“ bedarf – wie auch immer es dann aussehen mag.

43 Ausführlich dazu Andreas Engelmann, Recht als Kultur – Rechtswissenschaft als Kulturwissenschaft, in Rechtsphilosophie – Zeitschrift für die Grundlagen des Rechts 2019, 129-141 (insb. 136 f.).