Olson | Schmidt | Zabel | Bung
Martinsen | Meißner [Hrsg.]

Law & Critique

Recht & Kritik

VERLAG KARL ALBER

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

kontrovers
Reihe für interdisziplinäre Gesellschaftstheorie zu Politik, Ökonomie und Recht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Jochen Bung
Prof. Dr. Franziska Martinsen
Prof. Dr. Hanna Meißner
Prof. Dr. Greta Olson
PD Dr. Christian Schmidt
Prof. Dr. Benno Zabel

Band 2

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Olson | Schmidt | Zabel | Bung
Martinsen | Meißner [Hrsg.]

Law & Critique

Recht & Kritik

VERLAG KARL ALBER

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Financial support by the Open Access publication
fund of the University of Giessen
Ludwigstraße 23
35390 Giessen

and by the

Center for Diversity, Media, and Law (DiML)
Ludwigstraße 34
35390 Giessen

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

1. Auflage 2025

© Die Autor:innen

Publiziert von
Verlag Karl Alber – ein Verlag in der
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden
www.**verlag-alber.de**

Gesamtherstellung:
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden

ISBN (Print): 978-3-495-98971-5
ISBN (ePDF): 978-3-495-98972-2

DOI: https://doi.org/10.5771/9783495989722

Onlineversion
Nomos eLibrary

Dieses Werk ist lizensiert unter einer Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

controversial

interdisciplinary social theory on politics, economics, and law

Law, politics, and economics are areas in which individual and social self-determination is rendered possible in modern societies. Yet freedom is precarious. Not only does law restrict politics and economic development, but politics constantly questions the legitimacy of law and restricts the scope of economics. Social forms and particularly economic relations between human beings, in the widest sense, produce power relations that undermine the idea of legal and political self-determination. *Decentering* the standpoints of political science, economics, and the law and their respective monopolies on interpretation is the principal concern of this series.

Modern economics, law, and politics are integral aspects of liberal societies and can only be understood within this framework. All economic, legal, and political acts are then social and cultural acts as well. Therefore, political, legal, and economic systems remain bound by the limits that society and culture impart on them. Society and culture are embedded in an economy that supports them. Structured by legal frameworks, they require the infrastructure of a political order consisting of a democratic constitution and a network of global institutions. The insight of *reflexive modernity* is that freedom is not the prerequisite to this structure but rather its product. Therefore, freedom cannot be shielded off from or played off against the experience of contingency. Power relations and conflicts are constantly at play and have to be limited and governed. The *governing of freedom*

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

demonstrates that societies and their forms of self-realization have to be understood as force fields of social, cultural, legal, economic and political design.

This series on interdisciplinary social scientific work aims to do justice to the dynamics of a fissured modernity by making the expectations, conflicts, and crises inherent to modern societies visible and expressible. Additionally, the series aims to confront the fundamental critique that the theoretical tradition of the social sciences is methodologically nationalistic, Eurocentric, heteronormative, and colonialist in character. Our aim is therefore to establish a platform that fosters new interpretations and critical approaches as well as controversial debates.

Editors

Prof. Dr. Jochen Bung (Philosophy of Law, University of Hamburg)
Prof. Dr. Franziska Martinsen (Political Theory / History of Ideas, University of Essen-Duisburg / Centre for Global Cooperation Research, Universität Duisburg-Essen)
Prof. Dr. Hanna Meißner (Interdisciplinary Women and Gender Studies, ZIFG TU Berlin)
Prof. Dr. Greta Olson (English and American Literary and Cultural Studies / Center for Diversity, Media, and Law, University of Giessen)
PD Dr. Christian Schmidt (Political Philosophy, HU Berlin)
Prof. Dr. Benno Zabel (Philosophy of Law, University of Frankfurt)

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

kontrovers

Reihe für interdisziplinäre Gesellschaftstheorie zu Politik, Ökonomie und Recht.

Recht, Politik und Ökonomie – auf diesen Feldern entstehen die Möglichkeiten und Formen individueller und sozialer Selbstbestimmung in modernen Gesellschaften. Doch diese Wirklichkeit der Freiheit ist prekär. Nicht nur begrenzt das Recht die politische und ökonomische Selbstbestimmung. Nicht nur stellt die Politik die Legitimität des Rechts immer wieder infrage und begrenzt die Spielräume der Ökonomie. Auch die sozialen Formen, insbesondere die im weitesten Sinne ökonomischen Beziehungen der Menschen zueinander, produzieren Machtverhältnisse, die die Idee der rechtlichen und politischen Selbstbestimmung unterminieren. Ein zentrales Anliegen der Reihe ist die *Dezentrierung* der jeweiligen Standpunkte und Deutungsansprüche.

Ökonomie, Recht und Politik der Moderne sind Teil liberaler Gesellschaften und deshalb auch nur von diesen Gesellschaften her zu verstehen. Alle ökonomischen, rechtlichen und politischen Handlungen sind zugleich gesellschaftliche und kulturelle Handlungen. Daher bleiben politische, rechtliche und ökonomische Systeme in den Grenzen, die ihnen durch Gesellschaft und Kultur gezogen werden. Gesellschaft und Kultur sind aber eingebettet in eine Ökonomie, die sie trägt und erhält. Sie werden durch rechtliche Rahmenvorgaben strukturiert und bedürfen der Infrastruktur einer politischen Ordnung aus demokratischer Verfassung und einem Netz globaler Institutionen. Die Einsicht der *reflexiven Moderne* besteht darin, dass Freiheit in diesem Gefüge keine Voraussetzung ist, sondern erst hervorgebracht wird und

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

deshalb nicht gegen die Kontingenzerfahrung der Gesellschaften abgeschirmt oder ausgespielt werden kann. In der modernen Freiheitskultur wirken Machtverhältnisse und Konflikte, die gehegt und regiert werden müssen. Diese *Regierung der Freiheit* zeigt vor allem, dass Gesellschaften und ihre Formen der Selbstverwirklichung nur als Kraftfelder sozialer, kultureller, rechtlicher, ökonomischer und politischer Gestaltung verstanden werden können.

Die Reihe für interdisziplinäre Gesellschaftswissenschaften will der Dynamik einer zerklüfteten Moderne dadurch gerecht werden, dass sie die Erwartungen, Konflikte und Krisen moderner Gesellschaften durch die Beteiligung der einschlägigen Wissenschaften sichtbar und sagbar macht. Die Publikationen der Reihe stellen sich den Kritiken, dass die sozial- und kulturwissenschaftlichen, politiktheoretischen und (rechts-)philosophischen Theorietraditionen in vielerlei Hinsicht methodologisch-nationalistisch, eurozentrisch, heteronormativ, kolonialistisch und von den ökonomischen Praktiken des Kapitalismus geprägt sind. Die Reihe versteht sich als Publikations- und Diskussionsplattform für neue Deutungen und kritische Zugänge, die kontroverse Debatten anstößt.

*Herausgeber*innen*

Prof. Dr. Jochen Bung (Rechtsphilosophie, Universität Hamburg)
Prof. Dr. Franziska Martinsen (Politische Theorie und Ideengeschichte, Universität Duisburg-Essen / Centre for Global Cooperation Research, Universität Duisburg-Essen)
Prof. Dr. Hanna Meißner (Soziologie / Interdisziplinäre Frauen und Geschlechterforschung, ZIFG TU Berlin)
Prof. Dr. Greta Olson (Englische und amerikanische Literatur und Kulturstudien / Center for Diversity, Media, and Law, Universität Gießen)

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

PD Dr. Christian Schmidt (Philosophie, HU Berlin)
Prof. Dr. Benno Zabel (Rechtsphilosophie, Goethe-Universität Frankfurt)

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Table of Contents / Inhaltsverzeichnis

Greta Olson
Legal Critique in the Polycrisis (Rechtskritik in der Polykrise) 17

Part I: Historizing Law and Critique – *Historisierung von Recht und Kritik* 65

Stanley Fish
Critical Legal Studies (Kritische Rechtslehre) 67

Peter Goodrich
CYCLES OF CRITIQUE: From Critical Legal Studies to the Critical Legal Collective (ZYKLEN DER KRITIK: Von der Kritischen Rechtslehre zum Kritischen Rechtskollektiv) 79

Jochen Bung
Kritik des Rechts als Finger in der Wunde (Critiquing Law as Putting a Finger in the Wound) 87

Part II: Theorizing Legal Criticism – *Theoretisierung der Rechtskritik* 97

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Ino Augsberg
Krima. Zum Verhältnis von Recht und Kritik (Krima: On the Relationship between Law and Criticism) . . . 99

Claudia Wirsing
Recht im Widerspruch. Zur Bedeutung der „Kritik" in der Kritischen Theorie (Law in Contradiction: On the Importance of "Critique" in Critical Theory) 111

Frieder Vogelmann
Vom Regen in die Traufe: Rechts- ohne Verantwortungskritik (Out of the Frying Pan into the Fire: Legal Critique without a Critique of Responsibility) 121

Malte-C. Gruber
Zwischenrufe der Rechtskritik – zugleich ein Nachruf (Interjections in Legal Criticism – Also an Obituary) 129

Part III: Critiquing Existent Law and Human Rights – *Kritik an bestehendem Recht und Menschenrechten* 143

Nicole Mansfield Wright
Political Siloization of Legal Critique for Mainstream Academia and the Christian Right: An Unbridgeable Divide? (Politische Siloisierung der Rechtskritik in der Mainstream-Wissenschaft und die christliche Rechte: Eine unüberbrückbare Kluft?) 145

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Heide Gerstenberger

Wessen Recht? Vom Recht als Resultat sozialer und politischer Bewegungen (Whose Law? Law as the Result of Social and Political Movements) 157

Benno Zabel

Recht, Ohnmacht, Geschlecht oder: warum die Gewalt nicht enden will (Right, Powerlessness, Gender or: Why Violence Doesn't Want to End) . . . 163

Esther Neuhann

Die fortschrittshemmende Kraft des (Familien-) Rechts (The Progress-Inhibiting Power of (Family) Law) 175

Franziska Martinsen

Menschenrechte *nicht* nicht wollen können (Not Being Able to *Not* Want Human Rights) 181

Part IV: Examining Legal Subjectivity and Subjugation – *Untersuchung von Rechtssubjektivität und Unterwerfung* 189

Susanne Krasmann

Das Subjekt des Rechts? Für eine relationale Perspektive (The Subject of Law? For a Relational Perspective) 191

Daniel Loick

Recht, *race* und relationale Subjektivierung (Law, *Race*, and Relational Subjectification) 197

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Carolina Alves Vestena
Rechtskämpfe auf einem unwegsamen Terrain (Legal Battles on Rough Terrain) 203

Christian Schmidt
Rechtsfreie Räume (Lawless Spaces) 209

Part V: Defending the Rule of Law During Democratic Crises – *Die Verteidigung des Rechtsstaats in demokratischen Krisen* 215

Anat Rosenberg
Affective Propaganda and Liberal Legalism in Israel (Affektive Propaganda und liberaler Legalismus in Israel) 217

Jonas Heller
Chefsache: Die Entkräftung des Rechts durch gegenstaatliche Souveränität (A Matter for the Boss: The Weakening of the Law through Counter State Sovereignty) 231

Ralph Grunewald
The Mundane Tasks of Any Legal System and the Vanishing Promise of Legal Certainty (Die alltäglichen Aufgaben eines jeden Rechtssystems und das schwindende Versprechen der Rechtssicherheit) 245

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Sara Gebh

Subversion durch Recht: Radikaldemokratie und der Entfremdungseffekt alternativer Ordnungen (Subversion through Law: Radical Democracy and the Alienation Effect of Alternative Orders) 257

Part VI: Pluralizing Law / Law's Pluralities – *Die Vielfalt des Rechts* 263

Gerlov van Engelenhoven

Law, Justice and the Problem of Universalizability: The Case of *adat* Law (Recht, Gerechtigkeit und das Problem der Universalisierbarkeit: Der Fall des *adat*-Rechts) 265

Frans-Willem Korsten

Towards an Ecological Legal Culture? Law's Incapacity to Critically Reconfigure Itself (Auf dem Weg zu einer ökologischen Rechtskultur? Die Unfähigkeit des Rechts, sich selbst kritisch zu rekonfigurieren) 273

Cheryl Suzack

Countering the Criminalization of Indigenous Land Defenders (Gegen die Kriminalisierung indigener Landverteidiger) 283

Eva Maria Bredler

Wie ist es, ein Affe zu sein? (What Is It Like to Be a Monkey?) 293

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Part VII: Reconstructing Law Through Alternative Sources – *Rekonstruktion des Rechts durch alternative Quellen* 301

Tim Wihl
Der Kampf mit dem Recht (The Struggle with Law) . 303

Almas Khan
Metacritique and Black Lives Matter Judicial Opinions (Metakritik und Gerichtsgutachten zu Black Lives Matter) 309

Karina Theurer
Epistemologische Dekolonisierung – die Überwindung von Eurozentrismus und kolonialem Rassismus als wesentlicher Bestandteil von Reparationen im deutsch-namibischen Versöhnungsprozess (Epistemological Decolonization – Overcoming Eurocentrism and Colonial Racism as an Essential Part of Reparations in the German-Namibian Reconciliation Process) . . 317

Daria Bayer
Reconstructing the House of Law (Das Haus des Rechts im Wiederaufbau) 325

Laura Petersen
Feet Notes: Walking as a Technique of Law and Humanities Education (Feet Notes: Gehen als Methode der juristischen und geisteswissenschaftlichen Bildung) 333

Author Directory / Autor*innen 339

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Greta Olson

Legal Critique in the Polycrisis

The Project

The project of assembling this collection of essays on law and critique began in 2022 under the auspices of a different group of editors than those who head the controversial book series now.[1] To further the completion of this mixed-language publication, I was given the task of approaching potential authors working in English. My invitation to individuals to write short essayistic texts on the relationship between law and critique summarized the concept for the volume that had been written by Christian Schmidt in German:

> On the one hand, social reality can be criticized *with* law, in other words, with reference to legal norms and the assistance of legal institutions. On the other hand, critique can be performed *on* law itself and the degree to which current conditions are legally enacted and protected by legal sanctions. Both should be reflected on in the volume: critique *using* law and critique *of* law.[2]

1 My thanks go to Felix van Groningen and Maureen Schwarz for their assistance with the considerable task of assembling this mixed-language publication. I am grateful to Laura Goller and Maureen Schwarz for their support in summarizing the German contributions, including the choices of sentences to cite and translate. Sincere gratitude also goes to Anat Rosenberg and my co-editors for their helpful feedback on this text.

2 Christian Schmidt, "Anschreiben kontrovers Band 2 Recht und Kritik." All translations by the author with generous assistance by Laura Goller and Maureen Schwarz in the citations of the German contributions.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

As a group of six persons with a variety of disciplinary backgrounds, the editors then solicited texts from what has ended up being a group of twenty-nine contributors, whose very different responses to our invitation I reflect on in the following.

The Context

Law and Critique / Recht und Kritik constitutes a group project. Yet as a child of what Donna Haraway termed "situated knowledges,"[3] I maintain awareness that no goddess-like omniscience or communal we-ness is possible in my articulations. Thus, I state my situated relationship to the subject of this book and its making before reflecting on its historical context, including the legal-political events that have accompanied this volume's genesis.

The Author's Situatedness

It is a useful academic tradition to state how one uses terms and concepts, based on the history of their usage and the critique thereof. Every other editor of this volume would define the terms "law" and "critique" differently, and several do just that in their individual essays in the volume.

My understanding of law in "law and critique" is a pluralistic one that takes in the claims of Indigenous law, *adat*, and what Eugen Ehrlich called *living law*, as well as other forms of normative ordering that are not state made or codified. My notion of critique references the Kantian insight that performing analysis can only be accomplished through critical reflection on the lens through which one analyzes, and the Frankfurt School's attention to the ideological formations that inform articulations of theory.

3 Haraway (1988), 579.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

To perform critique is to adopt a self-reflexive stance to the object of analysis, the person performing the analysis as well as the material context. Further, critique involves taking an active interest in altering unjust social relationships, as referenced in critical race theory and critical cultural studies.

In my work, the critical analysis of cultural-legal phenomena is directed at the narrative, tropic, and other imaginative elements in legal texts that demonstrate their non-divisibility from their contexts. I have looked critically at Law and Affect, proposed a transing of law, written about law and utopianism, and argued for the need to decenter the Anglophone and common-law emphasis of dominant Law and Literature and Law and Humanities scholarship to examine other histories and legal systems and to practice comparatism instead. More recently, I introduced an expansive notion of legality that includes individuals' and groups' subjective relations to whatever they feel to be law – whatever popular discourse presents to them as law-full – and to the manner in which individuals assert rights-based arguments as a way to legitimate political convictions. Influenced by a large research project in which I am fortunate to work, I look critically at how verbal and visual images of migration influence human rights consciousness and legal debates.[4] Each of these foci shapes my critical lens and hence the framing of this essay collection.

Historical Entanglements

When we began work on the collection of essays, Russia had not yet invaded Ukraine and the Hamas Attacks of 7 October 2023 on Israel had not yet occurred. Joseph Biden was in the middle of his presidency of the United States, and this expatriate

4 Menschenrechtsdiskurse in der Migrationsgesellschaft (MeDiMi), https://www.medimi.de/.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

U.S. American believed that the political-legal violations that had recently occurred in her country of origin had been overcome. This included the attempt to overturn the results of the 2020 presidential election, and the 6 January 2021 mob invasion of the U.S. Capitol. The U.S. had just returned from the brink of an autocratic self-coup. We appeared to be back on the road to a democratic rule of law.

7 October 2023 left a mark on this book as it leaves a mark on our present historical moment. A postcolonial theorist from the UK whom we invited to contribute asked to write about the limits of German *Vergangenheitsbewältigung* – the understanding that we, as Germans, must come to terms with the past, particularly the Shoah and Nazi Socialism – given injunctions on protests against the Gaza War, the point being that Palestine solidarity activism was impossible in Germany. Our editorial collective asked if we could evaluate the piece before deciding on whether to publish it, acknowledging the politically sensitive nature of addressing this topic in Germany. The author subsequently withdrew, citing the demands of Strike ~~Germany~~ – a 2024 call to "cultural workers to strike from German cultural institutions" and "refuse German cultural institutions' use of McCarthyist policies that suppress freedom of expression, specifically expressions of solidarity with Palestine."[5]

I mention these events to demonstrate that a discussion of law and critique never takes place in an apolitical space. As the Marxist critic Fredric Jameson writes, we must "Always historicize!"[6] Discussions are always determined by their context, and the time at which the twenty-nine contributors submitted their essays for review influenced their individual takes on the relationship between law and critique. Diagnoses became more dire over time.

5 Strike ~~Germany~~ (2024).
6 Jameson (1987), ix.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

In our current political moment, law and legal certainty are frequently invoked in affective political debates, a point that comes up repeatedly in the essays printed here. In a volume on "*Rechtsgefühle*" – feelings about law and justice, I wrote:

> Because we live in what has been described by Chantal Mouffe as a period in which agonistic or antagonistic affectively-driven politics alternate with one another, people's individual and group allegiances to what they view as 'their' legitimate and passionately defended laws and legal orders take on a particular salience. These evident passions for law (*Rechtsgefühle*) – or what is perceived or imagined to be law – suggest that the notion of law as the repository of the rational and the rule-driven, and as a complex system for resolving social conflicts is in the best case fragile.[7]

The past two years have demonstrated law's fragility quite dramatically, with the huge election successes of the rightwing Alternative for Germany party, which is widely viewed as anti-democratic and anti-constitutional. The EU is frequently described as being in a period of crisis marked by an erosion of the belief in the legitimacy of the judiciary.[8] Since the beginning of 2025, the second Trump administration has embarked on continuous attacks on judges, judicial institutions, due process, and civil and human rights. At the time of writing, the administration appears to be largely successful in its efforts to limit the judiciary's power to correct its transgressions. Justice Ketanji Onyika Brown Jackson writes forcefully about the danger of the entailing "lawlessness" in her dissent to the Supreme Court Decision *TRUMP v. CASA, Inc.* (2025), which severely curtailed the power of lower courts to determine executive actions as unlawful:

> Stated simply, what it means to have a system of government that is bounded by law is that everyone is constrained by the law, no exceptions. And for that to actually happen, courts must have the

7 Olson (2023), 23.

8 See, for example, Uitz (2022); Södersten/Herock (2023).

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

> power to order everyone (including the Executive) to follow the law — full stop. To conclude otherwise is to endorse the creation of a zone of lawlessness within which the Executive has the prerogative to take or leave the law as it wishes, and where individuals who would otherwise be entitled to the law's protection become subject to the Executive's whims instead.[9]

In agreement with Brown Jackson, I find myself in the position of many progressive critics who are now defending the independence of legal structures and institutions that they have spent much energy critiquing in the past.

We live in a moment of political disruption and polycrisis with varying, competing histories. Whether the polycrisis began with the Great Recession, from 2007 forward, or long beforehand in the combination of the environmental crisis with other perils, cannot be decided here. Whatever the case, polycrisis has become a buzzword because the lexeme expresses the affective sense of dread many feel in the face of continuous threats to political communities and the earth's integrity, a dread that was abetted by the uncertainty that prevailed during the COVID-19 pandemic and the concurrent 'infodemic' of misinformation that facilitated a largescale distrust in how governments handled health regulations. A simultaneous decrease in trust in the reliability of traditional sources of information, caused in part by the affordances of digital platforms, has led to a proliferation of crisis rhetoric and the sense that critique is unable to adequately address these developments.

Debates about the meaning of crisis and polycrisis can undermine critique's potential to catalyze needed change, also concerning legal matters. Päivi J. Neuvonen makes this point when she asserts that

9 *Trump v. CASA, Inc.* (2025), 2.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

> the crisis of critique can refer to the way in which the normalisation of crisis talk has seemingly diluted the more radical political potential of crises. But it can also refer to more general anxiety about how critique has "run out of steam."[10]

Neuvonen refers to Bruno Latour's essay "Why Has Critique Run out of Steam? From Matters of Fact to Matters of Concern" (2004), which was held, first in lecture form shortly after the United States' invaded Iraq in 2003 on the basis of the specious argument that the country possessed "weapons of mass destruction."[11] Latour argues that critical analyses of the constructedness and contingency of facts play into the hands of the New Right to further conspiracy theory narratives and "anti-science obscurants."[12] In our moment of post-truths and anxieties concerning the rapid dissemination and commodification of misinformation through digital channels, the crisis of critique and its aftermaths have a particular painful saliency.

One result of Trump's eminent success as "the Great Disrupter"[13] has been that many other Disrupters in Chief are also successfully following the dictatorship playbook by undermining democratic legal structures and institutions. This pattern is occurring not only in the United States but has also been the case in Hungary, Poland, and elsewhere.[14] Attacks on democratic institutions made by employing the tools and methods of law have been called law-fare. They belong to what Kim Lane Scheppele calls legalistic autocratism:

---

10 Neuvonen (2025).
11 Okrent (2004).
12 Flatscher/Seitz (2020), 1.
13 Koch/Nanz/Rogers (2023), 1–29. Note that Elon Musk was also called the "Disrupter-in-chief" in a cover article by The Economist on 23 November 2024.
14 Drzemczewski (2021), 149–168; International Bar Association's Human Rights Institute (IBAHRI) (2012).

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

> [Legalistic autocrats] use their democratic mandates to launch legal reforms that remove the checks on executive power, limit the challenges to their rule, and undermine the crucial accountability institutions of a democratic state. Because these autocrats push their illiberal measures with electoral backing and use constitutional or legal methods to accomplish their aims, they can hide their autocratic designs in the pluralism of legitimate legal forms.[15]

One witnesses this autocratic legalism forcefully in Israel, since the 37th government came to power in December 2022 with a plan to limit the power of the Supreme Court, government lawyers, judicial nominations, and to reduce the role of an independent judiciary as a check on executive power.[16] It is also occurring in Brazil, India, South Africa, and other "zones of authoritarianism."[17]

To a far lesser degree, we are experiencing the testing of the rule of law and judicial independence in Germany, where the six editors of this volume work and live. Under the current coalition government's election promise to turn asylum seekers away at the border – in a process called pushback – a legal dispute has developed about whether the government must apply EU regulations when processing asylum requests. A political claim comes into conflict with standing legal regulations, and politicians insist that the executive can interpret the law as it wishes.

Despite the Berlin Administrative Court's ruling that rejecting asylum seekers at the border is unlawful, the current government has continued the practice, arguing that the court's decision applies only to the case of the three Somali asylum seekers who were turned back in May 2025 and not the general policy.[18] De-

15 Scheppele (2018), 547–548.
16 See Anat Rosenberg in this volume.
17 See The Pall Project, https://www.autocratic-legalism.net/.
18 *Asylrecht (Somalia): Eilrechtsschutz gegen die Einreiseverweigerung* (2025).

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

scribing the current situation in an interview, Jürgen Bast states that:

> The federal police are now in a very unpleasant situation. […] Now, on the one hand, they have to follow an order by the Federal Minister of the Interior; and they must not simply ignore it. At the same time [i.e., on the other hand], a court has just now certified that they are being pressured by their own Minister of the Interior to act illegally. […] This creates a constitutional problem if what is legally clear is not actually done here by hook or by crook until the very last legal instance. There is a basic understanding that we have in Germany's constitutional state that politics may not override the law. After all, law sets the framework in which politics takes place.[19]

Bast's words echo those of Justice Brown Jackson. A state of lawlessness ensues when the executive insists on its right to interpret law as it pleases.

The Need for Hope

One asks, how do we maintain a resistant stance during the current polycrisis that is also affecting law? As many of the authors in this volume assert, legal critique can be a tool of resistance and a vehicle for societal transformation. The decision to maintain hope

19 "Also die Bundespolizisten sind jetzt in einer ganz unangenehmen Situation. [...] Jetzt müssen die einerseits eine Weisung des Bundesinnenministers befolgen und dürfen dies auch nicht einfach ignorieren. Und gleichzeitig haben die jetzt gerade von dem Gericht bescheinigt bekommen, dass sie von ihrem eigenen Innenminister zu rechtswidrigem Handeln gedrängt werden. [...] Insofern ist es eigentlich schon auch eine rechtsstaatliche Problematik, wenn hier mit Biegen und Brechen bis in der allerletzten Instanz, eigentlich das, was rechtlich klar ist, nicht gemacht wird. Das ist ein Grundverständnis, dass wir in Deutschlands verfassungsstaatlicher Art haben, dass sich die Politik nicht über das Recht hinwegsetzen darf. Das Recht setzt an der Stelle ja den Rahmen, in dem Politik stattfinden darf." See rbb24 Inforadio (2025), 00:00:47–00:02:21.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

despite a critical awareness of the present can also be an active decision. In a text concerning maintaining hope in a democratic crisis characterized by autocratic legalism, Anat Rosenberg asserts that examining hope functions as a way to learn about how to face future crises. She describes a Kierkegaardian-like rationally based leap of faith in future possibilities:

> In the eye of the storm, hope is not naïve but history making. To interrogate hope's workings without the perspective of a history that has been lain to rest and without pronouncing judgement, [...] manifests hope in yet another sense, the hope of learning enough to face still more crisis.[20]

It is in the face of a polycrisis characterized by planetary demise, autocratic legalism, law-fare, and a crisis of critique itself that the twenty-nine authors who contributed to this volume answered our request that they elucidate their understandings of the relationship between critique and law. Some managed to follow the editors' request to the letter that they avoid excessive referencing. Others, like myself in the present text, found it impossible to make articulate arguments without citational place markings.

How the Contributions Speak to One Another in Crisis and in Its Aftermaths

The original call for essays asked authors to explore the relationship between law and critique as they wished, suggesting two possible avenues of approach. As cited above, authors could alternatively perform "critique *using* law and critique *of* law." Some authors focus on the crisis of critique, legal and otherwise. Others dwell on aftermaths of this crisis. As the following discussion of the twenty-nine essays demonstrates, there are far more than two ways to consider the relation between law and critique. As

20 Rosenberg (forthcoming), quoted with kind permission of the author.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

suggested by a comparative reading of the contributions, these include the following approaches: historicizing law and critique, theorizing legal criticism, critiquing existent law and human rights, examining legal subjectivity and subjugation, defending the rule of law in democratic crises, pluralizing law, and reconstructing law through alternative sources.

The reader may note that these topics are rendered in present participle form in the section titles to denote that they are processual and ongoing rather than fixed in time. In the following overview, I briefly describe all of the essays in English as a way to open the German texts, at least imperfectly, to non-German speakers. Each description quotes at least one seminal sentence from the essay in question. In the descriptions of the German texts, the quoted sentences are cited in translation as well as the original.

I chose not to group essays under the joint rubric of their applying anti-racist, decolonializing, or de-cisheterosexualizing frameworks. To do so would be to relegate their authors' critiques to a category of otherness from the bread-and-butter business of articulating legal criticism and performing critical legal theory. The authors' calls for pluralization and political and historical contextualization go beyond individual social movement struggles and belong centrally to law itself.

I. Historicizing Law and Critique

Two masters of their fields and also colleagues at the same institution, the Benjamin N. Cardozo School of Law, Yeshiva University, Stanley Fish and Peter Goodrich open the volume with historicizing accounts of Law and Critique. Fish's and Goodrich's contextualizing texts could not be more different from one another in their approaches or more varying in their conclusions. Whereas Fish argues that Critical Legal Studies caused law and legal training

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

to devolve into politicized identity points, Goodrich understands critique to be an exercise in imagining possible futures.

Fish argues that the appearance of Critical Legal Studies in the 1970s was motivated by a post-structuralist and critical theoretical hermeneutics of suspicion, sensu the Frankfurt school, that sought to uncover the class discriminatory and masculinist structures of society. Critical Legal Studies practitioners' sense of permanent suspicion led them to critique legal training, which "camouflage[s] laws political bias in favor of the status quo."[21] Yet when law's pretense to a disinterest in outcomes is deconstructed, nothing remains, as Fish argues, except identity politics, rights talk, and "collective passivity."

Fish detects a problematic desire for authenticity in calls for anti-disciplinarity as well as in critiques of professionalism in Critical Legal Studies, which, if successfully carried out

> would result not in a purer form of that practice but in its disappearance. You can't just *do* law or literary criticism; those activities only exist in a form defined and constituted by the formal categories and procedures that mark professional membership.

Punchy and famously provocative, Fish suggests that critique in itself is meaningless. Yet he exercises this critical faculty energetically in the analysis of the underlying motives of the Critical Legal Studies he so actively derides.

Peter Goodrich's "CYCLES OF CRITIQUE: From Critical Legal Studies to the Critical Legal Collective" narrates developments in Critical Legal Studies from the 1990s forward. As Goodrich shows, a recognition of exclusions in the legal academy and the critical legal project caused the movement to splinter early on. White men, who had dominated the movement, criticized

21 All citations are from Stanley Fish in this volume.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

"the dreariness, and predictability of institutionalization"[22] and the deafness of the academy to leftist politics. The critique of statism led to these men's eventual redundancy:

> The face of the law school changed in significant part because the critical legal scholars in positions of influence were often true to their principles and insisted on diversity, on an intersectionality that brought not only historical materialism and deconstruction, but also feminism, race theory, latcrit and now in the U.S. at least, the Law and Political Economy movement and the neonate Critical Legal Collective, into the corridors and offices of the law professoriat.[23]

In lyrical and tropic terms – a hallmark of the author's work – Goodrich highlights the cyclical nature of waves of critique. Moving into the present, Goodrich reviews the centrality of material criticism as well as planetary awareness:

> Reverting again to an antique concept, the laws of the earth, *leges terrae*, now increasingly matter and materially impact the thought, action and collectivity of an Anthropocene humanity and law that cannot but respond to climatic and planetary disturbances. The universe, to borrow a phrase, has to be met half-way. In medial forms, global warming, global viruses, global web connectivity, change the nature and constituencies of groups, rendering community both serial, temporary, mobile and visible online.

For Goodrich, critique is a form of listening and is cyclical, because "critique is recollection, reflection, resistance, and reinvention of the communities to come." Inviting us to attend to the planet's fragile materiality, the essay looks forward to Susanne Krasmann's, Frans-Willem Korsten's, Cheryl Suzack's, and Eva Maria Bredler's texts, which also concentrate on the defense of the planet as a central motivation for practicing legal critique.

22 All citations are from Peter Goodrich in this volume.

23 For information on the Critical Legal Collective, see https://criticallegalcollective.org/.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Jochen Bung's "Kritik des Rechts als Finger in der Wunde" (Critiquing Law as Putting a Finger in the Wound) completes the essays on histories of legal criticism by focusing on German developments. Bung points out that when The Young Forum for Philosophy of Law (Das Junge Forum Rechtsphilosophie) made "*Rechtskritik*" (legal criticism) the subject of its conferences in 2006 and 2007, the topic was not yet well established. Yet the history of legal criticism is extensive in German philosophy: "Hegel's legal philosophy was not only the first legal sociology but also the first instance of legal critique. Putting a finger in the wound, this philosophy and critique demonstrate the discrepancy between law and the good."[24] Moving through a discussion of Hegel's, Walter Benjamin's, Theodor Adorno's, Gayatri Spivak's, Daniel Loick's, and Christoph Menke's legal-critical positions, Bung argues that too negative critiques of law are as unhelpful as blank affirmations.

For Bung, law is connected to the structural conditions of an economic system that utilizes forms such as private property to falsely identify social systems as free and equal. Arguing that the connection between law and property occurred far earlier than that between the law and the state, and that the contractual dimension of law is primary, he suggests that property and contract should be understood as more "than instruments of private autonomy," but as relationships based on agreement through mutual understanding:

> What I am proposing is not a state or state-mediated but a natural concept of law that must be distinguished from the ambiguous (and much abused) concept of natural law. Naturalness does not refer to nature but rather to social practice, [functioning] similarly to the concept of naturalness in natural languages: it includes an awareness of language's essential changeability.

24 All citations are from Jochen Bung in this volume.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

> Was ich vorschlage, ist kein staatlicher oder staatsvermittelter, es ist ein natürlicher Begriff des Rechts, den man vom missverständlichen (und missbrauchten) Begriff des Naturrechts abgrenzen muss, weil mit Natürlichkeit nicht Natur, sondern soziale Praxis gemeint ist, ähnlich wie im Begriff natürlicher Sprachen, der wesentlich auch ihre Veränderbarkeit einschließt.

With its review of major moments in the history of legal philosophy, Bung's essay opens the way for the explicitly theoretical reflections on the relationship between law and critique that constitute the second section.

II. Theorizing Legal Criticism

Ino Augsberg's "Krima. Zum Verhältnis von Recht und Kritik" (Krima: On the Relationship between Law and Criticism) begins the philosophical discussions of the subject. In a series of five short meditations, Augsberg argues that critique can never be divided from its object, because the two mutually imply one another. The argument proceeds in a series of deductive steps. One, the copula "and" in "law and critique" can be understood variably as denoting an additive, an alternating, or an explanatory relationship. Two, the conventional understanding of legal critique as criticism of existing law strengthens the mistaken view that law and critique are separate, and serves instead to solidify the understanding of the copula as indicating a successive relationship. Three, critique is, for Kant, a form of differentiation that follows out of reason.

Four, through a reflection on the legal historian Pierre Legendre's discussion of "The Crime of Corporal Lortie" (2011 [1989]) and an exploration of the etymology of "*krima*" – meaning both "judgement" and "crime" – Augsberg highlights the proximity of the two. Lortie's statement about his crime "That was me, that wasn't me" resulted out of his inability to distinguish

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

himself from his act of having killed three people and from the breakdown of the act of differentiation itself that would have been necessary for Lortie to be constituted as a subject. Accordingly, "crime does not result out of excess, but rather out of a lack of that differentiating and separating that the root of *krima* stands for."[25] Five, critique cannot follow from outside the law in moralistic terms, but has to be performed as internal reflection. As Augsberg states:

> Criticism is therefore not something that is alien to the law that only arises retrospectively and points out its shortcomings. Rather, as the etymological explanation suggests, criticism coincides with the law itself.
>
> Die Kritik ist also nichts, was dem Recht gegenüber fremd ist, ihm erst nachträglich gegenübertritt und seine eigenen Defizite vorhält. Die Kritik fällt vielmehr – wie die etymologische Erläuterung nahelegt – mit dem Recht selbst zusammen.

Claudia Wirsing's ‚Recht im Widerspruch. Zur Bedeutung der 'Kritik' in der Kritischen Theorie' (Law in Contradiction: On the Importance of "Critique" in Critical Theory) speaks to Ino Augsberg's essay directly in that the author argues that the critique of law has to be exercised as an act of "inner self-differentiation."[26] Wirsing opens her text with the poet Hölderlin's idea that law and violence are inseparable to eventually conclude that violence and oppression belong to "political logic of law." As thinkers such as Marx, Walter Benjamin, Theodor Adorno, and Christoph Menke have pointed out, law aims to render justice while simultaneously implementing social violence.

The task of critical legal theory must therefore be to make law's internal contradiction visible and is based on three principles: one, criticism requires theory; two, theory needs practice if it is to avoid redundancy; and, three, critique must be practical-

25 All citations are from Ino Augsberg in this volume.
26 All citations are from Claudia Wirsing in this volume.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ly informed and critical of itself. Without considering concrete developments of legal norms, theory is meaningless; without theoretical reflection, practice will be blind to its violent structures. Finally, critique is a method that works with concepts that derive their meaning in practice. In summary:

> A critical theory of law must identify and explicitly highlight the contradictions between conceptual and real states of being. The main concern [of critical theory] is to endure the logic of contradictions in law and to be able to think, and to develop ways of dealing with them productively and logically.
>
> Eine Kritische Theorie des Rechts hat die Widersprüche begrifflicher und realer Seinsbestände herauszuarbeiten und explizit zu machen. Ihr Hauptanliegen besteht darin, die Logik von Widersprüchen im Recht auszuhalten und denken zu können, und Wege zu deren produktiver logischer Handhabung zu erarbeiten.

With its attention to law's imbrications with violent social structures, Wirsing's essay looks forward to the next section in which authors discuss law's political entanglements and failures.

Frieder Vogelmann's "Vom Regen in die Traufe: Rechtsohne Verantwortungskritik" (Out of the Frying Pan into the Fire: Legal Critique without a Critique of Responsibility) continues the critical reflections on legal critique by highlighting an oversight, namely, the failure to analyze how subjects subjugate themselves. Legal criticism must examine the central mechanism of subjugation, even if it cannot abandon the prevailing opposition made between "responsibility" and "irresponsibility."

Vogelmann locates the attribution of responsibility to and by subjects at the core of law. The concept of "responsibility" arose in fifteenth-century German court practices and had a solely procedural meaning of consenting to trial. Only during the course of the nineteenth century did the term become morally charged with its link to a self-determined subject and a subjectivity based in discipline and subjugation. Those who assume responsibility per-

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

force understand themselves to be sovereign, thereby suppressing the power relations to which they are subject and to which they subject others. A sense of legal responsibility arises through the suppression of an awareness of how one is repressed:

> This is then our concept of responsibility. An ambivalent moral self-relation is constitutive of it, which forces self-objectification in order to allow the subject to experience sovereignty and to keep the subject docile and tame despite its subjugation.
>
> Das also ist unser Verantwortungsbegriff. Konstitutiv für ihn ist ein ambivalentes moralisches Selbstverhältnis, das eine Selbstobjektivierung erzwingt, um das Subjekt trotz seines Unterworfenseins Souveränität erleben zu lassen und trotz seines Unterwerfens gefügig und zahm zu halten.[27]

Even seemingly alternative concepts of responsibility – for example, those offered by Sartre, Emmanuel Levinas, or Judith Butler – remain trapped in the logic of subjugation. As long as responsibility is taken as a given, the internalized reproduction of power relations will continue.

Malte-C. Gruber's "Zwischenrufe der Rechtskritik – zugleich ein Nachruf" (Interjections in Legal Criticism – Also an Obituary) picks up on Vogelmann's focus on responsibility. The title plays on the meaning of "obituary" in that the author honors his former mentor, the late legal theorist Rudolf Wiethölter (1929–2024), while lamenting the demise of legal criticism. Making an impassioned call for legal criticism's radical re-politicization, Gruber unfolds Wiethölter's "discomfort with a law" that is "not able to fulfill either the dreams of ideal justice or the hopes for a realistic relationship to social reality."[28]

The path to "enlightened, free law" is long and, in light of the new authoritarianism, is at the present juncture particularly

27 All citations are from Frieder Vogelmann in this volume.
28 All citations are from Malte-C. Gruber in this volume.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

difficult to imagine. Nonetheless, lawyers cannot retreat into performing technical applications of law or doing exercises in state authority. Rather, they need to be actively aware of their responsibility to stand up for freedom, truth, and justice:

> No power law can abolish law as long as critical jurisprudence is still politically capable of doing justice.
>
> Kein Machtrecht kann Recht abschaffen, solange es kritische Jurisprudenz politisch noch vermag, mit Recht zu Recht zu kommen.

Gruber's clarion call for re-politicized law opens up the way for the politically based critiques of law in the next section.

III. Critiquing Existent Law and Human Rights

In this section, authors highlight social hierarchies that underscore legal education, human rights, family, and criminal law. The authors demand socio-legal transformation and call for a law that would account for political formations.

Nicole Mansfield Wright's "Political Siloization of Legal Critique for Mainstream Academia and the Christian Right: An Unbridgeable Divide?" opens the discussion by pointing to the polarization of critical legal discourse in the United States. Whereas progressive viewpoints dominate in Law and Humanities journals, conservatives attract private funding for non-academic publications and successfully promote agendas such as advancing Christian religious rights. Further, "traditionalist academics [present themselves] as the embattled group oppressed by the powerful."[29]

Rather than ceding legal critical discourse to conservatives, Wright suggests strategies for "bridging the divide," such as inviting journals to publish articles on "racial disparities in sentenc-

29 All citations are from Nicole Mansfield Wright in this volume.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ing" with an invited response by a conservative theorist and a variety of rebuttals. Wright warns against the current instrumentalization of critical race discourse to white supremacist purpose, thus recurring to Latour's awareness of the cooption of critique to further politically regressive aims. Importantly, for this reader, Wright also echoes a thesis promoted by Lilie Chouliaraki that conservatives adopt a position of being victimized so as to reverse actual hierarchies of power and patterns of discrimination discursively:

> [I]nstead of highlighting the actual and ongoing suffering of the systemically vulnerable, [victimhood discourse] casts those people as by default perpetrators of the imagined harms they are anticipated to commit and treats the felt reality of white fear as the only legitimate claim to victimhood.[30]

Wright encourages progressive legal critics to get their hands dirty by debating legal conservatives and refusing to cede ground in public debates.

Like Wright's essay, Heide Gerstenberger's "Wessen Recht? Vom Recht als Resultat sozialer und politischer Bewegungen" (Whose Law? Law as the Result of Social and Political Movements) demonstrates the inextricability of law from political movements. Law is never neutral but functions as an expression of social relations. In colonial contexts, law served to further the systematic exploitation, disenfranchisement, and subjugation of Indigenous populations. In Germany, the Federal Constitutional Court is called on to render decisions for political reasons under a legal guise. Even international human rights agreements fail to provide reliable protections due to national interests. Achieving and maintaining rights constitute constant processes of negotiation and struggle, with some groups gaining rights and others being excluded.

30 Chouliaraki (2024), 124.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Legal criticism needs therefore to address not only the political formations that inform the creation of new laws but also the politics that accompany concrete applications of law. As Gerstenberger writes:

> The task of legal criticism is not to demand an apolitical jurisprudence, but to analyze the politics that have found their way into specific judgments.[31]
>
> Nicht die Forderung einer unpolitischen Rechtsprechung, sondern die Analyse der Politik, die in konkrete Urteile Eingang gefunden hat, ist Aufgabe von Rechtskritik.

Gerstenberger is the first of many contributors in this volume to take up the trope of law as perpetual struggle. This trope will be explored in depth by Carolina Alves Vestena, Ralph Grunewald, and Tim Wihl, and to a lesser degree by Susanne Krasmann and Christian Schmidt.

The following two essays speak to one another in that both demand a de-gendering of existing legal practices that disadvantage women and members of queer families. Whereas Benno Zabel's text addresses the patriarchal structures that inform how law deals with gender and sexuality-based violence, Esther Neuhann's essay argues that German family law hinders noncisheternormative family structures.

Zabel's "Recht, Ohnmacht, Geschlecht oder: warum die Gewalt nicht enden will" (Right, Powerlessness, Gender or: Why Violence Doesn't Want to End) speaks to the entrenched problem of dealing with intimate partner and sexualized violence legally. Zabel asks why, despite the formal equality of rights between the genders, violence against women continues unabetted. An examination of women and feminized legal subjects' vulnerability highlights reasons for law's never-ending violence. Distinguishing

31 All citations are from Heide Gerstenberger in this volume.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

between femicides and intimicides, Zabel demonstrates how instances of private violence reveal law's "gendered DNA."[32] For instance, the state has historically protected women better outside of marriage than within it.

Rather than an abolitionist break from existing law, Zabel calls for transformation through taking gendered experiences of violence seriously:

> A different approach to gender relations and conflicts can only be achieved if subjects' suffering and undesirable normative developments are recognized as having the potential to enact change, as driving forces for eliminating oppressive power structures.
>
> Ein anderer Umgang mit Geschlechterverhältnissen und -konflikten, lässt sich nur erreichen, wenn auch die Leidenserfahrungen der Subjekte und die normativen Fehlentwicklungen als Veränderungspotentiale, als treibende Kräfte erkannt werden, um freiheitsunterdrückende Herrschaftsverhältnisse aus dem Weg zu räumen.

Zabel's essay sets the scene for Esther Neuhann's "Die fortschrittshemmende Kraft des (Familien-)Rechts" (The Progress-Inhibiting Power of (Family) Law). Neuhann argues that while new forms of co-parenting have gained societal acceptance, German family law continues to insist on the "dogma of two parents" with equal rights.[33] Alternative family models with more than two caring adults, such as in queer care communities, go unrecognized. Thus, family law promotes the classic model of the nuclear family even though this model relegates women to dependence and the exclusive performance of care work. As Neuhann argues:

> The law therefore turns the thesis that the nuclear family is (still) best for the child into a self-fulfilling prophecy – and thus slows down social developments that could enable freer and more equal care communities and gender relations.

32 All citations are from Benno Zabel in this volume.

33 All citations are from Esther Neuhann in this volume.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

> Das Recht macht daher die These, dass die Kleinfamilie (immer noch) das Beste für das Kind sei, zu einer sich selbsterfüllenden Prophezeiung – und bremst somit gesellschaftliche Entwicklungen, die freiere und gleichere Care-Gemeinschaften und Geschlechterverhältnisse ermöglichen könnten, aus.

Family law reduces the acceptance of alternative family models. Therefore, a more conscious and critical approach to its norm-setting power is necessary.

Franziska Martinsen's "Menschenrechte *nicht* nicht wollen können" (Not Being Able to *Not* Want Human Rights) closes the set of essays that critique the political underpinnings of law and rights recognition processes. Martinsen deals with a common saying in post- and decolonial discourse, that human rights cannot *not* be wanted, demonstrating that the double negation reveals tensions between the normative affirmation of human rights and the simultaneous critique of these rights as Eurocentric and based on concepts of individual ownership that exclude collectivity.

Martinsen highlights three sources of tension concerning human rights: One, human rights promise protection but often remain ineffective, for example, for refugees or stateless persons. Two, human rights are considered universal yet are based on contingent historical conditions and Western norms. Three, from a postcolonial perspective, human rights further colonial structures and racialized power asymmetries. Thereby, an idealized Western subject is contrasted with a devalued 'other.'

Martinsen advocates for a more inclusive, contextually sensitive, and dialogic conception of human rights as "universalizable"[34] rather than as universal. This reconception would allow human rights to be mobilized against injustices caused by colonialism and to have an emancipatory effect. As she writes:

34 All citations are from Franziska Martinsen in this volume.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

> The [first step constitutes recognizing the] difference between an undifferentiated universalism [regarding human rights] that ignores particular variants and deviations, on the one hand, and an openness to a difference sensitive, inclusive universalization [of human rights], on the other. This difference sensitive and inclusive universalization of human rights has to be continually reactivated. Recognizing the difference makes it possible, in a second step, to apply corresponding legal norms to explicitly combat the injustice[s] that colonialism itself has produced, despite the colonial entanglements of these norms.
>
> Der Unterschied zwischen der Setzung eines undifferenzierten, partikulare Varianten und Abweichungen ignorierenden Universalismus auf der einen Seite und der Offenheit für eine differenzaffine, immer wieder aufs Neue zu reaktualisierende, inklusive Universalisierung auf der anderen ermöglicht in einem zweiten Schritt, entsprechende Rechtsnormen trotz ihrer kolonialen Verstrickungen zu nutzen und sie explizit gegen das Unrecht einzusetzen, das der Kolonialismus selbst produziert hat.

IV. Examining Legal Subjectivity and Subjugation

Susanne Krasmann's "Das Subjekt des Rechts? Für eine relationale Perspektive" (The Subject of Law? For a Relational Perspective) examines the question of who or what can be considered the subject of human rights. It speaks to Martinsen's decolonial examination of human rights but moves the discussion into a posthumanist critique of legal subjectivity. Departing from Jacques Rancière's political theory, Krasmann problematizes the liberal concept of rights, which conceives of the subject as an autonomous individual, to examine the transfer of elementary rights to non-human entities such as plants, animals, mountains, rivers, and ecosystems. As Krasmann argues, for all of their seeming progressiveness, these extensions follow the liberal legal emphasis on subjective rights.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Calling for a more radical perspective than that of Rancière, Krasmann proposes a relational approach to human rights that decentralizes the individual as rights-holding subject and acknowledges that humans cannot exist without their surroundings. She illustrates this point using the phenomenon of urbicide – the deliberate destruction of cities – as witnessed in Russia's war against Ukraine. Urbicide destroys not only buildings but also the social, cultural, and material fabric of urban life that lends protection and creates a sense of belonging. Rather than a self-centered concept of the human, Krasmann argues that humans need to accept relational ties:

> Yet to decenter the central figure of the legal subject – and the human being – requires more. […] it would mean recognizing that people are nothing without others: without other people, other living beings, without built things and so on.[35]
>
> Doch die zentrale Figur des Rechtssubjekts – und des Menschen – zu dezentrieren, erfordert mehr. Es hieße […] einzusehen, dass Menschen nichts ohne ein anderes sind: ohne andere Menschen, andere Lebewesen, ohne Gebautes und so fort.

The critical examination of legal subjectivity continues in Daniel Loick's "Recht, *race* und relationale Subjektivierung" (Law, *Race*, and Relational Subjectification). Like Krasmann, Loick adopts a relational perspective to explore the divergent effects of law in the highly racialized context of the United States, arguing that law subjugates some individuals while empowering others. The 2020 police murder of George Floyd occurred nearly simultaneously to Amy Cooper's invocation or racial privilege in Central Park, when she called the police to say that she was being threatened by an African American man after having been challenged by a Black birder to curb her dog. Such events demonstrate how modern, liberal legal systems distribute rights unequally. This inequality

35 All citations are from Susanne Krasmann in this volume.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

is systematically inscribed in law, which reproduces social differences along dominant axes of power:

> Law is both subjugating and empowering. It empowers some by subjugating others.[36]
>
> Recht ist beides, unterwerfend und ermächtigend. Es ermächtigt die einen, in dem es die anderen unterwirft.

By creating normative entitlements, law shapes subjective attitudes to create a sense of entitlement. Law authorizes the disciplining of those who are perceived as threatening entitlements, as demonstrated by Amy Cooper's call to the police. The affective dimension of law creates a permanent mechanism of exclusion that continues in the form of racial capitalism. As long as it is based on an unequal distribution of power, law will remain trapped in this relational logic. Liberation can only be achieved by turning away from the model of legal subjectivity that finds freedom in the punishment of others.

According to Carolina Alves Vestena's "Rechtskämpfe auf einem unwegsamen Terrain" (Legal Battles on Rough Terrain), legal criticism is necessary because, despite the principle of equality, only selected individuals have privileged access to law. Legal criticism needs therefore to address law's power-stabilizing effects and examine how law triggers new conflicts:

> The law does not remain untouched by its environment: legal struggles are the objective manifestations of social struggles in the juridical field.[37]
>
> Das Recht bleibt hier von seinem Umfeld nicht unberührt: Rechtskämpfe sind die objektive Erscheinung sozialer Kämpfe im juridischen Feld.

36 All citations are from Daniel Loick in this volume.

37 All citations are from Carolina Alves Vestena in this volume.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

For Vestena, social struggles transfer antagonisms into the logic of law and are played out on the rough legal field. Social inequality occurs at the level of substantive legal conflicts, and professional jurists vacillate between interpreting norms and negotiating conflicts of interest. Emphasizing its central ambivalence, Vestena argues that law can cement social inequalities, on the one hand, and provide the basis for progressive transformation by neutralizing social contradictions, on the other. Legal battles can be won when social movement actors cooperate with lawyers, who render collective action compatible with law.

Christian Schmidt's analysis of law proves more critical than Vestena's espousal of law's ambivalent role in social movements. Schmidt's "Rechtsfreie Räume" (Lawless Spaces) questions the common demand that there should be no lawless spaces. While this slogan appears plausible given crimes such as human trafficking and child pornography, closing "lawless spaces" goes hand in hand with increased control. The cost of such closures, Schmidt attests, are felt in increased policing and surveillance, since legal enforcement disproportionately targets marginalized groups, for instance racialized, queer, and poor persons, while failing to protect these persons from the violence of dominant groups and the expansion of state power. Additionally, legal controls create new offenses by depoliticizing social conflicts. Political struggles such as those concerning housing are transformed into legal regulations that render collective mobilization difficult and curtail democratic debate. As Schmidt writes:

> In many cases, closing lawless spaces means that political conflicts and the forms of debate surrounding these conflicts are recoded. The problematizations, negotiations, and struggles in which questions of legality and legal regulations play only a subordinate role or no role at all are replaced by their juridification (*Verrechtlichung*).[38]

38 All citations are from Christian Schmidt in this volume.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

> Rechtsfreie Räume zu schließen, heißt also in vielen Fällen, dass politische Konflikte und die Formen der Auseinandersetzung um diese Konflikte recodiert werden. An die Stelle der Problematisierungen, Aushandlungen und Kämpfe, bei denen Fragen der Legalität und gesetzliche Regelungen überhaupt nur eine untergeordnete oder gar keine Rolle spielen, tritt deren Verrechtlichung.

While acknowledging its seductive power, Schmidt concludes that juridification is often counterproductive, with implications for legal criticism:

> Instead, legal criticism must aim to open up social and political spaces. Under the battle cry, "There should be more lawless spaces!" it must seek to free these spaces up from the constraints and tyranny of the law.
>
> Die Kritik des Rechts muss stattdessen darauf zielen, die gesellschaftlichen und politischen Räume zu öffnen. Unter dem Schlachtruf: „Es soll mehr rechtsfreie Räume geben!", muss es ihr darum gehen, diese Räume von der Einengung und Tyrannei durch das Recht zu befreien.

V. Defending the Rule of Law during Democratic Crisis

The next set of essays describes what the authors understand to be a democratic crisis, in which judicial independence or the liberal rule of law is fundamentally threatened. This recurs to the theme of polycrisis described at the beginning of this text.

Anat Rosenberg opens the discussion with her "Affective Propaganda and Liberal Legalism in Israel." In a history of the present, she recalls the protest that took place continuously after the Netanyahu coalition government took power in December 2022 and until 7 October 2023. The protest defended Israel courts' liberal-democratic power to check executive power and limit legislation as well as the separation of powers. Rosenberg traces the affectively resonant mediatized means that were employed

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

to defend the liberal judiciary and explicates the "juris-affective hold" that legal-political symbols took on. Examining affective reverberations, Rosenberg explains how the Declaration of the Establishment of the State of Israel, 1948, for instance, became a "sacred scroll of liberal-democratic norms."[39] Her analysis suggests the need to rethink liberal legalism as based solely in rationality.

Rosenberg's text also challenges Robert Cover's notion of nomos as an expression of High Culture in that it recognizes social media's performative power as a vehicle of resistance, which was used in this case to awaken "the liberal bear." Popular media lent the protest the affective resources needed to defend liberal legalism against authoritarian attack:

> Affective propaganda injected liberal legalism with value in the face of depreciating forces and temporarily saved it. The tools that made critique into a weapon were turned around and at least for a while gave the liberal rule of law an affective popularity with which to battle populism.

The text, like Rosenberg's more recent one quoted from above, acknowledges that treating Israeli symbols as reverential has become extraordinarily problematic after 7 October 2023, and, as she describes it, the "horrors" of what followed in Israel and in Gaza.[40]

Like Rosenberg, Jonas Heller analyzes the problematic historical present in his essay "Chefsache: Die Entkräftung des Rechts durch gegenstaatliche Souveränität" (A Matter for the Boss: The Weakening of the Law through Counter State Sovereignity). Heller investigates the form of executive sovereignty embodied by Donald Trump, Javier Milei, and Jair Bolsonaro. These politicians deploy a sovereignty that differs from Carl Schmitt's model of central decision-making power in the service

39 All citations are from Anat Rosenberg in this volume.

40 Rosenberg (forthcoming).

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

of state order and from Judith Butler's concept of bureaucratized sovereignty, which diffuses into administrative action. Rather, they employ a "sovereignty against the state":[41]

> In this altered form of sovereignty, the executive personalism of the first model is combined with the population-administering managerialism of the second. At the same time, [this sovereignity] differs from both models in that it aims at a problematic equality in the name of unrestricted individual freedom.
>
> In dieser veränderten Form der Souveränität verbindet sich vielmehr der exekutive Personalismus des ersten Modells mit einem bevölkerungsverwaltenden Managerialismus des zweiten. Zugleich unterscheidet sie sich von beiden Modellen darin, dass sie im Namen einer schrankenlosen Freiheit der Individuen auf eine problematische Gleichheit zielt.

Politicians like Trump direct their actions against the regulated state order, while adopting an authoritarian management style. Executive decision-making and neoliberal population management merge into policies that are directed against the state, law, and social justice measures. Accordingly, those who "do not perform" are treated as superfluous:

> The individual freedom embodied and promised by the new sovereign state of exception results in repressive equality.
>
> Die individuelle Freiheit, die das neue souveräne Ausnahmehandeln verkörpert und verspricht, hat eine repressive Gleichheit zum Resultat.

The next essay continues the negative diagnoses of the curtailment of legal independence through political interests. Ralph Grunewald's "The Mundane Tasks of Any Legal System and the Vanishing Promise of Legal Certainty" laments the loss of predictable legal interpretation in common law settings such as the United States. Grunewald first examines criminal law cases

41 All citations are from Jonas Heller in this volume.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

in which the court decided to reinterpret the substance of the criminal offence so as to punish actions after the fact, for instance, the failure to keep someone from killing themself, or the failure to impede one's child from killing other students as forms of manslaughter. Legal certainty is lost when prosecuted persons could not have known the implications of their actions.

Grunewald moves on to a close reading of Rudolf von Jhering's "The Struggle for Law" ("Der Kampf ums Recht," 1872) and interprets the "struggle" in the title as based on an effort to achieve legal reforms and guard against vigilantism or excessive *Rechtsgefühle* (legal feelings or affects). Grunewald's dismay at the loss of legal certainty in the United States takes in the Trump administration's attacks on judicial independence, including the order that the Attorney for the Southern District of New York dismiss the indictment against New York mayor Eric L. Adams, because prosecutors have to "make good-faith arguments in support of the Executive."[42] As Grunewald points out, without legal certainty, structurally weaker parties have no recourse to justice:

> Laws must serve those on the fringes because they have no clout, no leverage, or anything else that gives their status stability. They cannot rely on a powerful community that shares their values or understands them. Law is what allows them to anticipate the consequences of their actions.

Sara Gebh's "Subversion durch Recht: Radikaldemokratie und der Entfremdungseffekt alternativer Ordnungen" (Subversion through Law: Radical Democracy and the Alienation Effect of Alternative Orders) differs from the other three essays in this section of the volume in that it focuses on the relationship between democracy and law rather than law in crisis. Gebh affirms that law can provide emancipatory impulses. Radical democratic thinking needs to harness the subversive potential of law – not only against but through the law – to transform existing normative orders. If

42 All citations are from Ralph Grunewald in this volume.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

law is challenged, for instance through civil disobedience, power relations can shift.

Contrary to the Marxian tradition, Gebh views alienation positively – as a driving force in achieving radical democracy, because democracy thrives on the constant disruption of the status quo. Alienation is not a deficit but provides the productive distance needed to enable democratic renewal through legal means:

> Used as a source of alienation, law can therefore be subversive. It not only has a stabilizing effect on the status quo, but is also used for the purpose of criticism, disruption, and transformation.[43]
>
> Eingesetzt als Quelle der Entfremdung kann Recht also subversiv sein. Es hat nicht nur einen stabilisierenden Effekt auf den Status Quo, sondern wird ebenso zum Zweck seiner Kritik, Erschütterung und Transformation eingesetzt.

To address the "incompleteness of the democratic project," democracy must be constantly challenged. Gebh's analysis manifests one of the most positive readings of law's jurisgenerative potential in this volume. The essay looks forward to the legal pluralistic texts that comprise the next section.

VI. Pluralizing Law / Law's Pluralities – Die Vielfalt des Rechts

Gerlov van Engelenhoven's essay "Law, Justice and the Problem of Universalizability: The Case of *adat* Law" demonstrates that as soon as one takes a pluralistic approach to law, one departs from discussions of what law is to focus instead on what law, or normative regulations, performatively do. Van Engelenhoven uses the example of *adat*, which originally meant that which could not be circumscribed by Islamic law in the area that now comprises Indonesia. Following the history of *adat*'s uneasy relationship with

43 All citations are from Sara Gebh in this volume.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Dutch colonial law, including efforts to incorporate this changing set of customary regulations into codified law, van Engelenhoven explicates *adat* as "an exemplary case for the critique of law, in that it points toward a fundamental problem of law, that is, its relationship to justice."[44]

Whereas law, in the Western state-centered sense, seeks to be generalizable, justice is always – like *adat* – situational and can have multiple meanings:

> What is *adat*? [...] It was always *who is doing adat, under which circumstances and for which purposes?* [...] *adat*'s negotiable and situational character resembles the Deleuzian idea of *multiplicity*.

Van Engelenhoven argues that *adat* demonstrates that law is "based in the needs of whoever is shaping it in a particular time and place, for better or worse" and can hence only be understood selectively in terms of "who is executing [law] on behalf of whom, and in defiance of whom, for which reasons and under which circumstances." One needs to attend not only to law's situated qualities but also its "affective dimensions."

Franz-Willem Korsten's "Towards an Ecological Legal Culture? Law's Incapacity to Critically Reconfigure Itself" could also have been included in the section of texts on law's failures, as the essay considers national and international law's steadfast neglect of ongoing environmental destruction. Korsten bases his critique on the Netherlands, where, due to the degradation of the nation's waterways through industrial farming, "biodiversity [...] is currently at only 15 % of its expected level."[45] Continuing in the same vein as van Engelenhoven's emphasis on the affective dimensions of pluralistic law, Korsten promotes a defense of the environment based on obligations rather than individualized rights.

---

44 All citations are from Gerlov van Engelenhoven in this volume.

45 All citations are from Frans-Willem Korsten in this volume.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Korsten argues that the expansion of environmental laws that attribute legal personhood to rivers and other natural entities has led to "legal absurdities":

> it makes more sense to recall Ockham's razor and consider human obligations (of all legal subjects and persons) as the basis of legal thinking, practices, and attitudes. Giving rights to a mountain to protect it against pollution is a complex substitute for imposing a simple obligation: that people should not pollute.

Korsten applies intersectional critique to legalistic efforts to differentiate between types of harm to displace responsibility, as well as to continue to view the environment in the patriarchal terms that underlie Roman-law based legal systems. Accordingly, the environment is conceived of as a household, whose "*pater familias* rul[es] his household and keep[s] it in good order." Instead, Korsten advocates for a new *Rechtsgefühl*, or structure of feeling – to use Raymond Williams's concept – that would consider the environment in relational, planetary, and affective terms. Implementing such a structure of feeling would entail the creation of a new legal culture. Korsten's essay looks back to Susanne Krasmann's critique of the extension of legal personality to non-human entities, a topic that Eva Maria Bredler will take up as well.

I have chosen to place Cheryl Suzack's "Countering the Criminalization of Indigenous Land Defenders" after Frans-Willem Korsten's essay, because Suzack similarly performs a critique of current land regulations. In her case, critique is based on Indigenous human rights. Suzack reviews the "ten-year struggle of the Wet'suwet'en peoples [in Canada] to protect their land from pipeline trespass by Coastal Gaslink Ltds and other fossil fuel companies" as well as efforts to expose the "silencing practices"

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

used against land defenders in an Amnesty International Report and the documentary film *Yintah* (2024, which means "land.")[46]

Suzack argues that documentaries and international human rights organization reports counter the criminalization of Indigenous land defenders. These formats offer first-hand reports of human rights abuses by the Royal Canadian Mounted Police that were intended to demean and dehumanize. Abuses included placing Indigenous land defenders in shackles or forcing them into dog cages for transportation, or making rape jokes about Indigenous women in these women's presence. The reports and the documentary "generate discomfort" by making colonial power relationships visible. Taking on the usually excluded perspective of land defenders, the documentary offers "an understanding of Indigenous law and Wet'suwet'en justice," including "Indigenous human rights obligations that are premised by community consultation and respect for free, prior, and informed consent."

The film leaves the viewer and the persons it depicts with uncomfortable questions such as: How can the land defenders "restore their lifeways when the disputes end?" The struggles of the Wet'suwet'en peoples to practice "Indigenous reconciliation" suggest that current understandings of human rights, property rights, and land ownership are based on untenable legal principles.

Eva Maria Bredler's "Wie ist es, ein Affe zu sein?" (What Is It Like to Be a Monkey?) examines the ambivalence of assigning legal subjectivity to non-human beings, echoing themes from Krasmann's and Korsten's essays. The prima facie progressiveness of these entitlements comes at the cost of further establishing legal personality as a hegemonic and leveling form. The text discusses attributions of legal personality to non-human beings, such as the chimpanzee Cecilia in Argentina in 2016, on the background of

46 All citations are from Cheryl Suzack in this volume.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Franz Kafka's story "A Report to an Academy" (1917), in which the ape Rotpeter becomes human.

The boundary between "res" and "persona" is fluid and historically contingent, as the exclusion of enslaved persons from the realm of legal personality during the nineteenth century and current "legal black holes" demonstrate.[47] These black holes include prisoners in Guantánamo like Murat Kurnaz or migrants in the Mediterranean. Bredler attests that Rotpeter could only gain rights and become human by conforming to the image of a "civilized European" – hardly a liberatory escape from the cage:

> It is not enough to bring new (involuntary) actors into the ensemble of human rights theater and, undeterred by the outside world, perform the same play, a reflection of the world. Rather, what is needed is a different sensibility, an ethics of responsibility that breaks through the fourth wall of the human rights theater and illuminates the causes and contexts of legal conflicts.
>
> Es reicht nicht, in das Ensemble des Menschenrechtstheaters neue (unfreiwillige) Akteure aufzunehmen und unbeirrt von der Welt draußen das gleiche Stück aufzuführen, ein Abbild der Welt. Vielmehr braucht es eine andere Sensibilität, eine Ethik der Verantwortung, die die vierte Wand des Menschenrechtstheaters durchbricht und die Ursachen- und Entstehungskontexte rechtlicher Konflikte ausleuchtet."

Bredler calls for radical change. An ethical relationship that goes beyond the logic of domination needs to be established. In such a radically different form of coexistence, the question would no longer be, "How similar are they to us?" but rather, "What is it like to be a monkey?"

47 All citations are from Eva Maria Bredler in this volume.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

VII. Reconstructing Law through Alternative Sources —- Rekonstruktion des Rechts durch alternative Quellen

The title of this section references Daria Bayer's "Reconstructing the House of Law." Bayer's artistic and academic work, here and elsewhere, envisions a transformed law that makes use of alternative formats in which to practice law and legal critique and create alternative normative frameworks.

The section begins with Tim Wihl's "Der Kampf mit dem Recht" (The Struggle with Law). Wihl takes up the trope of the incessant battle with and against law by exploring the surplus of meanings in "*Kampf mit dem Recht*," which, in English as in German, can denote the "struggle" or the "battle with" the law, or the "struggle" or "battle" against the law. Additionally, the dual meanings of "*Recht*" as law and as justice create further polysemy.

Wihl describes the struggle with and against law as a "double-double conflict."[48] The application of the law involves a constant struggle with law; and the fight against the law cannot be undertaken without employing legal means:

> The struggle with the help of the law is also a struggle against the law; and the struggle against the law cannot be waged without the help of the law.
>
> Der Kampf mit Hilfe des Rechts ist auch einer gegen das Recht; und der Kampf gegen das Recht kommt nicht ohne den Kampf mit Hilfe des Rechts aus.

In a critique of law's "colorblindness" and goal of universal validity, Wihl argues that law must recognize difference, for instance in anti-discrimination cases, without descending into arbitrariness. Law has to be multi-perspectival rather than neutral. Judges cannot judge blindly, but, taking up Gustav Radbruch's concept of a "bad or guilty conscience," can only render just decisions with

48 All citations are from Tim Wihl in this volume.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

such a conscience. Wihl calls for a law that acts as a vehicle for socially effective democratic transformation. A new political theology of law would focus on love rather than on the state of emergency to "demand the impossible." The goal of such a post-autonomous law is to be pluriversal, relationship-oriented, and open to radical democratization.

Almas Khan's "Metacritique and Black Lives Matter Judicial Opinions" follows after Wihl because the essay promotes a legal order that addresses systemic racism by using alternative sources to reform law. Khan's essay also recurs to Cheryl Suzack's discussion of Indigenous human rights and land practices, by showing that Black Lives Matter judicial opinions depart from the impersonal legal language that Suzack also criticizes. As Khan writes, Black Lives Matter judicial opinions

> are a key site to consider how criteria traditionally used to deem judicial opinions canonical have constituted the form as a white space. Black Lives Matter opinions challenge assumptions about the judicial opinion as an authoritative, insular, and impersonal form reinforcing an oppressive status quo.[49]

Khan reviews Black Lives Matter judicial opinions that, since 2013, have countered the white-centrism of U.S. American law by including Black perspectives. These perspectives remedy those typical "judicial depictions of race [that] can be [experienced as] epistemologically violent" by Black persons.

Since Black perspectives have been omitted historically, Black Lives Matter judicial opinions reference alternative sources, such as African American literature and personal testimony. Citations of African American literature serve to "vivify lived experiences," and Black judges' references to their own experiences create "counter-archive[s] of intertwined personal and public histories." Providing much needed forms of metacritique, "Black

49 All citations are from Almas Khan in this volume.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Lives Matter opinions broaden perspectives represented in a form that has historically privileged white voices."

Karina Theurer's "Epistemologische Dekolonisierung – die Überwindung von Eurozentrismus und kolonialem Rassismus als wesentlicher Bestandteil von Reparationen im deutsch-namibischen Versöhnungsprozess" (Epistemological Decolonization – Overcoming Eurocentrism and Colonial Racism as an Essential Part of Reparations in the German-Namibian Reconciliation Process) continues the series of decolonial and anti-racist analyses of law. Theurer's text also speaks to Khan's because it also explicitly addresses epistemological violence.

Theurer analyzes the importance of performing epistemological decolonization in the German-Namibian reconciliation process. In 2015, Germany became the first former colonial power to begin negotiations on reparations for colonial crimes. Yet the German government nonetheless cites the principle of intemporality, according to which a historical injustice can only be adjudged according to the law at the time it occurred. Decolonial legal theories, however, explicate how international law has historically legitimized colonial violence and reinforced racist structures. This history of exclusions continues to hinder making reparations for colonial crimes, as in the case of the Ovaherero and Nama.

Inclusive international law requires the recognition of non-Eurocentric knowledge systems: "The transformative potential of critical legal research and strategic litigation lies in making visible the concealment of the reproduction of domination in law."[50] Theurer reflects on occlusions in existing law as follows:

> Power relations and domination are most effectively (re)produced through law when the underlying differences are socially and cul-

50 All citations are from Karina Theurer in this volume.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

> turally constructed as natural and outside the scope of law and legal access.
>
> Machtverhältnisse und Herrschaft werden durch Recht am effektivsten (re-)produziert, wenn die ihnen zugrunde liegenden Unterschiede als natürlich und außerhalb des Rechts sowie des rechtlichen Zugriffs liegend sozial und kulturell konstruiert sind.

Theurer concludes that Germany must actively incorporate decolonial perspectives in the reparation process.

The final two essays in the volume speak strongly to one another. Both address the possibility of transforming legal critique through embodied, performative means. Daria Bayer's "Reconstructing the House of Law" plays with the parable of Kafka's short story "Before the Law" ("Vor dem Gesetz," 1915) in that it investigates the difficulties artists and other lay people have in entering the seemingly impenetrable gates of law.

Reasons for this impenetrability are multiple: "Laws are formulated in technical language. Legal procedures take a very long time. German bureaucracy and courts still work mostly with paper. A lot of paper."[51] In considering how to reconstruct law, Bayer references Audre Lorde's insight into the structural difficulty of combating racism and sexism with historically problematic, existent methods, for "the master's tools will never dismantle the master's house."[52]

Bayer proposes that law be constantly reconstructed, recognizing that "law is not only the frame in which art takes place but is the framework for all our social interactions." She asks "enlightened citizens" and "critical legal scholars" to "push wide open the entry door of the house of law" to achieve its transformation. Bayer also meditates on a legal turn in the arts, in which law has become the object of artistic practice while it is simultaneous-

51 All citations are from Daria Bayer in this volume.
52 Lorde (2020 [1970]), 39–44.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ly recognized as a feared force of regulation. She requests that lawyers not romanticize the arts in view of the material precarity of lives spent pursuing artistic endeavors. Rather, lawyers need to recognize their privilege and embark on other forms of production than solitary critique:

> Our legal surroundings offer a stable framework with less precarious conditions in which to take the risk of producing art than in the art market. We should be willing to take this risk because there is a difference *in form* when we consider the law through the artistic lens as an object of *art*, if we try not only to criticize, but to actively *create* something.

Actively deconstructing formal restraints can lead to the transformative reconstruction of law.

Laura Petersen's "Feet Notes: Walking as a Technique of Law and Humanities Education" concludes the volume with an essay that provides a wonderful play on words and academic form. Meditating on how authority is conveyed through footnoting, Petersen requests that readers leave familiar referencing habits behind and literally go outside for a walk. She describes this Law and Humanities project as an effort to be in immediacy rather than in a retroactive act of looking back deferentially to those who came before us in the archive of knowledge. In her own words:

> As an early career researcher attempting to stand on the shoulders of giants, these tiny superscript foot note numbers are freighted with that sense of responsibility to the past, as well as a responsibility to ethical scholarship regarding attribution and accuracy.[53]

She proceeds to move through fellow colleagues' efforts in Law and the Humanities to take their students outside of the classroom, to go on "legal walks" to interact bodily with legal spaces or "lawscapes." As Petersen points out, during the pandemic, the streets "became very legible as an act of law – it was a dance

53 All citations are from Laura Petersen in this volume.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

with a set choreography [...] full of allowed and not-allowed movements and face-coverings." Accordingly, legal scholars may wish to consider their preoccupation with footnotes from a material perspective:

> Noticing the practice of writing with footnotes means thinking about what it means to practice a scholarly ethos and join a community of scholars. But it also means noticing the way form matters, and materially affects the way we write and what we are able to say.

Petersen's essay invites scholars to clear pathways for the future by adopting new forms of articulation and choosing to move into creative critical spaces.

The Future of Law and Critique

Based on the manner in which their author approaches law and critique, the twenty-nine essays assembled here suggested the titles for the sections. Similarly, the overview of the essays above reveals common themes that comprise topics for future law and critique research and activism, in the "during" and the "after" of polycrisis.

Notably, the essays vary in their degrees of abolitionism and critique. Esther Neuhann's condemnation of German family law, Susanne Krasmann's critique of subjective rights, Daniel Loick's analysis of the racial inequality inscribed in current law, Christian Schmidt's call for law-free spaces, Frans-Willem Korsten's diagnosis of law's failure to protect the environment, Cheryl Suzack's witnessing of the destruction of Indigenous human rights, and, finally, Eva Maria Bredler's demand for a radically different sensibility as the basis for co-existence could all be described as to some degree abolitionist. All of the authors suggest the need for alternative normative ordering systems that can only be founded when the failings of existent law are fully recognized. Hence, the

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

need for radical critique. Other authors focus on the necessity of defending existing legal institutions from interference during the current political moment (Heller, Grunewald). For them, legal critique serves as a means to protect judicial independence.

The critique of law's imbrications with hierarchical social structures constitutes a powerful theme throughout the volume. Hence, Carolina Aves Vestena's discussion of law's fundamental ambivalence proves to be a leitmotif. Benno Zabel describes the necessity for law to depart from cis-heteropatriarchal structures, a point that Esther Neuhann makes even more strongly in her critique of German family law. Many authors practice critical race, posthumanist, and decolonial criticism of law and human rights, and Jochen Bung suggests a reconstitution of law based on mutual understanding.

Concentrating on the aftermath of legal critique's crisis, authors such as Sarah Gebh, Eva Maria Bredler, and Daria Bayer reflect on law's capability to enact positive change. They envision a transformed law and legal practice as vehicles of emancipation (Zabel, Martinsen), or even as capable of ushering in radical or wild democracy (Gebh, Wihl). For the authors who critique law and critique in itself, such as Ino Augsberg and Claudia Wirsing, legal reform must arise within law as an intrinsically motivated act of differentiation, a point that Ralph Grunewald echoes in his discussion of Rudolf von Jhering's concept of the struggle for law as an internal process of renewal.

Many readings of the politics of law focus on law's failures, its submission to economic interests (Bung, Korsten), its inability to reckon with the uneven distribution of entitlements it legitimates (Loick), or its link to violence (Wirsing). Stanley Fish derides legal criticism's affinity with identity politics. By contrast, most of the other authors call for the explicit politicization of legal critique. To achieve a re-politicized law, as Malte-C. Gruber attests, legal practitioners are charged with enacting change. Oth-

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

er contributors also make explicit calls on legal actors to join with activists in altering current law (Vestena, Bayer), or to seek dialogue with conservative legal practitioners so as to hinder further political polarization (Wright).

A transformed law can only be achieved through a renewed sense of responsibility (Vogelmann) or through an understanding of law that is not based on individualized and defensively guarded rights, but on obligations (Korsten, Suzack). Autonomized rights and the expansion of attributions of legal subjectivity to non-human animals or other natural entities prove inadequate in addressing the planetary challenges of the present. Hence, Frans-Willem Korsten, Susanne Krasmann, and Eva Maria Bredler all critique the seeming progressiveness of assigning legal personality to animals or other non-humans. Rather than the current rights orientation of law, authors posit the need for a law based in relationality (Krasmann, Korsten), or for a human rights founded on the postcolonial critique of universality (Martinsen).

A point of contention that comes up in many essays is the degree to which law and legal critique contain affective elements and whether or not these elements have beneficial effects. Anat Rosenberg offers a contemporary history in which mediatized affect functions effectively in the defense of Israel's culture of legal liberalism. Gerlov van Engelenhoven and Tim Wihl, in turn, describe the centrality of affect to positive legal reform, as does Almas Khan. By contrast, Ralph Grunewald attests to the centrality of law's continuing to be practiced on the basis of legal certainty and impartiality. And Daniel Loick highlights how the affective dimension of law allows individuals who are entitled within their legal systems to authorize unjust actions.

The crises in legal practice and legal theory that have been caused by attacks on legal autonomy in democratic systems constitute another central theme in this volume. Theorists' varying remedies for how to defend law in polycrisis recur to my mention

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

of Mouffe's position in the first part of the introduction, that we live in a period of post-Habermasian political and, hence also, legal affect. For Grunewald "notions of popular justice" problematically interrupt the principle of due process and legal certainty. Discussions of affect and law also interface with the motif of the "struggle" or "battle" with law that recurs in many essays (Krasmann, Loick, Vestena, Schmidt, Wihl); the sense of struggle speaks strongly to our historical moment and the politicization of law and legal processes.

Another motif that runs through the collection is the critical emphasis on the impersonality of legal language and formats. Seeming impartiality can occlude the political underpinnings of law (Gerstenberger). For instance, U.S. American legal texts mask their racializing underpinnings by practicing supposedly colorblind justice. The neglect of historical injustices that was legitimized by law in colonial contexts functions as an epistemological violence that is felt, in particular, by those groups of people who have been made subject to racializing and colonial practices (Theurer). Newer forms of regulation, such as those offered by documentaries or NGO reports, are called for to make current injustices known, as against the Wet'suwet'en peoples in Canada (Suzack), or to create new archives of knowledge as in Black Lives Matter judicial opinions (Khan). Daria Bayer and Laura Petersen recommend creative formats for reconstructing law and performing legal critique.

Returning to an insight by Peter Goodrich in the essay that opened this collection: "The universe, to borrow a phrase, has to be met half-way." The call for an ecological reform of law to counter the current destruction of the planet informs not only Goodrich's text but also the essays by Susanne Krasmann, Frans-Willem Korsten, Cheryl Suzack, and Eva Maria Bedler. Embracing planetary thinking involves a critique of the current expansion of rights and new understandings of relations of care, obligation, and collectivity as we move legal critique into the future.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Literature

Chouliaraki, Lillie (2024). *Wronged: The Weaponization of Victimhood*. Columbia: Columbia UP.

Critical Legal Collective (n.d.). "Critical Legal Collective." Critical Legal Collective, n.d. Web. <https://criticallegalcollective.org/> (18 June 2025).

Haraway, Donna (1988). "Situated Knowledge: The Science Question in Feminism and the Privilege of Partial Perspective." *Feminist Studies* 14.3: 575–599.

Drzemczewski, Andrzej (2021). "The Erosion of the Rule of Law and of Judicial Independence in Poland since 2015: the Council of Europe's Reaction – too Little, too Late?" *Περιμένοντας τους Βαρβάρους. Law in a Time of Constitutional Crisi.* Ed. Jakub Urbanik, and Adam Bodnar. Warsaw: C.H.Beck. 149–168.

Flatscher, Matthias, and Sergej Seitz (2020). "Latour, Foucault, and Post-Truth: The Role and Function of Critique in the Era of the Truth Crisis." *Le foucaldien* 6.1: 1–23.

International Bar Association's Human Rights Institute (IBAHRI) (2012). "Courting Controversy: the Impact of the Recent Reforms on the Independence of the Judiciary and the Rule of Law in Hungary." Report. Web <https://documents.nycbar.org/files/IBAHR_Courting_Controversy_report_Hungarian_judiciary.pdf> (03 September 2025).

Jameson, Fredric (1987). *The Political Unconscious*. Abingdon: Routledge Classics.

Koch, Lars, Tobias Nanz, and Christina Rogers (2023). "The Great Disruptor. Eine Annäherung." *The Great Disruptor. Über Trump, die Medien und die Politik der Herabsetzung*. Ed. Lars Koch, Tobias Nanz, and Christina Rogers. Berlin, Heidelberg: Springer. 1–29.

Lorde, Audre (2020 [1970]). "The Master's Tools Will Never Dismantle the Master's House." *The Selected Works of Audre Lorde.* Ed. Roxane Gay. New York: W. W. Norton & Company, 39–44.

Menschenrechtsdiskurse in der Migrationsgesellschaft (MeDiMi) (n.d.). Menschenrechtsdiskurse in der Migrationsgesellschaft, (n.d.). Web. <https://www.medimi.de/>.

Neuvonen, Päivi J. (2025). "The 'Crisis of Critique' in EU Law." VerfBlog, 07 May 2025. Web. < https://verfassungsblog.de/the-crisis-of-critique-in-eu-law/> (03 September 2025).

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Okrent, Daniel (2004). "The Public Editor: Weapons of Mass destruction? Or Mass Distraction?" The New York Times, 30 May 2004. Web. < https://www.nytimes.com/2004/05/30/weekinreview/the-public-editor-weapons-of-mass-destruction-or-mass-distraction.html > (17 September 2025).

Olson, Greta (2023). "Why *Rechtsgefühle*? The Turn to Emotion and Affect in Legal Studies." *Feelings about Law/Justice. Rechtsgefühle*. Ed. Thorsten Keiser, Greta Olson, and Franz Reimer. Baden-Baden: Nomos. 17–53. Online.

rbb24 Inforadio (2025). "Rechtsprofessor: Bundespolizisten in unangenehmer Situation." rbb24 Inforadio, 03 June 2025. Web. <https://www.ardaudiothek.de/episode/politik/rechtsprofessor-bundespolizisten-in-unangenehmer-situation/rbb24-inforadio/14670611/> (03 September 2025).

Rosenberg, Anat (forthcoming). "Hope against Autocratic Legalism during the Democratic Crisis in Israel." LSE Working Papers.

Scheppele, Kim Lane (2018). "Autocratic Legalism." *The University of Chicago Law Review* 85.2: 545–584.

Södersten, Anna, and Edwin Herock eds. (2023). *The Rule of Law in the EU: Crisis and Solutions*. Swedish Institute for European Policy Studies.

Strike ~~Germany~~ (2024). "Statement." Strike ~~Germany~~, January 2024. Web. <https://strikegermany.org/en/archive/statement-jan-2024/> (05 September 2025).

The Pall Project (n.d.). The Pall Project, n.d. Web. <https://www.autocratic-legalism.net/>.

Uitz, Renata (2022). "The Rule of Law in the EU: Crisis, Differentiation, Conditionality." *European Papers* 7.2: 929–948.

Cases and Legislation

Trump v. CASA, Inc., 606 U.S. (2025).

Asylrecht (Somalia): Eilrechtsschutz gegen die Einreiseverweigerung, 6 L 191/25 (2025) (court order). Berlin.de, 02 June 2025. Web. <https://gesetze.berlin.de/bsbe/document/NJRE001609913> (05 September 2025).

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Part I: Historizing Law and Critique – *Historisierung von Recht und Kritik*

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Stanley Fish

Critical Legal Studies[1]

Critical Legal Studies (CLS) — a cross between Post Structuralism and the Frankfurt School that was all the rage in the 70's and 80's — was animated by a worry, no, a conviction, that the currently in place processes of adjudication and interpretation are inflected and infected by base motives, primarily the motive of a ruling political/economic class to shore up its power and privilege. Where Legal Realists urged the jettisoning of traditional legal rules (Llewellyn's "paper rules") because they were empty, CLS proponents (known as Crits) added to the indictment the accusation that those same rules are tools in the effort to maintain an illegitimate political and cultural hegemony. What makes them tools useful to that bad task is their indeterminacy, that is, their failure to generate a specific set of interpretive outcomes; they are thus normatively weak (to say the least) and can be made to point in any direction a skillful manipulator desires. Because the solemn sounding incantations of jurisprudential discourse don't have any direction of their own, they are, the Crits argue, the perfect (because empty) vehicle of a content — an agenda — that rather than announcing itself (as in "the goal is to further corporate interests") presents itself as the inevitable product of doctrinal inevitability. It just so happens, we're supposed to believe, that when the law is rigorously followed and its hallowed

1 This excerpt from the essay "Impossible Things" was previously published in the Christ the King 2023 issue of *The Lamp* magazine. It is reprinted with permission here in a slightly amended form that includes added references.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

vocabulary is set in motion, the result will be favorable to big business and masculine hegemony.

Law schools that teach doctrine as if it were coherent, logic-driven, and apolitical are, says Duncan Kennedy, in the business of "ideological training."[2] Students are being prepared "for willing service in the hierarchies of the corporate welfare state."[3] And according to Mark Kelman, professors of Law, or at least some of them, know that that the legal arguments they are teaching won't hold up under interrogation. "All the fundamental, rhetorically necessary distinctions collapse at a feather's touch... Law professors are, in fact, a kiss away from panic at every serious, self-conscious moment in which they don't have a bunch of overawed students to kick around."[4] (Kelman's mistake here — and it deserves an essay of its own — is to assume that distinctions rhetorically formulated and rhetorically upheld are unreal; they are what reality is made of.)

The chief distinction that must be seen through and collapse according to the Crits is the distinction between law and politics, a distinction that is necessary if law is to be considered an "impartial third" that does not side with either party in a controversy, but provides a disinterested judgment of the opposing claims. Law, in this traditional view, cannot be interested in outcomes; it can only be interested in the rigorous unfolding of its own procedures; any outcome those procedures generate is legitimate. It is this picture of law — basically the picture of liberal rationalism — that the Crits declare to be a cheat and a scam that can only be maintained if the law's political bias in favor of the status quo is hidden or camouflaged. That hiding is the work of law schools. Teachers, Kennedy complains, "convince students that

2 Kennedy (1982), 591.
3 Kennedy (1982), 591.
4 Kelman (1984), 322.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

legal reasoning exists and is different from policy analysis."[5] In short, teachers convince students that law is autonomous, that there *is* something called law that is more than various interest groups jockeying for political/economic advantage and using the shaky, ramshackle edifice of legal reasoning to support their unannounced causes.

Here is where CLS and Legal Realism at once meet and diverge. They meet in the conviction that the edifice is supported by nothing and supports nothing; it's transcendental nonsense. But where legal realists then turn to social science and say let's look at the facts of legal practice directly and without the distorting lens of an abstract vocabulary, Crits extend the critique to legal practice entire, which is in their view complicit at every level in the conspiracy against the public performed by the powers that be. The job the law currently performs is the maintenance of "status hierarchies [...] founded, at least in significant part, on sham distinctions,"[6] the very distinctions that are the content of legal reasoning as it is presently formulated. And the job Crits assign themselves — in essence a job of deconstruction — is to "unfreeze the world as it appears to common sense as a bunch of more or less objectively determined social relations and to make it appear as it really is,"[7] a landscape structured by self-interested forces that hide behind the mask of legal neutrality. The promise is that if we rip the mask away, we shall see that the hierarchies common sense now presents to us as natural are in fact constructed by malevolent political/economic agendas, and we will then be able "to take control over the whole of our lives and to shape them toward the satisfaction of our real human needs."[8]

5 Kennedy (1982), 596.
6 Kelman (1984) 325; see also Gordon (1982), 287–288.
7 Gordon (1982), 289.
8 Gabel/Feinman (1998 [1982]), 498.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

So that's the CLS program: demystify and remove the structures of perception, classification, understanding and evaluation that impose themselves on us (this is Llewellyn's anti-categorizing taken very seriously), and then… And then, what? This should by now be a familiar question for the readers of this essay. What remains when the categories of thought and action within which we routinely move and have our inauthentic being are delegitimated and discarded? And the answer should be familiar too. What remains is nothing, because in the absence of such categories — of any in place demarcations of the world that identify possible paths of negotiating it — thought has no direction either to maintain or move beyond, is nowhere and so can go nowhere.

But like all theorists, Crits are committed to going somewhere and where they are committed to going is hinted at in Gabel and Feinman's invocation of "our real human needs."[9] What exactly are real human needs and what are the unreal human needs they are opposed to? Real human needs in this polemic are needs that exist beyond or to the side of the manufactured needs that oppressive and illegitimate agendas create, as capitalism can be said to create the need for high-dynamic-range televisions and off-road SUVs. Real human needs are the needs we have by virtue of just being human, needs we experience *before* we experience the false needs foisted on us by alien and alienating cultural/institutional pressures. The key value in this picture is authenticity. "Existing legal thought," says Gabel, "helps to maintain the alienated character of our current social situation."[10] Because we fall into the roles demanded of us by categories of self-presentation we did not choose, we act in an inauthentic manner. Gabel offers an as example the bank teller whose every gesture and word is pre-scripted and insincere. As Gabel approaches, she

9 Gabel/Feinman (1998 [1982], 498.
10 Gabel (1984), 1563.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

"affects a cheerful mood"[11] and suggests that "she is glad to see me,"[12] whereas, in fact, she is just "playing the role of being a bank teller while acting as if her performance is real."[13] Gabel in turn performs the role of a cheerful customer with an equal "artificiality."[14] In concert each "withdraws" from a true self "and adopts a false self."[15] No genuine contact is made.

In the legal realm, this same kind of alienation is produced by a regime of rights that encourages individuals to think of themselves as discrete silos without any genuine connection or obligation to others. The rights-cosseted self is concerned only to protect his or her territory from external incursions — "I'm alright, Jack" — and has no impetus to engage in communal cooperation. "Rights talk"[16] leads us to "represent each individual […] as […] a passive locus of possible action rather than as in action with others."[17] The result is a "collective passivity"[18] which contributes to the maintenance of the status quo and its built-in inequalities. "We coerce each other into remaining passive observers of our own suspended experience, hiding together inside the anonymity of artificial self-presentation that perpetually keep us locked in a state of mutual distance."[19]

Is there a remedy? Crits Alan Freeman and Elizabeth Mensch think they have one. Fashion a new kind of community "where relationships might be just 'us, you and me and the rest of us,' deciding for ourselves what we want, without the alienating

11 Gabel (1984), 1567.
12 Gabel (1984), 1567.
13 Gabel (1984), 1568.
14 Gabel (1984), 1568.
15 Gabel (1984), 1572.
16 Glendon (1991), 3–7.
17 Gabel (1984), 1576.
18 Adapted from Gabel/Kennedy (1984), 28–29, 46.
19 Gabel (1984), 1581.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

third of the state."[20] Deciding for ourselves? And what "selves," exactly, would be doing the deciding? Presumably, selves without institutional or professional or commercial or educational or political attachments. But there are no such selves for the same reason that there is no intrinsic merit or innocently observed lawyerly performance. To be a self is to be located in a pre-given network of possible roles in relation to which choices and actions and intelligible and performable. (Performances *are* real.) I might be a father, a Republican, a worker in the mechanical trades, a churchgoer, a patriot, a passionate partisan of an athletic team, a believer or non-believer in climate change, a city dweller or a rural recluse, a high-school dropout or the recipient of a Ph.D. Each of these associations and the thousands I did not list point me in some potential direction or other. A being inclined in no direction or affiliated with no project would have nothing inside it, no reason to move here or there, no route to the making of a decision because no measure for weighing evidence and opposing propositions would be available. Neither the unencumbered self (a phrase of Michael Sandel's) nor the decidings that self supposedly performs are conceptual possibilities. Authentic selves with authentic (not socially imposed) needs, just you and me, join the chimeras of intrinsic merit, raw data, pure social fact, just what lawyers do, and words in and of themselves, as participants in the hopeless project of purifying human actions by getting rid of everything that is human (i.e. political, angled, situated) about them.

***

Two other authenticity-based versions of this project are anti-professionalism and interdisciplinarity. Anti-professionalism is the general stance of which blind submission is one byproduct. If the standard submission process is an obstacle to the

20 Freeman/Mensch (1987), 256.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

identification of intrinsic merit, isn't this true, necessarily, of the entire machinery of professionalism — the vast apparatus of colleges, departments, dean's offices, provost's offices, search committees, budget committees, tenure committees, ranking systems, local and national conventions, officially recognized journals, discipline-awarded prizes, certificates of accreditation, advanced and more advances degrees — an apparatus whose primary business, it would seem is (as Magali Larson and other commentators have observed) to replicate itself. Professions are routinely the object of the accusation that rather than serving some ideal — the delivery of medical service or the dispensing of justice or the celebration of poems — they serve themselves and work to protect and extend the gatekeeping power they jealously and zealously guard. One critic of professions speaks darkly of the "arrogance, shallowness, and …abuses…by venal individuals who justify their special treatment and betray society's trust by invoking professional privilege, confidence and secrecy."[21] The flourishing of the profession replaces the flourishing of health, justice and aesthetic excellence and this betrayal is furthered by educational institutions designed to consolidate and restock entrenched hierarchies, institutions where neophyte practitioners (the words are those of lawyers and law professors lamenting their experience) "become accultured to an unnecessarily limited way of seeing and experiencing law and lawyering, a way which can separate lawyers … from their [own] sense of humanity and their own values."[22]

Once again, we see a distinction between authentic human values and the values manufactured and imposed by special-interest agendas that substitute themselves for the core human interest they claim to further. But what are those authentic values? Where do they come from? How do you get access to them? Well, they are what you find when what Theodor Adorno calls the

21 Bledstein (1976), 334.

22 Dvorkin/Himmelstein/Lesnick (1981), 2.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

"prevailing realm of purposes"[23] and Max Horkheimer calls the "categories which rule social life"[24] are dismantled, piece by piece, to reveal.... What? If, as Adorno, Horkheimer, Herbert Marcuse and Jurgen Habermas repeatedly tell us, the prevailing realm of purposes flows into everything including our efforts to dislodge it through the exercise of so-called critical thinking, how do we even begin this dismantling? If the realm is really that prevailing, how could we even get a sight of it preliminary to undoing it? We can't because what Roberto Unger terms the "background plan,"[25] rather than being something we can think *about,* is what we think *within*. We can't step to the side of it or view it askance and so the dream of getting away from it is a non- starter.

Now, the background plans of professions, the realms of prevailing purposes within which practitioners act, are not generally totalizing; they do not fill every nook and cranny of everyday life; but they do fill every nook and cranny of the professional lives of those who self-identify as lawyers or judges or literary critics or historians. If you are one of these, you live and move and have your being in what Kuhn calls a paradigm and Wittgenstein calls a "form of life"[26] and I call an interpretive community; and the paradigm or life world or community furnishes you both with the possible courses of action you might contemplate and the resources for prosecuting them. When you enter the practice's space (and this is precisely the complaint of anti-professionalists) you know without reflection what tasks there are to be completed, the tools you bring to that task, the protocols presiding over that task, the objections you have to the work of others in the field, the responses you might make to criticisms of your performance

23 Adapted from Adorno (1979), 33, 37. The original text is based on Adorno's lecture "Funktionalismus heute" delivered in 1965 at a meeting of the German Werkbund in Berlin; see also Adorno (1977) 379, 388.

24 Horkheimer (1982), 208.

25 Unger (1983), 587.

26 Adapted from Wittgenstein (1958), 8.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

— all this and more is *given* to you by the profession's prevailing norms; and also given to you are the paths of critique that you might go down should you wish to challenge those norms. That challenge can be mounted, but it will take the shape allowed it by the very entity — vision, framework, background plan, prevailing realm — it is challenging. And if the challenge is successful — if something in the existing order is changed or even expelled — the prevailing realm will still prevail although in altered form.

So, I have come to my usual conclusion. Sweeping away the structures and protocols that preside over and configure a professional practice would result not in a purer form of that practice but in its disappearance. You can't just *do* law or literary criticism; those activities only exist in a form defined and constituted by the formal categories and procedures that mark professional membership. (There are independent scholars, but their work follows the norms of the professional community of which they are not officially members.) To be sure, neither the shape nor the content of those categories and procedures is fixed; my account is not a recipe for the status quo. It is always possible, though not inevitable (an effort is required), to step back from the practice of which you are a member and reflect on the divergence of its present state from the ideal it is supposed to realize. You can then act in ways designed to bring the practice closer to the ideal as you understand it. What is important to note, however, is that this kind of reflection, engaged in at times by all of us, does not issue from a special muscle of the mind that stands apart from all contexts but can be brought to bear, like a powerful searchlight, on any context. There is no *general* capacity of reflection; there are only particular acts of reflection that have been provoked by the perception of a specific disparity between what the practice promises and what it is currently delivering. Reflection always has the shape allowed and demanded by its object.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Literature

Adorno, Theodor W. (1977). *Gesammelte Schriften Band 10.1. Kulturkritik und Gesellschaft I. Prismen. Ohne Leitbild*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag.

_____ (1979). "Functionalism Today." *Oppositions* 1979.17: 31–41.

Bledstein, Burton (1976). *The Culture of Professionalism. The Middle Class and the Development of Higher Education in America*. New York: W. W. Norton & Company.

Dvorkin, Elizabeth, Jack Himmelstein, and Howard Lesnick (1981). "The Purpose and Design of this Book." *Becoming a Lawyer: A Humanistic Perspective on Legal Education and Professionalism*. Ed. Elizabeth Dvorkin, Jack Himmelstein and Howard Lesnick. West Publishing Co. 1–4.

Freeman, Alan, and Elizabeth Mensch (1987). "The Public-Private Distinction in American Law and Life." *Buffalo Law Review* 36.2: 237–257.

Gabel, Peter (1984). "The Phenomenology of Rights-Consciousness and the Pact of the Withdrawn Selves." *Texas Law Review* 62.8: 1563–1600.

Gabel, Peter, and Duncan Kennedy (1984). "Roll over Beethoven." *Standford Law Review* 36.1/2: 1–55.

Gabel, Peter, and Jay Feinman (1998). "Contract Law as Ideology." *The Politics of Law: A Progressive Critique [1982]*. Ed. David Kairys. New York: Basic Books. 497–510.

Glendon, Mary Ann (1991). *Rights Talk. The Impoverishment of Political Discourse*. New York: The Free Press.

Gordon, Robert W. (1982). "New Developments in Legal Theory." *The Politics of Law: A Progressive Critique*. Ed. David Kairys. New York: Pantheon. 281–293.

Horkheimer, Max (1972). "Traditional and Critical Theory." *Critical Theory. Selected Essays*.

Transl. Matthew J. O'Connell and Others. New York: Herder and Herder, Inc. 188–243.

Kelman, Mark G. (1984). "Trashing." *Stanford Law Review* 36.1/2: 293–348.

Kennedy, Duncan (1982). "Legal Education and the Reproduction of Hierarchy." *Journal of Legal Education* 32.4: 591615.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Unger, Roberto M. (1983). "The Critical Legal Studies Movement." *Havard Law Review* 96.3: 563–675.

Wittgenstein, Ludwig (1958). *Philosophical Investigations*. Oxford: Basil Blackwell Ltd.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Peter Goodrich

CYCLES OF CRITIQUE:

From Critical Legal Studies to the Critical Legal Collective

In the last gasps of the U.S. critical legal studies movement, in the early 1990s, as it was becoming anathematized, the annual conference was held in Washington D.C. In a panel on the history and projects of the movement, Mark Tushnet opined that the movement grew out of a generational sense that left intellectuals, such as himself, experienced themselves as having no place in the legal academy. Another panelist, Kimberlé Crenshaw, responded by saying that she had no interest in whether middle class white men, who seemed more than prevalent in law schools, felt as if they had a place. She had no intention of making them comfortable. Race, gender, and their intersections were what mattered. Sufficiently self-important to feel deflated by this remark, Tushnet stormed out of the lecture theatre. This time he excluded himself. The irony, however, is not only the visible splintering of the critical legal studies movement, but the sense in which Crenshaw's remark mirrored Tushnet's, and we were witness to the first glimmerings of identity politics.

For the inaugural drives of the critical legal studies movement exclusion meant primarily the political adiaphorism or lack of interest of the extant establishment. The elite, and so dominant legal academy, was deaf to left politics, and dismissive of the post-60s generation of Marxist and existentialist philosophies, hostile to the spirit of egalitarian change. The movement reflected the membership. The special issue of *Stanford Law Review*, emer-

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gent in Orwell's new year, met with great excitement in January 1984, published 16 articles, with 18 authors, totalling 674 pages, and all were male, and all were white. The sense was that of a certain entitlement, and the exclusion of those represented, as also an anger at the complacency of legal theory, and the desire to express an alternative experience of the trauma of entering the law school as a pedagogue, the dreariness, and predictability of institutionalization, against which Duncan Kennedy so effectively and effusively railed. The extant Law School existed to train the latest batch of law students in deference, submission to the hierarchies that would maintain the *status quo ante bellum*. The extraordinary thing, in retrospect, is that the 18 white men and their mainly blanched networks, played a major role in opening the legal academy to leftist theory and to diversity in the gender, race and intellectual positions of those appointed. The face of the law school changed in significant part because the critical legal scholars in positions of influence were often true to their principles and insisted on diversity, on an intersectionality that brought not only historical materialism and deconstruction, but also feminism, race theory, latcrit and now in the U.S. at least, the Law and Political Economy movement and the neonate Critical Legal Collective, into the corridors and offices of the law professoriat. There is no question but that the institution has changed, diversified, pluralized, and the open issue is the arc of that transition and its future possibilities.

Like the calendar, the trajectory of critique seems cyclical. An eternal return, but of course never in the same form. In the breviloquence of a précis, historical materialism, which lay at the roots of the original European critical legal studies movement, and then the UK movement, proffered scientific Marxism, structuralist and post-structuralist theories of the juridico-political, which over time splintered into diverse groups, and morphed into a neo-materialism that seeks to predicate critique on and in new technologies and in their use to map the planetary impact

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

of the society that the rule of law shores up and maintains. The US movement, in a post-McCarthy environment (it was still necessary to affirm that one was not and had never been a member of the communist party to be admitted to the US) was less explicitly linked to Marxism and concepts of economic structure, although Kennedy's much cited structural analysis of Blackstone's *Commentaries* in terms of the 'fundamental contradiction' pitched the mode of production, private property, against false consciousness or the ideology of freedom, in Marxist terms, and continues to do so in the more recent incarnation as the Law and Political Economy movement. Positive and negative, the necessary path of critique is that of a break out from the academy, a breaching of the walls of the law school, transgression of the boundaries that divide the intellectual from the public sphere, or at least from the practice of law. In the critical legal studies movement, the first glimmerings of this impetus to impact was constrained by the Marxist theory that economy determined consciousness and so the academic operated in an isolated realm of ideology offering only flag waving support for the working class which was the motor of history. There was also, however, the critique of idealism and the somewhat ironic theory of practice — often rendered in Greek as *praxis*. In the realm of such actual operations and effects, the emergent research culture of the law school worked to open legal studies to other disciplines, to the sociology of the profession and its guild practices, as also to copulation with the new historicism, with economics, linguistics, rhetoric, narratology, psychoanalysis, film studies, aesthetics and now, in the context of the Anthropocene, environmental sciences, synaesthetics, and the push for recognition of the rights of the non-human.

Where Marxism denigrated appearance as illusion and promoted the invisible, the economic structure as real, deconstruction and the scintilla of critique in the new waves of feminism and critical race theory focused on appearances, on what is there, the who, when and why of the academy and of the other institutions

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

linked to legal practice. What appears, what manifests, is what is real, be it speech, text, or plural demonstrative interventions, viral relays, films, clips and memes. The early embrace of deconstructive method was a patient desire to stay with the text, to analyze critically the language, to take apart the binary structures that organize the argument, and to admit that we do not know where writing begins or ends. As it manifests in speech and in text, the context is also text, there is no outside of writing. Deconstruction is in other words a positive endeavour to build on the textual manifestation and materiality, to interfere in concrete and generative fashion, to excoriate the page so as to elicit the culture, the prejudices that the legal syntagm retails. Tropes and heliotropes, rhetorical figures and colours of words were wielded in a critical impugning of the complacency of legal literalism, the error of certainty and the arrogance of right answers wherever they were proselytized.

Duncan Kennedy early on spoke of the future of critical legal studies as being trench warfare 'form here on out'. The *longue durée* was of slow moving change, of recognizing the small differences, of the similar engaged in war in the library, in polemics between professors, travelling from trashing to the hermeneutics of suspicion. While critical legal studies flashed briefly on the screens of public media, as a threat to law school conventions and to status rankings, it was really feminism and critical race theory that have activated the most significant legal change, both in decisional terms and in political responses and legislation. They broke the wall and instigated substantive and procedural rule advances, from repeal of rape laws to enforcement of civil rights claims, anti-discrimination to equal pay, none of which were entirely successful but all of which engendered alteration of cultural viewpoints and in their wake legal change both good and bad. In academic terms, the *Feminist Judgments* project actively rewrote case law, while intersectionality is a concept that has been picked up and used in national and international courts. Critique

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

appears, which is to say becomes real in changing the material and resources, the language and perceptions, the personnel and culture of decision making. It is not a fast moving or direct form of action but rather, at the level of theory, a long term conspectus, a contribution to the community of thought, desiderata and directions for moving forward that court clerks, judges and legislators can use as resources while economy and world move on.

Reverting to the theme of cycles and revivals, the return of the same and the reinvention of critique as the necessary form of generational transfer, of handing on, it bears note that the recycling involves novel axes of dissemination, new modes of acceleration, the *perpetuum mobile* of internet dialogue and diversity. To track the path of these developments, the cyclical in the contemporary, the principal theme, as old as it is novel, is one of expansion and embrace of the new and augmented sense of the relation of the human to the non-human. Comparing the birth of critical legal studies, both European and American, the new criminology, the delinquency conference, neo-realism and similar contexts from the 1970's and 1980's, to the currently roaring twenties, certain axes mark the cycle. In mortar and pestle, as outlined above, the points of transmission are from historical materialism to neo-materialism and Law and Political Economy, deconstruction — by which I mean grammatology — to synaesthesia, feminism to #MeToo, forensic rhetoric to intersectionality, and in titular sum, critical legal studies to the critical legal collective as an expanded community of thought and practical pedagogic and political endeavour. A recognition that critique is recollection, reflection, resistance, and reinvention of the communities to come.

The cycle leads to the collective, to a generational reinstantiation that involves both collect and collection, creed and commitment to action. Each of the cycles, the trajectories to the contemporary that are outlined above in somewhat debonair fashion, involve expansion and acceleration due to changes in material and medial environments. Reverting again to an antique concept,

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

the laws of the earth, *leges terrae*, now increasingly matter and materially impact the thought, action and collectivity of an Anthropocene humanity and law that cannot but respond to climatic and planetary disturbances. The universe, to borrow a phrase, has to be met half-way. In medial forms, global warming, global viruses, global web connectivity, change the nature and constituencies of groups, rendering community both serial, temporary, mobile and visible online. The visibility is the most accelerated form of change. What appears on the surface of the planet can be seen everywhere and forces response, even if the speed of viral circulation often precludes either verification or prolonged thought.

To end where I started, the concept of a critical legal collective is precisely that of expansion and embrace of diverse groups and experiences. The collectivity of thought is an exercise in inclusion, in critical openness that takes account, that listens in the manner that classically justice has always been the lending of an ear, the provision of a hearing, a space and time in which to appear and to speak. Law provides a forum for social apparition and legal theory is the critical accounting of the manner and the rules that will allow for critical manifestation and maximum visibility for those occluded by current structures of recognition or access. In their different ways, because of different positions, Tushnet and Crenshaw wanted to be heard, legitimated, seen. Critique, however, is neither simply the cry of the outsider, nor the flailing of narcissism, but rather the multiple modalities of reflection in which it is necessary to recognize that even the innermost thought is an image, an idea carried by spectral figures, an apparition both interior and exterior of the singular plurality of being. Identity, critical self-reflection, is the necessary point of entry, the green zone of the community of thought, which involves a species of micro-ontology of images, a recognition of the variations of the self as oneiric, affective, amicable, familial, institutional and forensic forms of the singular multiplicity in the

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tessellations of being. There, in the skeleton, in the cellular structure, in the matterphor of thought, it is to the shared community of intellect, to the collectivity of atmosphere, environment and the diverse aggrupations of the social and the virtual that critical thought responds. To begin with identity, with the desire to be heard and seen, whether pink, yellow, black, brown, white, green, tattooed, hazed, human or some other but related anbiogenetic, alluvial form is the necessary instance that gives birth to critique. The cycle of critique renews.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Jochen Bung

Kritik des Rechts als Finger in der Wunde

Als vor über 15 Jahren die Tagung des *Jungen Forums Rechtsphilosophie* in Frankfurt am Main unter dem Stichwort „Rechtskritik“[1] stattfand, war das damit verbundene Projekt noch nicht so klar konturiert und differenziert wie heute.[2] Heute wird mit dem Begriff nach etabliertem Verständnis eine Kritik am Recht selbst verbunden, eine Kritik an der „Rechtsform“ als einer die sozialen Verhältnisse wesentlich prägenden gesellschaftlichen Form.[3] Die Rechtskritik bezieht sich hierbei entschieden auch oder vor allem auf die Schattenseiten dieser Prägung. Recht ist nicht einfach das Gute, es erscheint, wie Walter Benjamin bemerkt hat, „in so zweideutiger sittlicher Beleuchtung“[4], dass nach Alternativen gefragt werden muss, dass wegen der von Benjamin diagnostizierten unauflöslichen Verbindung von Recht und Gewalt „die Frage sich von selbst aufdrängt, ob es zur Regelung widerstreitender menschlicher Interessen keine anderen Mittel als gewaltsame gebe“[5]. Solange Konfliktlösung über das Recht erfolgt, so Benjamins Vermutung, solange wird auch das Mythische an den gesellschaftlichen Verhältnissen reproduziert. Rechtsverhältnisse sind Ausdruck von Machtverhältnissen, deren Wechselspiel „in

1 Bung (2007), 157 ff.
2 Zabel (2021), 275 ff.
3 Paschukanis (1970 [1924]), dazu Bayer (2021) und Obermayr (2022), s. auch Loick (2017), 12 („Rechtsform“) sowie Menke (2018), 9 („Rechte als *Form*“).
4 Benjamin (1980 [1921]), 190, zu Benjamin s. auch Claudia Wirsing in diesem Band.
5 Ebd., 190.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

jenem blinden Fortgang der Zeit“[6] den Mythos perpetuiert. Dieser Befund muss das juristische Bewusstsein konsternieren, weil es selbstverständlich davon ausgeht, dass das Recht dazu dient, Macht und Gewalt zu begrenzen. Ist das staatliche Gewaltmonopol – vor allem im Rechtsstaat, wo die Staatsgewalt an Gesetz und Recht gebunden ist (Art. 20 Abs. 3 Grundgesetz) – nicht eine der wichtigsten historischen Errungenschaften? Stellt nicht die Domestizierung der privaten Gewalt, der privaten rächenden Gewalt zumal, einen gesellschaftlichen Fortschritt dar, der den ewigen Kreislauf der (Wieder-)Vergeltung durchbricht? Vielleicht. Aber vielleicht war auch „[d]as öffentliche Strafrecht kein uneingeschränkter Fortschritt“[7].

Hegels Rechtsphilosophie ist nicht nur die erste Rechtssoziologie, sondern auch die erste Rechtskritik. Sie legt den Finger in die Wunde. Sie zeigt: Recht und Wohl treten auseinander, geraten gegeneinander. Das Freiheitsversprechen des Rechts ist hehr, aber leer. Nicht mit Leben gefüllt, tritt es zum Leben selbst in einen Widerspruch. Das Gute kann nur in der Auflösung des Widerspruchs liegen, der Versöhnung von Recht und Wohl, von Freiheit und Leben. Indem Hegels Rechtsphilosophie für diese Versöhnung auch den Begriff des *absoluten Rechts* verwendet[8], deutet sie die Möglichkeit an, dass die Überwindung der Entfremdung von Recht und Wohl als Möglichkeit einer immanenten Entwicklung des Rechts selbst begriffen werden kann. In dieser Entwicklung käme das Recht erst zu sich selbst, wäre wahres und gutes Recht, vorher wäre es unwahr, zumindest einseitig, abstraktes Recht. Das abstrakte Recht ist nicht das ganze Recht. Manchmal scheint es, dass diese Einsicht etwas zu kurz kommt in der Kritik am Recht als einer falschen sozialen oder gesellschaftlichen Form. Dass Recht aber nicht auf eine bestimmte Form

6 Adorno (1981), 9.
7 Lüderssen (2012), 552 f.
8 Hegel (2015 [1820]), 244 (§ 130).

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

festgelegt ist, wird ausgeblendet oder heruntergespielt, ebenso die Kompliziertheit des Spagats der Rechtsanwendung im Bemühen um eine Vermittlung zwischen Bestimmtheit, Garantiefunktion und Gleichbehandlung einerseits und der materiellen Individualisierung um der Gerechtigkeit willen andererseits. Stattdessen wird mit starken Stilisierungen gearbeitet wie „der letztlichen Unentscheidbarkeit aller Rechtsprobleme“[9] oder jener vom Recht als dem „Urphänomen irrationaler Rationalität“[10].

Diese Stilisierungen und Zuspitzungen treffen zweifellos etwas am Recht. Das Recht als gewaltförmige, morsche oder gespenstische Ordnung bei Benjamin[11], als subsumtionslogische Verdinglichung der Einzelinteressen und des Lebens bei Adorno[12], als überhebliche, kolonisierende und die Kolonisierung fortschreibende Form bei Spivak[13], als eine Form der Ermöglichung und Begünstigung entsetzlicher Subjektivität bei Loick[14] oder als Paralyse des Politischen bei Menke[15] – alle diese Beschreibungen machen darauf aufmerksam, dass die Erzählungen vom Recht nicht einfach eine Erfolgsgeschichte sind. Verrechtlichung bedeutet auch Ausgeliefertsein, Entfremdung und Beklemmung, bedeutet keineswegs automatisch Befriedung, sondern mitunter auch Verschärfung und Eskalation des zwischenmenschlichen Konflikts, sinnlose Fortsetzung, Verlängerung und Verhärtung der Streitigkeit und der Streitparteien gegeneinander, Fortsetzung der Verwundungen.

Rechtskritik legt den Finger in die Wunde. Wir brauchen sie gerade aus juristischer Perspektive, zur Irritation eines abgehobe-

9 Benjamin (1980 [1921]), 196.
10 Adorno (1984), 304.
11 Benjamin (1980 [1921], 188 f.
12 Adorno (1984), 303 ff.
13 Spivak (2004).
14 Loick (2017), 10 f.
15 Menke (2018), 7 ff.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nen, entfremdeten und verhärteten Bewusstseins, in dem immer noch Reflexionsverweigerungen zur Methode und zum guten Ton gehören, schlicht affirmatives Verhältnis zum Gegenstand, zu den herrschenden Rollenverständnissen, Fachidiotie, die, trotz des Beschwörens der Kritikfähigkeit in den Ausbildungsordnungen (vgl. § 5a Abs. 3 S. 1 Deutsches Richtergesetz, „Fähigkeit zur kritischen Reflexion des Rechts") stets noch „des konkreten Bewusstseins ihrer eigenen Beschränktheit"[16] mangelt. Aber wie weit geht Rechtskritik, wie weit soll sie gehen, wie weit kann sie gehen? Benjamin hat die Aufgabe – radikaler als alle – so formuliert, dass sie „mit einer Kritik aller Rechtsgewalt, das heißt mit einer Kritik der legalen oder exekutiven Gewalt zusammen[fällt] und bei einem minderen Programm gar nicht zu leisten ist"[17].

Wo Rechtskritik derart aufs Ganze geht, auch den Parlamentarismus und den Kompromiss als (zumindest latent) gewaltförmig charakterisiert, droht sie freilich ins Leere zu laufen und auf andere Weise so einseitig zu werden, wie die schlicht-affirmativen Narrative vom Recht. Das Recht ist weder gut noch schlecht. Ähnlich wie das Eigentum, mit dem es eng verwoben ist, ursprünglicher noch als mit dem Staat. Die Dubiosität des Privateigentums liegt auf der Hand. Hegel, der es gegen Platon verteidigte, stellt fest, dass, wie der Angriff aufs Eigentum, das Eigentum selbst, sein legaler Gebrauch, eine Form des Unrechts sein kann.[18] Denn es ruht ja nicht in sich selbst, sondern befindet sich als Vermögenswertträger in einer permanenten Unruhe, einer anti-sozialen Dynamik aus Akkumulation, Ausbeutung und Ausschluss. In diese unheilvolle Dynamik ist das Recht der privatautonomen Gesellschaft zutiefst verstrickt. „Die Rechtsgarantie",

16 Horkheimer (1977), 532.
17 Benjamin (1980 [1921]), 197.
18 Hegel (2015 [1820]), 383 (§ 232).

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bemerkt Max Weber, „[steht] in weitestem Umfang direkt im Dienst ökonomischer Interessen."[19]

Aber lässt sich die Exklusionsfunktion des Eigentums nur im Sinne ihrer anti-sozialen Effekte begreifen? Ist es vor aller „Privatautonomie" nicht konstitutiv für alles Soziale, dass es eine Grenze der Gemeinschaft gibt, eine Grenze dessen, was vergemeinschaftet werden kann? Eine Grenze, an der ich anfange und du aufhörst, weil es zugleich (und eben dadurch) die Grenze ist, an der du anfängst und ich aufhöre? Der natürliche Begriff des Eigentums meint ein spezifisches, unvertretbares und unveräußerliches Selbstverhältnis, ein Verhältnis, das wir – natürlich wesentlich vermittelt über andere – nicht zu anderen, aber zu uns selbst haben und das deswegen nicht in erster Linie Sachen oder Vermögenswerte betrifft, sondern – weil das Selbst als solches in diesem Verhältnis nicht leicht zu identifizieren ist – ganz unmittelbar den eigenen Leib und seine Energien, das eigene Denken und seine Artikulationen. Wir konstituieren uns durch Offenheit und Abgrenzung, beides gehört, wie Autonomie und Abhängigkeit, zu den Bedingungen eines guten und gelingenden Lebens. Eigentum an sich selbst ist mehr als eine politische Fiktion und nicht jeder Arbeitsvertrag ist ein Sklavenvertrag.[20]

Denn ebenso wie das Eigentum darf auch der Vertrag nicht auf das Verständnis eines Instituts oder Instruments der Privatautonomie verkürzt werden. Der Vertrag ist nicht nur eine Interessenform, er ist auch eine Vernunftform (die uns als Eigentümer:innen aufhebt). Benjamin irrt, wenn er meint, dass alle Verträge nicht nur in der Konsequenz ihrer möglichen Entwicklung, sondern bereits im Ursprung auf Gewalt verweisen.[21] Unbestreit-

19 Weber (1972), 196.

20 Zu „ownership of property in the person" und „labour power" als *politischen Fiktionen* zur Rechtfertigung von Unterdrückung und Ausbeutung Pateman (1988), 151.

21 Benjamin (1980 [1921]), 190.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bar sind viele reale Vertragsverhältnisse Ausdruck von Machtverhältnissen und lassen sich auf ein ursprüngliches Gewaltverhältnis zurückführen, aber diese soziale Wirklichkeit bestimmt nicht über den Begriff des Vertrages, das, was Carole Pateman den „pure contract“[22] nennt, dessen revolutionäres Potential sie einräumt und nur durch das Argument neutralisieren kann, dass alle Vertragsverhältnisse im Kapitalismus zwangsläufig auf einen „Boss“ und eine „Firma“ hinauslaufen.[23]

Mir scheint, durch seine Ausführungen zu Formen der gewaltlosen Beilegung von Konflikten[24] unterläuft Benjamin seine eigene Behauptung vom gewaltförmigen Grund alles Kontraktualen. Ausdrücklich bekräftigt er die Möglichkeit gewaltloser Konfliktlösungen und zwar, „überall, wo die Kultur des Herzens den Menschen reine Mittel der Übereinkunft an die Hand gegeben hat“[25]. Das reine Mittel der Übereinkunft aber ist nichts anderes als das wechselseitige Versprechen. Es kann gebrochen, es kann bereits unaufrichtig, also in der Absicht abgegeben werden, nicht Wort zu halten, aber es bedarf in der „eigentlichen Sphäre der Verständigung“[26] keiner externen Gewalt zur Sanktionierung der Unaufrichtigkeit.[27] Deswegen führt der Hinweis auf die „Straflosigkeit der Lüge“[28] in den Kern der Frage nach gewaltloser Regelung menschlicher Interessen. Die Lüge kann straflos gelassen werden, weil sie gegen die gewaltlose Macht der Sprache vielleicht punktuelle Erfolge erzielen, aber nichts Entscheidendes ausrichten kann. In der Sprache sind wir auf jene „höheren Ordnungen und [die] ihnen entsprechenden gemeinsamen Interessen“[29] aus-

22 Pateman (1988), 148.
23 Ebd., 152 f. (Übersetzung JB).
24 S. dazu auch Butler (2020), 125 ff.
25 Benjamin (1980 [1921]), 191.
26 Ebd., 192.
27 Zu Benjamins „linguistic idealism“ Butler (2020), 128.
28 Benjamin (1980 [1921]), 192.
29 Ebd., 193.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gerichtet, weil die Sprache gerade kein Eigentum von mir oder dir ist (es gibt keine Privatsprache), sondern wir uns nur gemeinsam verständigen können. Als Form praktischer Vernunft ist die Praxis der Verständigung gewaltfrei. Benjamin argumentiert, „dass erst spät und in einem eigentümlichen Verfallsprozess […] die Rechtsgewalt in sie eingedrungen [ist], indem sie den Betrug unter Strafe stellte."[30] Gerade wegen der Tiefenschärfe seiner Analyse wundert mich, warum Benjamin den kontraktualen Charakter der Verständigung verkennt, ihre gewaltfreie Verbindlichkeit. Diese Verkennung führt zu der Ungereimtheit, dass er meint, die Verständigungsform könne nichts bewirken, „wenn Klassen oder Nationen im Streit liegen"[31] – und dann doch darauf verweist, wie „in der jahrtausendealten Geschichte von Staaten sich Mittel gewaltloser Übereinkunft herausgebildet [haben]"[32], die den Mitteln der Übereinkunft durch die Form der Verständigung gleichen. Deswegen ist es ja „so wichtig, dass Völker zum Vertragsverhältnis innerhalb ihrer und gegeneinander kommen"[33]. Für die Etablierung oder Aufrechterhaltung des Friedens zwischen den Staaten gibt es dazu keine Alternative. Für das Verhältnis sozialer Klassen mag etwas anderes gelten.

Das ursprüngliche Recht ist das Recht des Vertrages.[34] Mit der Engführung von Recht und Staat übernimmt man die Prämisse des Positivismus, die aber nicht plausibel zu begründen ist, weil die soziale Praxis des Versprechens ursprünglicher ist als jede Institution, die nur unter Rückgriff auf diese Praxis vernünftig legitimiert werden kann. Was ich vorschlage, ist kein staatlicher oder staatsvermittelter, es ist ein natürlicher Begriff des Rechts, den man vom missverständlichen (und missbrauchten) Begriff des Naturrechts abgrenzen muss, weil mit Natürlichkeit nicht

30 Ebd., 192.
31 Ebd., 193.
32 Ebd., 195.
33 Hegel (2015 [1820]), 171 f. (Anm. zu § 81).
34 Luhmann (1995), 74.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Natur, sondern soziale Praxis gemeint ist, ähnlich wie im Begriff natürlicher Sprachen, der wesentlich auch ihre Veränderbarkeit einschließt. In dieser Praxis verwirklicht sich natürliches Recht, das gewaltfrei verbindlich ist und nicht auf Bevorzugung oder Überwältigung beruht. Auch dieses Recht muss Gegenstand der Rechtskritik sein (Rechtskritik als Vertragskritik) und zwar insoweit, wie die realen Bedingungen der Verständigung deren reine Form verzerren, weil insbesondere die Chancen, sich zu artikulieren und sich Gehör zu verschaffen ungleich und ungerecht verteilt sind, weil das „reine Mittel"[35] (Benjamin) in Wirklichkeit verunreinigt ist. Wesentlich ist, dass Verständigung „nur dann keine Zwänge produziert, wenn für alle möglichen Beteiligten eine symmetrische Verteilung der Chancen, Sprechakte zu wählen und auszuüben, gegeben ist."[36] Diese gerechte Verteilung kann weder von oben verordnet werden, noch stellt sie sich einfach von selbst her, sie muss erkämpft und gestaltet werden.

Literatur

Adorno, Theodor W. (1984), Negative Dialektik, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

_____ (1981), Gesellschaftstheorie und Kulturkritik, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Benjamin, Walter (1980 [1921]), Zur Kritik der Gewalt, in: Tiedemann, Rolf/Schweppenhäuser, Hermann (Hg.), Gesammelte Schriften Bd. II/1, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Bayer, Daria (2021), Tragödie des Rechts, Berlin: Duncker & Humblot.

Bung, Jochen (2007), Stichwort: Rechtskritik, in: Bung, Jochen/Valerius, Brian/Ziemann, Sascha (Hg.), Normativität und Rechtskritik, Stuttgart: Steiner, 157–159.

Butler, Judith (2020), The Force of Nonviolence: An Ethico-Political Bind, New York: Verso.

35 Benjamin (1980 [1921]), 191.

36 Habermas (1971), 233.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Habermas, Jürgen (1971), Vorbereitende Bemerkungen zu einer Theorie der kommunikativen Kompetenz, in: Holzer, Horst/Steinbacher, Karl (Hg.), Sprache und Gesellschaft, Hamburg: Hoffmann und Campe, 208–235.

Hegel, G.W.F. (2015 [1820]), Grundlinien der Philosophie des Rechts, in: Moldenhauer, Eva/Michel, Karl Markus (Hg.), Werke Bd. 7, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Horkheimer, Max (1977 [1937]), Traditionelle und kritische Theorie, in: ders., Kritische Theorie, Schmidt, Alfred (Hg.), Frankfurt am Main: S. Fischer.

Loick, Daniel (2017), Juridismus. Konturen einer kritischen Theorie des Rechts, Berlin: Suhrkamp.

Lüderssen, Klaus (2012), Rechtsfreie Räume?, Berlin: Suhrkamp.

Luhmann, Niklas (1995), Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Menke, Christoph (2018), Kritik der Rechte, Berlin: Suhrkamp.

Obermayr, Linda Lilith (2022), Die Kritik der marxistischen Rechtstheorie. Zu Paschukanis' Begriff der Rechtsform, Weilerswist: Velbrück.

Paschukanis, Jewgeni (1970 [1924]), Allgemeine Rechtslehre und Marxismus, Frankfurt: Verlag Neue Kritik.

Pateman, Carole (1988), The Sexual Contract, Cambridge: Polity Press.

Spivak, Gayatri Chakravorty (2004), Righting Wrongs, in: The South Atlantic Quarterly 103.2 – 3, 523–581.

Weber, Max (1972), Wirtschaft und Gesellschaft, Tübingen: Mohr Siebeck.

Wirsing, Claudia (2024), Recht im Widerspruch. Zur Bedeutung der „Kritik" in der Kritischen Theorie, in diesem Band, 111–119.

Zabel, Benno (2021), Rechtskritik, in: Hilgendorf, Eric/Joerden Jan C. (Hg.), Handbuch Rechtsphilosophie, Berlin: Springer.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Part II: Theorizing Legal Criticism – *Theoretisierung der Rechtskritik*

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Ino Augsberg

Krima.

Zum Verhältnis von Recht und Kritik

I.

Wenn von „Kritik und Recht" die Rede sein und genauer das Verhältnis beider Begriffe zum Thema werden soll, dann steht vor allem die Bedeutung der zwischen den Substantiven stehenden, sie damit zugleich trennenden und verbindenden Konjunktion in Frage: Ist das „und" nur additiv gemeint, wie in „Hänsel und Gretel", die gemeinsam in den Wald gingen? Ist es eher alternativ zu verstehen, wie in „Kabale und Liebe", wo offenbar zwei sich üblicherweise ausschließende Phänomene in dem eben dadurch Aufmerksamkeit auf sich lenkenden Titel miteinander verknüpft werden? Oder ist das „und" explikativ zu lesen, wie in „Sein und Zeit", einem Werk, in dem die fundamentalontologische Frage durch eine Rückführung des Seinsverständnisses auf Zeitigungsvorgänge erläutert, also Sein als Zeit erklärt werden soll? Lässt sich, diesem Schema entsprechend, die Kritik dem Recht einfach als ein weiteres, von ihm getrenntes, wenngleich unter bestimmten Bedingungen vielleicht doch mit ihm zusammengehendes Phänomen an die Seite stellen? Oder ist die Formel so zu verstehen, dass sich Recht und Kritik gegenseitig erläutern, gar wechselseitig implizieren?

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

II.

Ein übliches Verständnis von „Rechtskritik" deutet zunächst in die Richtung der alternativen Lesart. Die Wendung meint danach, dass Kritik an einem bestehenden, in bestimmter Hinsicht als problematisch empfundenen Recht geübt wird. Voraussetzung des Verfahrens ist damit offensichtlich, dass die kritische Bewertung sich von dem durch sie Kritisierten unterscheidet, also aus einer gewissen ihm gegenüber bestehenden Distanz heraus ihr Urteil spricht. Dazu passt, dass die dann jeweils entscheidenden Kriterien der Kritik aus außerjuristischen Sphären entnommen werden. Die so verstandene Kritik des Rechts speist sich insbesondere aus politischen und/oder moralischen Einschätzungen. Sie bezeichnet ein (Un-)Werturteil, das über das Recht aufgrund von außerjuristischen Wertvorstellungen gesprochen wird. Recht und Kritik sind demnach getrennt.

Doch auch dort, wo die Kriterien derartiger Kritik am Recht an das Recht selbst zurückgebunden werden, also etwa einer ihm angeblich immanenten, wenngleich textlich schwer zu erfassenden „Wertordnung" entstammen sollen, bleibt das zugrundeliegende Schema grundsätzlich intakt, das Kritik und Kritisiertes klar auseinanderhält. Auch hier wird nicht zurückgefragt, was für eine etwaige (kritische) Bedeutung das Auseinanderhalten selbst haben könnte. Mehr noch: Selbst dann, wenn rechtliche Kriterien für eine Kritik genutzt werden, die nicht am Recht, sondern mit Hilfe des Rechts geübt wird, etwa an der Gesellschaft im Übrigen, wird der entsprechende Rahmen nicht verlassen. Auch in diesem Fall ist „und" alternativ konzipiert; nur deswegen ergibt sich die Möglichkeit sukzessiver Allianzen.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

III.

Demgegenüber weist der prominenteste philosophische Kritikbegriff in eine ganz andere Richtung. Die kantische „Kritik" meint keine Kritik im Sinn eines Bekrittelns, mit dem der theoretischen und der praktischen Vernunft und schließlich der Urteilskraft bestimmte Defizite vorgerechnet werden. Sie bildet gerade keine „Beurteilung von Wert oder Unwert von etwas"[1]. Kant versteht den Ausdruck vielmehr im Anschluss an die griechische Wortwurzel, das heißt als *krínein* im Sinn von scheiden oder unterscheiden. Die so verstandene Kritik bezeichnet das Verfahren einer „Grenzbestimmung"[2], bei der das Feld des legitimen Gebrauchs der Vernunft abgesteckt, das heißt zwischen legitimen und illegitimen Verfahren sauber unterschieden wird.

Diese Bestimmung soll zudem nicht von außen, aufgrund eines vorgegebenen Maßstabs, sondern allein durch die Vernunft selbst erfolgen Mit diesem Manöver, die Kritik nicht als etwas Vernunftexternes, erst an die Vernunft Herangetragenes, sondern aus ihr selbst heraus Erfolgendes zu bestimmen, versucht Kant die Schwierigkeit zu umschiffen, die ansonsten in der Frage nach der kognitiven wie normativen Plausibilität einer entsprechenden Scheidung liegen müsste: Von woher lässt sich bestimmen, wo die legitimen Grenzen der Vernunft liegen? Wer hat das Recht (oder nimmt es sich), die Vernunft auf diese Weise in ihre Schranken zu weisen? In Kants Sicht muss die Antwort eindeutig ausfallen: Niemand außer der Vernunft selbst verfügt über ein derartiges Vermögen bzw. eine entsprechende Befugnis. Unter der Hand ist damit das – buchstäblich zu verstehen – entscheidende Vermögen der Vernunft schon vorausgesetzt, ehe das „kritische Geschäft" überhaupt in Angriff genommen werden kann. Vernunft ist, vor allem anderen, das Vermögen des Scheidens und Unterscheidens.

1 So Eisler (1994), 314.
2 Kant (1956a), 670 (B 823/A 795).

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Weshalb die Vernunft über die eigenen Grenzen bestimmen kann, welche Grenzen dieser Grenzbestimmung selbst gezogen sein könnten, ist demnach kein selbst mehr transzendentalphilosophisches Projekt. Der entsprechende Befund eines solchen Vermögens bildet vielmehr eine fundamentale Annahme des ganzen Vorhabens, die diesem eher wie ein Akt des Glaubens zugrunde liegt. Dem „kritischen Geschäft" folgt das „doktrinale" demnach nicht nur nach;[3] die Reihenfolge lässt sich ebenso sehr, zur Vermeidung des ansonsten drohenden infiniten Regresses einer Kritik der Kritik, auch umkehren.

Entsprechende weitergehende, das Verfahren noch einmal gegen sich selbst wendende Rückfragen bleiben aber nicht nur ausgespart, sondern systematisch ausgeblendet. Dem Anliegen, etwaige Zweifel hinsichtlich der Kompetenz zur Kritik zu unterbinden, dient namentlich die auffällige, entsprechend häufig notierte juristische Metaphorik bei Kant, die der Vernunft buchstäblich den Prozess machen will und dementsprechend etwa die Deduktion nicht als rein logische Schlussfolgerung bestimmt, sondern als juridische Operation, nämlich als „Beweis […], der die Befugnis, oder auch den Rechtsanspruch dartun soll"[4]. Die juridische Form des legitimen, durch einen Gerichtshof anerkannten Anspruchs soll garantieren, dass die Kritik der Vernunft keinesfalls als bloßer „Machtspruch" eines souveränen, *legibus solutus* agierenden Herrschers erscheint.[5] Kant betont dabei allerdings erneut, dass an den drei Gerichtstagen der Vernunft niemand anderer über die Vernunft richtet als sie selbst. Namentlich dem Philosophen, das heißt dem Autor der drei „Kritiken", kommt in diesem Prozess ausdrücklich nur die Rolle des Gerichtsschreibers zu, der die Akten des Verfahrens führt, darin auch das abschlie-

3 Vgl. Kant (1957), 241 (A X).
4 Kant (1956a), 125 (A 84/B 116).
5 Vgl. Kant (1956a), 13 (A XI).

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ßende Urteil notiert und sie schließlich zur sicheren Verwahrung und gegebenenfalls erforderlichen Wiedervorlage ins Archiv gibt.[6]

Auf diese Weise wird das „kritische Geschäft" zum einen mit dem juridischen Verfahren praktisch gleichgesetzt und kurzgeschlossen; „Kritik" und „Gerichtshof" der Vernunft fallen in eins.[7] Nicht eigens thematisiert wird dabei aber zum anderen ein seinerseits spezifisch juristisches Konfusionsargument, das Kant in anderem Zusammenhang, in seiner Analyse des Gewissens, ganz ausdrücklich als zu vermeidendes Problem notiert. Während der Ruf des „schrecklichen Richters" in mir, der das Gewissen ausmachen soll, nicht dazu führen soll, dass die Rollen von Ankläger, Angeklagtem und Richter zusammenfallen,[8] ist ein entsprechendes Bedenken mit Bezug auf das kritische Verfahren nicht zu erkennen. Dabei zeigt sich die Situation hier sogar in noch einmal verschärfter Gestalt, denn auch Richter und Gesetzgeber bilden nun ein und dieselbe Instanz. Das gesamte Verfahren setzt in diesem Sinn einerseits eine klare Trennung der entscheidenden Institutionen voraus, ohne dabei jedoch andererseits auf eine einfach gegebene Differenz in Gestalt einer vernunfttranszendenten Instanz rekurrieren zu können. Näher betrachtet kehrt sich damit die juristische Rhetorik gegen sich selbst. Sie verweist auf Voraussetzungen des Verfahrens, die in diesem zugleich doch nicht eingelöst werden können. Sie nährt dadurch die Zweifel an der Legitimität des Gesamtverfahrens, zu deren zweifelloser Bezeugung sie doch eingesetzt wurde.

Wenn Vernunft in ihrem ursprünglichsten Vermögen je schon Kritik, das heißt Scheiden ist, und zwar so, dass sich dieses Scheiden sogleich gegen sich selbst wendet, ist aber auch diese Bewegung konsequent. Sie bringt zum Ausdruck, dass die kritische Vernunft an keiner feststehenden Identität mehr Halt finden

6 Vgl. Kant (1956a), 605 (A 704/B 732).
7 Vgl. Kant (1956a), 639 (A 751/B 779).
8 Vgl. Kant (1956b), 572–574 (A 99 f.).

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

kann. Ihr Urteilsspruch muss vielmehr immer schon ein Selbstwiderspruch sein. Indem Vernunft spricht, über sich selbst ihr eigenes Urteil fällt, bleibt sie bei sich gerade dadurch, dass sie sich je schon von sich selbst lossagt. Die idealistische Reflexion führt als kritische damit nicht zur immer gleichen Identität zurück; sie verweist darauf, dass dieses Zurück immer schon ein exzessives Über-sich-hinaus bedeutet.

IV.

Der auf diese Weise bestimmte Begriff der Kritik zeigt sich nicht nur mit dem Recht eng verbunden. In seiner Wende gegen sich selbst rückt er zugleich in eine befremdliche Nähe zu dessen Gegenbegriff. Der exzessive Charakter der Kritik lässt die Grenze zwischen Recht und Unrecht unscharf erscheinen.

Sehr deutlich markiert diese doppelte Verbindung eine wortgeschichtliche Erläuterung, die der französische Rechtshistoriker Pierre Legendre in einer Fußnote seines Werks über das „Verbrechen des Gefreiten Lortie" gibt. Legendre kommt an dieser Stelle auf die etymologische Wurzel jenes Wortes zu sprechen, das im französischen Original das zentrale Substantiv des Buchtitels bildet: „Le crime du caporal Lortie". Ohne auf den Zusammenhang mit dem eigenen Titel ausdrücklich einzugehen und etwaige Folgerungen seiner Bemerkung in dieser Hinsicht für die Leser gewissermaßen auszubuchstabieren, notiert Legendre eine eigentümliche Doppeldeutigkeit dieser Wortwurzel und rückt den einschlägigen Terminus damit, allerdings wiederum nur implizit, in die Nähe jener „Urworte", deren spezifischen „gegenläufigen Sinn" Freud hervorgehoben hatte:

> κρινω: trennen, wählen, scheiden – und von hier aus: unterscheiden, bestimmen, interpretieren, beurteilen, und weiter: dem Urteil unterwerfen, synonym mit: anklagen. Das Substantiv κριμα bezeichnet deswegen zugleich das Verfahren des Urteils und das

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

> zu beurteilende Verbrechen. […] Das entsprechende lateinische Verb ist *cerno*, von dem sich das Substantiv *crimen* ableitet.[9]

Eine scheinbar naheliegende Deutung des so bestimmten „zugleich" von Urteil und Verbrechen könnte darin liegen, den Akt des Urteils selbst als problematisch zu begreifen, das heißt ihn gewissermaßen als Fleisch vom Fleische des dem Urteil unterworfenen Geschehens einzuordnen. Der juridische Akt von Anklage und Verurteilung wäre demnach nicht als etwas ganz Anderes gegenüber dem Angeklagten und Verurteilten (sowohl mit Bezug auf die Person wie das objektive Geschehen) zu verstehen. Er bildete vielmehr eine gewisse noch in der Umkehrung erfolgende Fortsetzung des ursprünglichen, zum Urteil Anlass gebenden Ereignisses. In dem etymologischen Hinweis läge damit *in nuce* eine relativ geläufige Form von Rechtskritik, die auf eine innere Illegitimität des Rechts verweist, weil dessen Akte den dem Recht unterworfenen Geschehnissen und Subjekten niemals ganz gerecht werden und diesen deswegen, im Maß jener strukturell bedingten Ungerechtigkeit oder Maßlosigkeit, immer Gewalt antun. Das Recht selbst ist in dieser Lesart nicht nur in seinem Innersten morsch. Es ist strukturell kriminell.

Legendres Deutung allerdings verläuft in die genau umgekehrte Richtung. Nicht ein Zuviel, sondern ein Zuwenig von Trennen, Scheiden, Urteilen wird von ihm beklagt und als Grund des Verbrechens erklärt. Der Rekurs auf die Etymologie erfolgt, um Lorties in Reaktion auf sein Verbrechen ausgestoßenen Satz „Das war ich, das war nicht ich" zu erläutern. Legendre begreift diesen im doppelten Sinn selbstwidersprüchlichen, nämlich nicht einfach gegensätzliche Aussagen verknüpfenden, sondern darin zugleich die Stellung des Selbst in Frage stellenden Satz als „eine Aussage, die subjektiv das Verbrechen mit der Unfähigkeit zu einer kritischen Selbstbeurteilung miteinander verbindet"[10]. Der

9 Legendre (2011), 67 f.
10 Legendre (2011), 67.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Satz verbindet also die in *crime*, *crimen* und *krima* liegende (Unter-)Scheidung mit einer bestimmten Negation von Kritik, nämlich dem Unvermögen zur anklagenden Selbstbe- und -verurteilung. Er verknüpft das eine Scheiden mit einem anderen, zwar negierten, aber in der bloß subjektiven Form der Negation zugleich bewahrten Scheiden und unterläuft damit, durch diese Verknüpfung, die Unterscheidung zwischen den beiden Scheidensarten. Eben in dieser tendenziellen Aufhebung der Unterscheidung, die aber keine aktive Tat, sondern ein passives Unvermögen und strukturelles Defizit sein soll, liegt für Legendre das Problem. Problematisch erscheint demnach nicht etwa, dass der Täter als Subjekt widersprüchlich agiert, das heißt nicht hinreichend als Einheit auftritt. Im Gegenteil: Für Legendre liegt der Grund des Verbrechens darin, dass der Täter die Trennung des eigenen Selbst, die für die Subjektkonstitution erforderlich ist, nicht hinreichend vollzogen oder, genauer vielleicht, passiver, erfahren oder zugelassen hat. Wenn man, wie Legendre dies tut, das Sprechen als eine notwendige Orientierung am Anderen begreift, die in das sprechende Subjekt immer schon eine Spaltung einträgt, nämlich dieses nicht nur von der Welt, sondern auch von sich selbst trennt,[11] dann ist der Satz von Lortie nicht allein deswegen widersprüchlich, weil er zwei konträre Aussagen miteinander verkoppelt. Widersprüchlich ist der Satz zumal, weil er zum Ausdruck bringt, dass er jene Spaltung nicht mitvollzogen und in diesem Sinn dem wiederum buchstäblich entscheidenden Charakter des Sprechens zuwidergehandelt hat.

> Ein Tätlich-Werden resultiert wesentlich aus der Nicht-Trennung von sich selbst, das heißt aus der Versehrtheit der Vorstellung bezüglich der Ordnung der Spaltung. Und diese Versehrtheit bringt zum Ausdruck, dass es für ein Subjekt schlechterdings unmöglich ist, die Ordnung der Spaltung zu beseitigen und das Trennungsprinzip aufzuheben. Lorties ‚das war ich, da war nicht ich' ist nicht auf irgendeine bewusste Nicht-Wahl zurückzuführen, sondern auf

11 Vgl. Legendre (2012), 15.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

> die Zerrüttetheit der institutionellen Funktion der Trennung, über die das Band des Subjekts zum Prinzip der Referenz, das heißt zur Vernunft organisiert wird und mit deren Hilfe das Subjekt sich darauf beziehen kann.[12]

Das Verbrechen resultiert demnach nicht aus einem Exzess, sondern aus einem Mangel an jenem Scheiden und Trennen, für das die Wurzel *krima* steht. Wenn von einer Kritik des Recht die Rede sein sollte, so kann damit demzufolge in einem ursprünglichsten Sinn nicht länger eine von außen, aufgrund eines außerrechtlichen – namentlich moralischen oder politischen – Maßstabs an das Recht herangetragene Be- und Verurteilung des Rechts und seiner Urteile gemeint sein. Vorgängig zu dieser bereits an einem bestehenden Recht ansetzenden und dieses mit einer bestimmten Forderung, einem spezifischen Maßstab konfrontierenden Rechtskritik ist vielmehr etwas Anderes: eine Bewegung des *krinein*, die als eine spezielle Ur-Teilung nun jedoch nicht etwa im Schmitt'schen Sinn ein zu verteilendes Stück Land, sondern das Subjekt als solches betrifft. Die Ur-Teilung vollzieht sich als eine Aufspaltung des Subjekts. Diese Spaltung wiederum ermöglicht das Recht als soziales Ordnungssystem (und dieses dann seinerseits das durch und aufgrund von Recht erst als solches bestimmbare Unrecht). Die Kritik ist also nichts, was dem Recht gegenüber fremd ist, ihm erst nachträglich gegenübertritt und seine eigenen Defizite vorhält. Die Kritik fällt vielmehr – wie die etymologische Erläuterung nahelegt – mit dem Recht selbst zusammen.

Dergestalt richtet sich das Scheiden zugleich gegen sich selbst. Ungeklärt bleibt bei Legendres Bestimmung aber offenbar, warum *krima* offenbar gleichermaßen, ohne erkennbare hierarchische Schichtung zwischen den Bedeutungsvarianten, sowohl die (Un-)Tat als auch deren Ahndung bezeichnet. Damit steht weiterhin der Verdacht im Raum, dass nicht nur die Verfehlung

12 Legendre (2011), 68.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

oder Unterlassung jener Ur-Teilung allen anderen Verbrechen zugrunde liegt, sondern dass diese Teilung selbst, und zwar genau in ihrer Ursprünglichkeit, die keinen weiteren, ihr selbst vorausliegenden Legitimationsmaßstab aufweisen kann, zugleich das ursprünglichste Verbrechen bezeichnet.

Etwas genauer betrachtet geht es aber um noch etwas Anderes: Weil auch dem Verbrechen ein entsprechender Maßstab fehlt, kann weder das eine noch das andere für sich stehen. Entscheidend ist demnach nicht, dass *krima* das Urteil und das Verbrechen bezeichnet, sondern dass es beide *zugleich* bezeichnet. Es hebt damit die Trennung, die es bestimmen soll, ebenso wieder auf und lässt keine endgültige Entscheidung zwischen den beiden Varianten mehr zu. Die Entscheidung bleibt in der Schwebe: als immer noch und weiter zu entscheidendes Geschehen.

V.

Zum Ausdruck gebracht ist damit zumal, dass eine Kritik der Kritik nicht als bloße Selbstverdopplung des Verfahrens erfolgen kann. Eine solche Strategie würde das Problem nur perpetuieren, vielleicht sogar verschärfen, jedenfalls aber nicht lösen. Kann es also eine Kritik der Kritik geben, die weder in einem herrischen „Machtspruch" terminiert noch auf die schlechte Unendlichkeit eines usw., usf. hinausläuft?

Eine so zu bestimmende Kritik müsste über das übliche, vorwiegend negative Moment von Kritik hinausgehen. Es dürfte sich nicht als besserwisserisches, von außen ansetzendes Verurteilen, sondern als eine spezifische Form von Reflexion präsentieren. Die bloße Möglichkeit der Kritik, der Fortsetzung von Kritik, wäre damit der eigentlich entscheidende Zug, der in der jeweiligen Kritik nur aktualisiert und zum Vorschein gebracht würde. Walter Benjamin hat ein solches Verfahren als Charakteristikum der romantischen Kunstkritik erklärt:

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

> Die bloße Kritisierbarkeit eines Werkes stellt das positive Werturteil über dasselbe dar, und dieses Urteil kann nicht durch eine gesonderte Untersuchung, vielmehr allein durch das Faktum der Kritik selbst gefällt werden, weil es gar keinen anderen Maßstab, kein Kriterium für das Vorhandensein einer Reflexion gibt, als die Möglichkeit ihrer fruchtbaren Entfaltung, die Kritik heißt.[13]

Die Kritik wäre damit von dem kritisierten Werk nicht so sehr selbst noch einmal unterschieden als dass sie dieses fortsetzte. Der scheinbar negative Aspekt der Kritik würde damit immer schon von einem produktiven gehalten und hinterfangen. So verstanden, stellte das kritische Geschäft, dialektisch formuliert, den „paradoxen Versuch dar, am Gebilde noch durch Abbruch zu bauen"[14]. Warum sollte es nicht möglich sein, diese Benjamin'sche Charakterisierung des romantischen (Kunst-)Kritikbegriffs, die zumal erneut auf die Erforderlichkeit des widersprüchlichen Moments in der Kritik verweist, auf das Verhältnis von Recht und Kritik zu beziehen?

Literatur

Benjamin, Walter (2008), Der Begriff der Kunstkritik in der deutschen Romantik, in: Gödde, Christoph/Lonitz, Henri (Hg.), Werke und Nachlaß. Kritische Gesamtausgabe, Bd. 3, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Eisler, Rudolf (1994), Kant-Lexikon. Nachschlagewerk zu sämtlichen Schriften, Briefen und handschriftlichem Nachlaß, 4., unveränd. Nachdruck der Ausgabe Berlin 1930, Hildesheim u.a.: Olms.

Kant, Immanuel (1956a), Kritik der reinen Vernunft, in: Weischedel, Wilhelm (Hg.), Werke in sechs Bänden, Bd. II, Wiesbaden: Insel.

_____ (1956b), Metaphysik der Sitten. Metaphysische Anfangsgründe der Tugendlehre, in: Weischedel, Wilhelm (Hg.), Werke in sechs Bänden, Bd. IV: Schriften zur Ethik und Religionsphilosophie, Wiesbaden: Insel, S. 501–634.

13 Benjamin (2008), 85.

14 Benjamin (2008), 94.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

_____ (1957), Kritik der Urteilskraft, in: Weischedel, Wilhelm (Hg.), Werke in sechs Bänden, Bd. V: Kritik der Urteilskraft und Schriften zur Naturphilosophie, Wiesbaden: Insel, S. 233–620.

Legendre, Pierre (2011), Das Verbrechen des Gefreiten Lortie. Versuch über den Vater, Wien/Berlin: Turia & Kant.

_____ (2012): Über die Gesellschaft als Text. Grundzüge einer dogmatischen Anthropologie, Wien/Berlin: Turia & Kant.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Claudia Wirsing

Recht im Widerspruch.

Zur Bedeutung der „Kritik" in der Kritischen Theorie[1]

„Die Philosophen haben die Welt nur verschieden interpretiert,
es kommt darauf an, sie zu verändern."

(Karl Marx)

Das Höchste
Das Gesetz
Von allen der König, Sterblichen und
Unsterblichen; das führt eben
Darum gewaltig
Das gerechteste Recht mit allerhöchster Hand.

(Friedrich Hölderlin)

Bei Friedrich Hölderlin findet sich eine berühmte und sehr produktive „Fehllesart". Sie impliziert die Gleichzeitigkeit der Gerechtigkeit und Gewalt innerhalb des Rechts. In einem seiner Pindar-Bruchstücke mit dem Titel „Das Höchste" übersetzt Friedrich Hölderlin, indem er einen korrupten Pindar-Text verwendet, der in dem Stephaniana-Folio von Platos *Gorgias* zu finden ist, folgende Verse: „Das Gesetz, von allen der König, Sterblichen und Unsterblichen; das führt eben darum gewaltig das gerechteste Recht mit allerhöchster Hand." Hölderlin, indem er das Verb (*biaion*) zu einem Adverb (*biaios*) verändert, verbindet dieses Wort philologisch falsch mit der Ausführung des Rechts durch

1 Gefördert durch die Deutsche Forschungsgemeinschaft (DFG) – Projeknummer 528262063

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

das Gesetz (*nomos*), und übersetzt deshalb in dem Sinne, dass das Gesetz notwendig *auf gewaltsame Weise* das gerechteste Recht mit allerhöchster Hand führt. Dadurch kennzeichnet er bewusst die Tatsache, dass die Ausführung der Gerechtigkeit und der an sich selbst ungerechte Ausführungsmodus von Gewalt und Unterdrückung innerhalb des Rechts zusammengehören: dass sie nicht getrennt werden können, ohne die Funktion des Rechts aufzulösen. Recht kann also als eine *innere Selbstunterscheidung* zwischen dem Normativen und dem Nichtnormativen, zwischen der Gerechtigkeit und Macht, Gleichheit und Gewalt betrachtet werden.

Die zentrale These der Kritischen Theorie des Rechts, die auch Christoph Menke in Bezug auf Karl Marx entwickelt hat, lautet deshalb, dass die Unterscheidung, die ein *äußerer* Unterschied des Rechts zu sein scheint (nämlich die Unterscheidung zwischen dem Normativen und dem Nicht-Normativen), eine (Begriffs-)Unterscheidung *im* Recht selbst ist. Recht in sich selbst *ist* begrifflich nichts anderes als ein wesentlicher innerer Widerspruch: nämlich zwischen einer normativen Ordnung und einem nicht-normativen Teil. Dieser andere Bestandteil ist das Element der „Herrschaft" beziehungsweise die *soziale Macht* der Unterdrückung selbst: Recht wird deshalb auf einer Seite als eine normative Ordnung gesehen, die darauf zielt, Gerechtigkeit und Gleichheit herzustellen, indem sie Normen des Rechts realisiert, die sagen, was *im Sinne aller* gut und richtig ist. Etwas, das Menke als *soziale Logik des Rechts* beschreibt und damit auf die „Herrschaftslogik" des Rechts verweist. Auf der anderen Seite ist Recht stets die normative Außenseite der herrschenden Ordnung mit dem Ziel, *eine* soziale Absicht gegen eine andere geltend zu machen, um eine soziale Gruppe durch eine andere zu unterdrücken und das Macht-Schema einer Gesellschaft zu befestigen. Angesprochen ist damit die *politische Logik des Rechts*. Sie bezeichnet die hinter dem Recht stehende „Machtlogik". Für das Zusammenspiel einer sozialen wie politischen Kritik des Rechts

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ist es deshalb entscheidend, nicht nur die funktionale Relation zwischen dem Normativen des Rechts und den sozialen Herrschaftsformen, die das Recht ermöglicht, institutionell stabilisiert und gesellschaftlich operationalisiert, aufzuweisen (soziale Kritik des Rechts), sondern auch darzulegen, dass es in der modernen Gesellschaft nicht nur *einen* Kampf im Recht zwischen Normativität und ungerechter Macht gibt, sondern auch einen Kampf zwischen *verschiedenen* Versionen des Rechts und ihren jeweiligen Deutungs- und Handlungsansprüchen (politische Kritik des Rechts). Wichtig ist es deshalb für eine soziale Kritik des Rechts, dass sie durch eine politische Kritik des Rechts vervollständigt wird, die sich auf die Entwicklung des Rechts als Feld kontroverser Versionen von Recht als Ergebnisse geschichtlicher Prozesse fokussiert. Wenn Walter Benjamin in seinem Essay „Zur Kritik der Gewalt" (1921) schreibt, „Die Kritik der Gewalt ist die Philosophie ihrer Geschichte", so meint er damit, dass die einzige Weise, die Gewalt des Rechts kritisieren zu können, darin besteht, ihre verschiedenen historischen Formen zu erklären. Eine Kritische Theorie des Rechts, die diese politische Dimension ignoriert, reproduziert die Ideologie des Rechts selbst – nämlich, dass es keine Geschichte hat, d.h. historisch nicht kontingent ist, sondern wenn einmal verankert, für immer in Funktion bleibt und dem eigenen Geltungsanspruch nach überzeitlich ausgerichtet werden muss.

In einem wichtigen Fragment aus der Zeit des *Passagenwerkes* denkt Benjamin über das nach, was er metaphorisch die Technik der „apokatastasis panton" nennt (ursprünglich ein Begriff des Origines): nämlich alles beständig zu *unterscheiden* nach den Maßstäben seiner eigenen inneren Normen in den Gegensatz dessen, was *an ihm* gut und was falsch ist, um das jeweils Falsche rekursiv in unendlichen Akten wiederum daraufhin an sich selbst zu unterscheiden, usw. – bis einmal *Alles* (wie Benjamin es nennt) „gerettet" ist, nämlich erlöst vom Zustand seiner inneren Gegensätzlichkeit und eingebracht in den einzigen Zusammenhang des

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Guten und Richtigen. Theodor W. Adorno hat ebenfalls häufig darauf hingewiesen, wie alles Seiende innerlich mit seinem eigenen Widerspruch zusammenhängt, und dass dieser als das wesentliche Zeichen des gegenwärtigen Zustands allumfassender geschichtlicher Unwahrheit zu begreifen ist. Sogar das dialektische Denken, wie er es in der *Negativen Dialektik* entwickelt, wird nur dann richtig im Sinne Adornos verwendet, wenn man es als die einzige mögliche, jedoch perennierend unzulängliche *Weise der Wahrheit unter den Bedingungen des globalen Unwahren* der kapitalistischen Gesellschaft versteht – dialektische Strukturen sind nicht an und für sich „wahr" ungeachtet ihres Kontexts, sondern sie sind beschädigte Modi von Wahrheit, aber die einzig mögliche und vorläufige Erscheinung von Wahrheit heute. Sowohl für Benjamin als auch für Adorno muss jedoch die dialektische Weise des Denkens als einzig mögliche kritische Theorie zugleich als *dialektisch in sich selbst* betrachtet werden. Dialektik als wahrer philosophischer Ausdruck des unwahren Seinszustandes kann selbst in *ihr* Gegenteil umschlagen, nämlich den wahren Seinszustand, der sich im Ausstand befindet. Wie in der „apokatastasis panton" bei Benjamin oder im „Lichte der Erlösung", welches auf alles wahre Erkennen scheint, wie es Adorno am Ende der *Minima Moralia* beschwört, so trägt jede Handlung kritischen Denkens in sich eine unverlierbare Beziehung auf die Möglichkeit, wahre und gerechte soziale Bedingungen zu etablieren, als *ihre* innere Norm. Benjamin nennt diese Dimension der kritischen Dialektik das „Allegorische" (am Ende seines *Ursprungs des deutschen Trauerspiels*): wie nämlich die *ganze* Relation von internen dialektischen Widersprüchen in fundamentalen Begriffen, nur genau und kritisch genug betrachtet, in ihr eigenes Gegenteil umschlagen können, welches die Erlösung bezeichnet. In dieser Perspektive unterhalten die internen Widersprüche begrifflicher Zentren des Daseins enge Beziehungen zum ontologischen und epistemologischen Zustand vollständiger Wahrheit, auch wenn sie mit diesen nicht zusammenfallen können und stets durch einen Graben von ihnen getrennt bleiben, der auch nicht durch einen Kierkegaard-

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

schen „Sprung“ zu überwinden ist. Diesbezüglich hat Giorgio Agamben zuletzt gezeigt, wie in der Paulinischen Tradition der messianische Seinszustand als derjenige, der am nächsten zur Erlösung ist, durch eine universale Form innerer Selbstentzweiung aller Gegenstände gekennzeichnet ist (*Die Zeit, die bleibt. Ein Kommentar zum Römerbrief*). Alles ist dann immer mehr als es selbst, die Negation seines augenblicklichen Seins, und zugleich das Gleiche mit sich: gefangen in der geschichtlichen Form der Entstellung, aber ebenso bezogen zu sein auf sein wahres und unbeschädigtes Selbst. Kritische Theorie ist die Treue zu diesem Zustand im Namen eines Besseren, der nicht zu antizipieren ist, aber als unverlierbare Norm in ihm waltet.

In dem bereits erwähnten Fragment „Das Höchste“ reflektiert Hölderlin über das, was er „das Gesetz der strengen Mittelbarkeit“ nennt: Alles, was existiert, das Sterbliche und Unsterbliche, hat dem Gesetz der Vermittlung zu gehorchen. Alles muss sich selbst, um zu existieren, von Anderem durch Widerspruchsverhältnisse unterscheiden, und somit leben unter der Herrschaft eines ewigen Gesetzes, das Grenzen zieht und die Trennung alles Seienden voneinander aufrechterhält. „Zu sein“ heißt demnach, ein Fremder zu sein für den Anderen: durch die unauflösliche Logik der Begrenzung und des Gegensatzes, die im Grunde das Recht ist. Das *Recht* versichert beides: die Möglichkeit zu existieren, und die Unmöglichkeit eines wahren Lebens, letztlich von wahrer Nähe und Einsicht als wahrhaft menschliche Bedingungen allumfassend gelingender Gesellschaftlichkeit. Das ist es, was die Kritische Theorie in der Linie Benjamins und Adornos bis zu Menke erforscht und gleichermaßen kritisiert. Eine *Kritik* gesellschaftlicher Zustände lässt sich deshalb nicht nur innerhalb einer bestehenden Rechtsordnung, sondern auch vermittels eines theoretisch fundierten Rechts*begriffs* verstehen, der reflexiv genug ist, um über seine eigenen, auch ungerechten und gewaltförmigen Normierungen Auskunft zu geben. Anders wird das Recht erst, wenn es anfängt begrifflich über sich selbst nachzudenken. Um

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die konstitutiven ideologischen Illusionen des Rechts zu brechen, müssen einerseits die Illusion einer reinen Gerechtigkeit (soziale Kritik des Rechts), andererseits die Illusion der Unvermeidbarkeit und Ewigkeit des Rechts (politische Kritik des Rechts) in ihren inneren Widersprüchen sichtbar werden. Dazu bedarf es einer Kritischen Theorie des Rechts. Und deren erstes Credo lautet: *Kritik braucht Theorie.*

Eine Kritik des Rechts aber ohne Bezug auf die *konkrete* Veränderbarkeit sozialer *Praxis*, eine Unterscheidung, die nur *theoretisch* auf sich selbst bezogen bleibt, erweist sich als anämischer Begriff von Kritik gegenüber den eigenen faktischen Geltungsbedingungen – das hatte Karl Marx sehr wohl erkannt. Die Relevanz der 11. Feuerbachthese zeigt sich gerade in dieser fehlenden Praxisbezogenheit einer Theorie, die nur im leeren Vakuum der Interpretation existiert. Philosophische Kritik, die nur am Ideal der abstrakten Unterscheidungen und logischen Schlussbeziehungen im Raum der Theorie sich orientiert, bleibt leer. Die zweite Überzeugung der Kritischen Theorie des Rechts lautet daher: *Theorie braucht Praxis.*

Damit wird die Kategorie des „Gegebenen", die rücksichtslose Faktizität des Seins, für die Begründungspraxis des Rechts zentral. Die Welt ist auch dem Recht immer schon vorgegeben. Seine Legitimität lässt sich deshalb *nolens volens* nicht alleine auf den‚logischen Raum der Gründe' (Sellars) beschränken. Oder mit anderen Worten: Der Raum der Gründe hat die besondere Faktizität des Gegebenen als Geltungsgrund des Rechts stets mit zu reflektieren. Ein sinnvoller Begriff von Recht hat diese normative Vorgängigkeit des Seins zu berücksichtigen, weil nur so die Verhandelbarkeit von Normen und die Kritik von Lebensformen (Rahel Jaeggi) überhaupt erst möglich wird, d.h. die Frage beantwortet werden kann, ob bestimmte in einer Gesellschaft wirksam seiende Rechtsnormen, vor dem strengen Auge der Vernunft auch weiterhin ihre Gültigkeit haben sollten. Ein solcher Rechtsbegriff muss daher seine normative Logik, d.h. den Blick

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

darauf, wie Rechtsnormen *historisch* normativ entstehen, welche Normierungsprozesse ihnen *faktisch* zugrunde liegen und wie diese *konkret* sinnvoll zu gestalten sind, jeweils integrieren und ins Zentrum rücken. Nur so nämlich wird die volle soziale Wirklichkeit des Rechts sichtbar und die dem Recht immanente Kritik auch wirklich freigesetzt. Das ist das *pragmatistische* Projekt der Kritischen Theorie des Rechts, die in besonders wirksamer Weise Unterscheidungen und Problemhorizonte bereitstellt, um gegenwärtige Aporien rechtlich geregelter Zustände zu beschreiben und mit Lösungsangeboten zu versehen. Die Berührungspunkte zwischen dem Pragmatismus und einer Kritischen Theorie des Rechts herauszuarbeiten, ist aus philosophischer Sicht kein Holzweg, sondern ein Desiderat.

So lässt sich denn auch in Bezug auf das Verhältnis von Recht und Kritik das folgende sagen: Eine *kritische* Theorie ohne Praxis bleibt leer. Eine Praxis ohne Theorie aber ist ebenso blind gegenüber den möglicherweise gewaltförmigen Strukturen ihrer selbst. Eine solche Praxis bleibt sich selbst gegenüber unkritisch, d.h. nicht reflexiv. Eine sinnvolle Rechtskritik – darin hat die Kritische Theorie ihren Kantischen Ursprung – muss sich stets auf sich selbst beziehen (können). „Kritik" – d.h. „Unterscheiden", „Prüfen", „Urteilen" (gr. *krinein*). Sie ist für das erkenntnistheoretische Projekt der klassischen deutschen Philosophie seit Kant zur zentralen Arbeitsweise geworden: Kritik wird hier erstmals zur Methode. Theorie wird damit zu etwas, das selbst einer Praxis bedarf, d.h. in der Selbstreflexion sich immer wieder neu auf den Prüfstand stellt, sich umwälzt und erzeugt. Die Klassische Deutsche Philosophie darf hier als diejenige Denkformation gelten, die auf ein kritisches, und d.h. vor allem auch *krisenhaftes* Selbstverständnis ihrer Gegenstände abgehoben hat. Nur so lässt sich der Zusammenhang von Kritik und Krise, wie er in der Kritischen Philosophie Kants philosophisch verfolgt wurde, und später in der Kritischen Theorie eine ganze Schule begründet hat, verstehen: als eine Prüfung der Geltungsbedingungen *aus* der

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Vernunft selbst heraus (*genitivus subjectivus*), die aber zugleich auch eine Kritik an der Vernunft selbst ist (*genitivus objectivus*), und als ebensolche Selbst*kritik* eine *Krise* im Denken provoziert. Eine Krise im Denken als zentrales Moment des Verstehens kann aber nur dann in, sittliche Verhältnisse eingreifen' (Benjamin), wenn dieses Denken *innerhalb* der Unzulänglichkeiten einer realen Praxis als stets defekter Verwirklichung operiert, die es gerade kritisiert. Darin besteht ein krisenhafter Widerspruch zwischen der Idee eines allumfassenden Unwahren (des Seins) und der innerhalb dieses Seinszustandes operierenden Kritik als einzige Möglichkeit des Besseren.

Von einem kritischen Standpunkt aus macht es einerseits im Anschluss an Benjamin und Menke keinen Sinn, die *Praxis* des Rechts dafür verantwortlich zu machen, ungerecht zu sein: so als ob dies ein sozialer Fehlgebrauch einer „reinen" platonischen Idee von Recht und Gerechtigkeit wäre. Der Missbrauch des Rechts leitet sich aus der *inneren* dialektischen Struktur des Rechts selbst ab, seiner inneren Relation, in sich selbst sich selbst entgegengesetzt zu sein. Diese Erkenntnis lässt sich auch der *Dialektik der Aufklärung* entnehmen. Andererseits ist es im Sinne der Aufklärung, Mündigkeit zu erlangen gegenüber den Traditionen unserer (Rechts-)Begriffe und der Rollen, die sie in unserer Praxis spielen, sowie gegenüber den Normen, welche diese Praxis steuern. Eine Kritische Theorie des Rechts ist deshalb immer auch Pragmatismus, dessen Aufgabe es ist, die Gewaltformen, die implizit in der Rechtspraxis enthalten sind, als Prinzip explizit zu machen. Das ist die einzige Art und Weise, wie sie sichtbar gemacht werden können. Begriffe sind nicht durch das, was sie als einzelne Begriffe repräsentieren, bestimmt, sondern durch die Rolle, die sie in der Praxis der schrittweisen Exemplifizierung der Grundgehalte im holistischen Zusammenhang spielen (Brandom). Und so lautet die dritte Maxime: *Praxis hat Theorie*.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Eine Kritische Theorie des Rechts hat die Widersprüche begrifflicher und realer Seinsbestände herauszuarbeiten und explizit zu machen. Ihr Hauptanliegen besteht darin, die Logik von Widersprüchen im Recht auszuhalten und denken zu können, und Wege zu deren produktiver logischer Handhabung zu erarbeiten. Damit ist das *wesentliche* Prinzip des Rechts angesprochen, wie es Hegel in seiner *Wissenschaft der Logik* formuliert hat: „Etwas ist also lebendig, nur insofern es den Widerspruch in sich enthält, und zwar diese Kraft ist, den Widerspruch in sich zu fassen und auszuhalten."[2]

Literatur

Hegel, G.W.F (1978 [1812/1813]), Wissenschaft der Logik. Erster Band. Die objektive Logik, in: Hogemann, Friedrich/Jaeschke, Walter (Hg.), Gesammelte Werke, Bd. 11, Hamburg/Düsseldorf: Meiner.

2 Hegel (1978 [1812/1813], 287.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Frieder Vogelmann

Vom Regen in die Traufe:

Rechts- ohne Verantwortungskritik

> „[…] Ein unschuldiges Kind warst du ja eigentlich, aber noch eigentlicher warst du ein teuflischer Mensch! – Und darum wisse: Ich verurteile dich jetzt zum Tode des Ertrinkens!"
>
> Georg fühlte sich aus dem Zimmer gejagt […]. […] Aus dem Tor sprang er, über die Fahrbahn zum Wasser trieb es ihn. Schon hielt er das Geländer fest, wie ein Hungriger die Nahrung. Er schwang sich über, als der ausgezeichnete Turner, der er in seinen Jugendjahren zum Stolz seiner Eltern gewesen war. Noch hielt er sich mit schwächer werdenden Händen fest, erspähte zwischen den Geländerstangen einen Autoomnibus, der mit Leichtigkeit seinen Fall übertönen würde, rief leise: „Liebe Eltern, ich habe euch doch immer geliebt", und ließ sich hinabfallen.[1]

Urteile wirken. Es braucht keine Vollstrecker, wir exekutieren sie selbst – und damit andere und uns gleich mit. Eingebrannt in unsere Subjektivität ist der Sanktionsapparat, den die äußerliche Befreiung nur noch tiefer treibt. Die Rechtskritik weiß darum – jedenfalls jene, die der liberalen Illusion entsagt, eine moralisch legitimierte Willkürfreiheit gegen illegitime Rechtspraktiken zu verteidigen, indem sie autonome Subjekte und eine Gleichheit zulassende Wirklichkeit herbeifantasiert. Abseits solch liberaldemokratischer Träumereien insistiert Rechtskritik deshalb auf der Kritik auch der juristisch formierten Subjektivität. Sie muss trans-

1 Kafka (2001), 52.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

formieren, wer Recht von Gewalt befreien oder doch zumindest entlasten will.

Erstaunlich häufig jedoch bleibt dabei unangetastet, was für Kafka den Kern von Recht und Rechtsgewalt bildet: das Urteil[2] – oder genauer: das Verantwortlich-Machen. Selbst abolitionistische Rechtskritik affirmiert „Verantwortung" meist unbesehen, obwohl in diesem „Schlüsselbegriff" unserer Gegenwart[3] vieles jener Gewalt aufgespeichert ist, mit der das Recht Subjekte in Form züchtet.

Typisch dafür ist Klaus Günthers Plädoyer für eine Abschaffung der Strafe, weil schon der gerichtliche Schuldspruch alle Funktionen erfülle, die ihr üblicherweise zugeschrieben werden.[4] Er kommuniziere den Täter*innen, den Opfern und der Gesellschaft, dass die verletzte Norm nach wie vor gilt; dass ihre Verletzung den Täter*innen zugerechnet, also weder als Schicksal hingenommen werden muss noch der Gesellschaft angelastet werden kann; und dass die Opfer sich das erlittene Unrecht nicht als selbst verschuldet zuschreiben müssen. All das liege in der öffentlichen Verantwortungszuschreibung durch das Urteil, die damit verbundene Strafe sei daher überflüssig.

Das ist richtig – eben weil Verantwortung selbst schon jene Gewalt enthält, die Günther loszuwerden glaubt, indem er die Strafe abschafft. Die Genese von „Verantwortung" zwischen Recht, Politik und Philosophie zeigt es deutlich: Der Begriff entstammt im Deutschen der Gerichtspraxis des 15. Jahrhunderts und meinte allein den Akt, mit dem die Beklagten vor Gericht auf ihre Ankläger*innen eingehen, damit implizit die Klage anerkennen und in ein Gerichtsverfahren einwilligen (die sogenannte *litis contestatio*). Weder die Zurechnung einer Handlung war da-

2 Erfreuliche Ausnahmen sind Vismann und Weitin (2006); Schwarte (2012).
3 Filek (2010).
4 Vgl. dazu und zum Folgenden Günther (2000), 40; ders. (2004); ders. (2005).

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

mit verbunden noch ein moralisches Selbstverhältnis,[5] sondern allenfalls das affektiv besetzte Wissen darum, Strafe für die eigenen Handlungen zu verdienen. Dieser enge juristische Begriffsgebrauch wirkt noch in John Stuart Mills einflussreichen Definition „Verantwortlichkeit bedeutet Strafe“[6] nach.

Erst in der politischen Aneignung des Begriffs im langen 19. Jahrhundert wird nicht mehr der ohnmächtige Akteur (der als Angeklagter vor Gericht steht) verantwortlich gemacht, sondern der mächtige. So bindet etwa Benjamin Constant politische Verantwortung an die machtvolle Subjektposition (Minister), um dem weniger mächtigen Subjekt (Parlament) eine gewisse Kontrolle zu verleihen.[7] Das unterscheide sie scharf von rechtlicher Verantwortung; zudem sei sie in ihrer politischen Form eine nicht rechtlich kodifizierbare Beziehung, eine extra-legale und damit erst eigenständig politische Machtbeziehung, um handlungsmächtige Akteure einzuschränken. Diese Funktion behält Verantwortung auch bei Max Weber, der Verantwortung zu einem individuellen, mit Macht verknüpftem Selbstverhältnis der Politiker*innen umdeutet, nämlich das Bewusstsein, „daß man für die (voraussehbaren) Folgen seines Handelns aufzukommen hat“.[8]

Die hier nur angedeutete Genealogie[9] offenbart die dem verantwortlichen Selbstverhältnis wesentliche Ambivalenz: Einerseits besteht es im Umgang der Verantwortlichen mit dem Faktum, dass sie Macht über andere ausübt, andererseits besteht es im Umgang mit dem Faktum, selbst unterworfen zu sein. Niemand hat das schärfer analysiert als Friedrich Nietzsche, für den die „lange Geschichte von der Herkunft der Verantwortlichkeit“[10]

5 Schönwälder-Kuntze (2011), 371–373.
6 Mill (1908), 640.
7 Constant (1831 [1815]).
8 Weber (1988 [1919]), 552.
9 Vgl. im Detail Vogelmann (2014).
10 Nietzsche (2010 [1887]), II/2, 293.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zeigt, welche Grausamkeiten nötig waren, um den Menschen „berechenbar, regelmäßig, nothwendig“[11] zu machen, so dass er versprechen und damit erst autonomes Subjekt sein kann.[12] „Verantwortung“ ist für Nietzsche sowohl mit dem Bewusstsein der Zurichtung und damit einem aktiven Wissen um das eigene Unterworfensein durch die „Sittlichkeit der Sitte“[13] verbunden als auch mit dem Bewusstsein der dank dieser Unterwerfung errungenen Macht und der Verpflichtung, die daraus erwächst. Souveränität erkaufen sich verantwortliche Subjekte, indem sie routiniert ausblenden, welchen Machtbeziehungen sie andere unterwerfen und selbst unterworfen sind. Diese Machtausübung zum alternativlosen Faktum umdeuten zu müssen, ist der dauerhaft zu entrichtende Preis.

Das also ist unser Verantwortungsbegriff. Konstitutiv für ihn ist ein ambivalentes moralisches Selbstverhältnis, das eine Selbstobjektivierung erzwingt, um das Subjekt trotz seines Unterworfenseins Souveränität erleben zu lassen und trotz seines Unterwerfens gefügig und zahm zu halten. Daher ist mehr als fraglich, ob Klaus Günthers Ziel, „das Junktim zwischen Schuld und Strafe aufzubrechen“,[14] erreichbar ist, ohne „Verantwortung“ aufzugeben. Wenn diese Subjekte hervorbringt, die sich nur als souverän begreifen können, solange sie jene schützende Selbstobjektivierung aufrechterhalten, mit der sie sowohl ihre Unterwerfung anderer als auch ihr eigenes Unterworfensein ausblenden, dann steckt bereits in der Verantwortungspraxis jene Gewalt, von der Günther das Recht durch Abschaffung der Strafe befreien will.

Dieses Problem stellt sich jeder Rechtskritik, die glaubt, die Praxis des Verantwortlichmachens könne von dieser problematischen Selbstobjektivierung und der damit erreichten Verschleie-

11 Ebd., II/1, 292.
12 Vgl. dazu ausführlich Vogelmann (2013).
13 Nietzsche (2010), II/2, 293.
14 Günther (2000), 40.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

rung von Gewalt gegen sich selbst und andere im Herzen des verantwortlichen Subjekts befreit werden. Dennoch wird „Verantwortung" und die mit diesem Begriff herangezüchtete souveränzahme Subjektivität selten beachtet. So antwortet selbst Daniel Loick nur teilweise auf die von ihm aufgeworfene Frage, wie Verantwortung als emanzipatorisches Element des Rechts jenseits von Disziplinierung verstanden und praktiziert werden kann.[15] In seiner Diskussion eines „menschlichen Rechts" stellt er der durch Strafe und Disziplinierung etablierten „Verantwortung" eine andere entgegen, die durch rationale Einsehbarkeit gewährleistet werden soll:

> Durch die Eliminierung des Rechtszwangs wird zudem die rationale Einsehbarkeit des Gesetzes zur empirischen Nagelprobe seiner Legitimität erhoben. Das Prinzip des interpretativen Pluralismus sowie die zwangsfreie Weise der Rechtsexekution setzen somit konsequent den demokratischen Gedanken um, dass man Subjekten nur den Bruch solchen Rechts vorwerfen kann, an dessen Gestaltung sie auch selbst beteiligt waren.[16]

Dabei gehen rationale Einsicht und Disziplinierung Hand in Hand. Und nicht allein die mit „Verantwortung" verknüpfte Disziplinierung, sondern die von ihr hervorgebrachte Subjektivität ist das Problem.

Genauso wenig hilft es, auf einen vermeintlich ganz anderen, nämlich responsiven Verantwortungsbegriff zu setzen. Von Nahem betrachtet, betont er nur die andere Seite des ambivalenten verantwortlichen Selbstverhältnisses, indem er nicht mehr vom Faktum des eigenen Unterwerfens anderer ausgeht, sondern vom Faktum des eigenen Unterworfenseins. Die existentialistische Vorstellung einer durch bewusste Unterwerfung unter eine bestimmte Instanz hergestellte Verantwortung ist das verschämte Geheimnis aller vermeintlich „alternativen" Verantwortungsbegriffe. Nur

15 Loick (2017), 103–106, 109–110.
16 Ebd., 332.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die Unterwerfungsinstanzen variieren: mal ist es das „Schicksal" des Subjekts selbst (Heidegger und Weischedel), mal die Faktizität der Freiheit (Sartre), heute gern die Ansprüche von Anderen oder Fremden (Levinas, Waldenfels oder Butler) oder gleich der Welt (Haraway).

Ich weiß nicht, ob wir uns jemals von „Verantwortung" lösen können, diesem einst obskuren Rechtsbegriff, der eine so einzigartige Karriere in der Politik und der Ethik hingelegt hat, dass er heute als Bezeichnung normativer Verbindlichkeit schlechthin fungiert.[17] Wie könnten wir jenseits von „Verantwortung" und „Unverantwortung" denken, handeln und sein, wenn wir auf jede Herausforderung hin freiwillig allüberall Verantwortungsbeziehungen intensivieren, bis endlich jede Flucht daraus unmöglich geworden ist?

Sicher aber ist: Keine bloß philosophische Begriffsbildung wird uns befreien. Die Revolution der Denkungsart ist bestenfalls eine halbierte und meist nur ohnmächtige Ersatzhandlung. Die Abkopplung der Strafe vom Urteilen mag eine wichtige Wegmarke sein, aber keinesfalls ausreichend. „Verantwortung" selbst ist die Praxis, die uns wie Georg auf und über jene Brücke hinaustreibt, über die nach wie vor gleichgültig „ein geradezu unendlicher Verkehr"[18] geht.

Literatur

Constant, Benjamin (1831 [1815]), Über die Verantwortlichkeit der Minister, übersetzt von D. G. von Ekendahl, Neustadt a. d. Orla: Johann Gottfried Wagner.

Filek, Jacek (2010), Verantwortung, in: Bermes, Christian/Dierse, Ulrich (Hg.), Schlüsselbegriffe der Philosophie des 20. Jahrhunderts, Hamburg: Meiner, 407–418.

17 Vgl. detailliert Vogelmann (2015).

18 Kafka (2001), 52.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Günther, Klaus (2000), Strafrechtliche Verantwortlichkeit in der Zivilgesellschaft, in: Prittwitz, Cornelius/Manoledakis, Ioannis (Hg.), Strafrechtsprobleme an der Jahrtausendwende. Deutsch-Griechisches Symposium, Rostock 1999, Baden-Baden: Nomos, 27–42.

_____ (2004), Kritik der Strafe I, in: WestEnd. Neue Zeitschrift für Sozialforschung 1.1, 117–129.

_____ (2005), Kritik der Strafe II, in: WestEnd. Neue Zeitschrift für Sozialforschung 2.1, 131–141.

Kafka, Franz (2001 [1913]), Das Urteil, in: ders. (Hg.), Ein Landarzt und andere Drucke zu Lebzeiten. Gesammelte Werke, Band 1, Frankfurt am Main: Fischer, 37–52.

Loick, Daniel (2017), Juridismus. Konturen einer kritischen Theorie des Rechts, Berlin: Suhrkamp.

Mill, John Stuart (1908), Eine Prüfung der Philosophie Sir William Hamiltons, übersetzt von Hilmar Wilmanns, Halle an der Saale: Verlag von Max Niermeyer.

Nietzsche, Friedrich (2010 [1887]), Zur Genealogie der Moral. Eine Streitschrift, in: Colli, Giorgio/Montinari, Mazzino (Hg.), Kritische Studienausgabe, Band 5, 11. Aufl., Berlin/München: dtv/de Gruyter.

Schönwälder-Kuntze, Tatjana (2011), Auf wen oder was antwortet „Verantwortung"? Zur Genealogie (und Pathologie) des Verantwortungsdenkens, in: Jahrbuch für Recht und Ethik 19, 367–395.

Schwarte, Ludger (2012), Vom Urteilen. Gesetzlosigkeit, Geschmack, Gerechtigkeit, Berlin: Merve.

Vismann, Cornelia/Weitin, Thomas (Hg.) (2006), Urteilen/Entscheiden, Paderborn: Wilhelm Fink.

Vogelmann, Frieder (2013), Verantwortung als Subjektivierung. Zur Genealogie einer Selbstverständlichkeit, in: Gelhard, Andreas/Alkemeyer, Thomas/Ricken, Norbert (Hg.), Techniken der Subjektivierung, München: Fink, 149–161.

_____ (2014), Im Bann der Verantwortung, Frankfurt am Main/New York: Campus.

_____ (2015), Der kleine Unterschied. Zu den Selbstverhältnissen von Verantwortung und Pflicht, in: Zeitschrift für Praktische Philosophie 2.2, 121–164.

Weber, Max (1988 [1919]), Politik als Beruf *Gesammelte politische Schriften*, Winckelmann, Johannes (Hg.), Tübingen: Mohr Siebeck, 505–56.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Malte-C. Gruber

Zwischenrufe der Rechtskritik – zugleich ein Nachruf*

> Die Rechtswelt ist keine geliebte Welt. Fast niemand und fast nichts bleibt unberührt vom Recht, die Rechtswelt indessen steht im Grunde immer unter Kritik. Das allgemeine Unbehagen an dieser Rechtswelt und ihren Verwaltern ist kein Märchen, und uns Juristen sollte nicht beruhigen, daß es schon immer so gewesen ist, wie wechselnd auch die Gründe dafür sein mögen.[1]

I.

Was Rudolf Wiethölter in den sechziger Jahren des vergangenen Jahrhunderts als Unbehagen am Recht identifizierte, erschließt sich im Verhältnis zur Kritik nach Art eines Wortspiels: Recht steht *unter* Kritik, weil es weder Träume von idealer Gerechtigkeit noch Hoffnungen auf ein realistisches Verhältnis zur gesellschaftlichen Wirklichkeit zu erfüllen vermag. Wann immer es seiner Funktion gemäß Verhaltenserwartungen stabilisieren soll, enttäuscht es Erwartungen. Es bricht seine Versprechen auf eine gelingende Vermittlung von Legalität und Legitimität, indem es die verträumte Suche nach richtigem Recht aus der Gegenwart auf ungewisse spätere Ereignisse verschiebt. Damit gerät Recht zu Recht *in* Kritik, was rechtswissenschaftliche Dogmatik und

* In memoriam Rudolf Wiethölter (1929–2024).

1 Wiethölter (1968), 8.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Methodologie nach landläufigen Selbstverständnissen anbetrifft. Darüber hinaus jedoch versteht sich Recht *als* Kritik, wenn es seine soziale Funktion wahrnimmt, indem es sich in kritischer, aufgeklärter Haltung an Theoriegewinnung, mithin der Arbeit an einer aufgeklärten Gesellschaftstheorie, beteiligt.[2]

Gewiss steht das Recht noch vor weiteren Aufgaben, zu deren Erfüllung, wie Wiethölter von seinem Lehrer Gerhard Kegel überliefert hat, wohl „ein gerader Sinn und ein warmes Herz" erforderlich wären.[3] Mehr noch müsste es im Recht um Liebe gehen, wenn es nicht – so Gustav Radbruch im Anschluss an Leo Tolstoi und dessen „wohl […] ergreifendste Kritik, die je am Rechte geübt worden ist" – gerade zum Wesen des Rechts und zu seinen Todsünden zugleich gehörte, „zu glauben, es gäbe Verhältnisse, in denen man mit einem Menschen ohne Liebe verkehren könne".[4]

Aber zuerst noch richtet sich der rechtskritische Blick auf andere Todsünden des Rechts, die sicherlich ebenfalls mit einer gewissen Lieb- und Empathielosigkeit zu tun haben: Im Mittelpunkt steht hier vor allem die trickreiche Kunst der juridischen Verfremdung von Lebens- zu Rechtssachverhalten, durch die gewünschte Rechtsfolgen wie von selbst herbeigeführt werden können.[5] So produktiv diese Verfremdungskunst auch einsetzbar ist, etwa wenn es darum geht, unlösbar erscheinende Sozialkonflikte entscheidbar zu machen,[6] so schädlich kann sie wirken. Aus Wiethölters Sicht ist gerade das nach allen Regeln juristischer Handwerkskunst operierende Recht dazu imstande, „in oft sogar

2 Vgl. Wiethölter (1973), 3.
3 Wiethölter (1986 [1968]), 9.
4 Radbruch (1993 [1914]), 63 f.; in Anlehnung an Tolstoi (1900), 562 ff. (Teil II, Kap. 40); siehe auch Radbruch (1987 [1929]), 221.
5 Siehe hierzu Wiethölter (1986 [1968]), 17.
6 Vgl. hierzu Teubner/Zumbansen (2000), 195: „Die Stunde des Rechts ist in dem Moment gekommen, in dem Konflikte sich mit Hilfe normaler Realitätskonstruktionen als nicht lösbar herausstellen."

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gigantischen, strahlkräftigen Leerformeln, bloßen Tautologien, kurzum: in reinem *Gerede* verführerische Scheinbegründungen anzubieten".[7] Solche „Pseudourteile" begründen die permanente Rechtskrise, den anhaltenden Taumel der Menschheit „zwischen Ordnungen und Freiheiten, zwischen Idealitäten und Realitäten, zwischen Intellektualisierungen und Voluntarisierungen des Rechts", mithin der „vielfach gebrochenen Geschichte von Pendelbewegungen zwischen lex und rex, ratio und voluntas, veritas und auctoritas, Idealität und Positivität, Rechtsmacht und Machtrecht".[8] Und all dies geschehe schon immer „im Namen von göttlicher oder irdischer Gerechtigkeit, von Naturrecht, vom Wesen der Dinge, von Sachgesetzlichkeiten, von Natur der Sache, ohne daß in zahllosen Fällen ein einziger Funke wirklicher Begründung geboten worden wäre".[9]

Hiergegen muss sich die Kritik des Rechts Wiethölter zufolge wenden, sofern dieses nicht bloß „politisches Alibi und Verheißung" bleiben soll: Recht sei politisch zu entmachten, damit es seine eigene Macht entfalten lerne,[10] und seine kritische Entzauberung erfordere nichts weniger als den Ausgang der Rechtswelt und ihrer Verwalterinnen aus ihrer selbstverschuldeten Unmündigkeit, das heißt Aufklärung.[11] Aufzuklären sei vor allem über die Verantwortlichkeit der Menschen für ihr Recht, die weder an ewige Ideen noch an Gott oder irgendeinen Tatmenschen delegiert werden könnte – „Wir sind frei für unser Recht."[12]

7 Wiethölter (1986 [1968]), 17.
8 Wiethölter (1986 [1968]), 9.
9 Wiethölter (1986 [1968]), 17.
10 Wiethölter (1986 [1968]), 9.
11 Wiethölter (1986 [1968]), 28.
12 Wiethölter (1986 [1968]), 57.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

II.

Doch der Weg zu solcherart aufgeklärtem, freiem Recht ist weit und führt noch immer hindernisreich über die mitunter heuchlerische Rechtswelt vergangener und gegenwärtiger Zeiten. Mag die Einsicht in die Grund- und Bodenlosigkeit juristischen Urteilens auch immerhin schon dazu geführt haben, dass Juristinnen und Juristen sich nicht mehr leicht auf die Fiktionen, Zaubereien, Tricks früherer naturrechtlicher Ideale berufen können, gleichzeitig aber auch manchen Zweifel an der Rechtsqualität des Gesetzesrechts behalten müssen, so ist damit bislang lediglich die Rechtsaufgabe benannt, die es erst noch zu bewältigen gilt. In ihrer mangelnden juristischen Bewältigung liegt schließlich eine Ursache nicht nur der permanenten Krise, sondern auch einer gefährlichen Hypokrisie des Rechts.

Der immer noch vorherrschende Glaube an das Ideal eines „Juristen als solchen",[13] der ethische, soziale und vor allem politische Überlegungen allenfalls in denkendem Gehorsam zu vollziehen habe, soweit sie ihm von politischer Autorität vorgegeben werden, lässt das politische Unbehagen am Recht bis heute sämtliche kritischen Bemühungen um Aufklärung überdauern. Recht und Rechtswissenschaft als solche existieren weiterhin außerhalb der politischen Gesellschaft, und – ob wissentlich oder nicht – geraten sie doch allzu oft in Komplizenschaft mit autoritativen Mächten, die ihre aus sozialer, ökonomischer und politischer Herrschaft entspringende Gewalt über Recht in Rechtsmacht transformieren. Das in der Tradition der bürgerlichen Gesellschaft liegende, zumeist als liberal und freiheitlich-neutral gedeutete entpolitisierte Recht hat gegenüber solcher Gewalt das Nachsehen, solange es vor allem im Privatrecht nur als autoritativ verfügbare „leere Formhülle" fungiert.[14] Und die vermeintlich un-

13 Siehe dazu Wiethölter (1986 [1968]), 37 f.
14 Vgl. Wiethölter (2014 [1969]), 534.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

politischen Juristinnen und Juristen, die sich ihrer eigenen politischen Aufgaben zu entledigen wünschen, indem sie sich als bloße Verwalterinnen des Rechts alleine auf die politischen Monopole staatlicher Gesetzgebungsautoritäten stützen, dabei mitunter auch als Monopolisten der Rechtsfortbildung aufspielen, machen die Rechtswelt zur Machtwelt.[15]

In dieser Hinsicht sind „Juristen als solche" immer schon nützliche Juristen, die im buchstäblichen Sinn zu allem fähig sind.[16] Doch ihre unreflektiert verwaltete Form von Recht bleibt Heuchelei, und solche Hypokrisie macht das Recht wehrlos gegen seine Feinde. Denn mit der Aussicht, Gewalt und Herrschaft nicht mehr selbst verantworten zu müssen, sondern fortan auf der juristischen Bühne der Macht rechtfertigen zu können („auctoritas, non veritas facit legem"), haben die hässlichen Autokraten, Technologiemagnaten und Wirtschaftsoligarchen dieser Tage leichtes Spiel. Juristinnen und Juristen erscheinen in diesem Spiel nur als Werkzeuge fremden Willens, als Sprachrohre fremder Autorität, und es sind eben diese „Autoritätsvermittlungen und Maskierungschancen im Recht",[17] die dem neuerlich drohenden Aufzug eines Post- oder Neofaschismus den Weg ebnen können.

Mit Menschen, denen „nichts unerträglicher als die Freiheit" ist,[18] können sich Wille zur Macht und Hang zum Gehorsam geradezu zwangsläufig vereinen, und diese Paarung vermag Autorität zu maskieren. Nur allzu oft verbirgt sich eine solcherart mas-

15 Vgl. Wiethölter (2014 [1969]), 526.

16 So Wiethölter (2014 [1969]), 534.

17 Vgl. Wiethölter (1986 [1968]), 34 f.

18 Vgl. Wiethölter (1986 [1968]), 33; mit Bezug auf Dostojewskij (2002 [1880]), 19: „Du willst in die Welt gehen und gehst mit leeren Händen, mit einem Versprechen von Freiheit, das sie [die Menschen] in ihrer Einfältigkeit und angeborenen Schlechtigkeit nicht einmal begreifen können, das ihnen Furcht und Schrecken einflößt – denn nichts ist jemals für den Menschen und für die menschliche Gesellschaft unerträglicher gewesen als die Freiheit!".

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

kierte Autorität hinter Begriffsfassaden von Ordnung, Freiheit, Frieden, Vaterland, aber auch von Recht und Gerechtigkeit. Wer zum Beispiel wieder nach „Recht und Ordnung" ruft, sucht doch nicht selten bloß nach Wiedergewinnung einer längst verlorenen, geradezu aus mythischer Urzeit erdachten Einheit von Recht, Sitte, Religion, Kultur in ihrem vormodernen, vordemokratischen Frühstadium.[19] Und wer Freiheit und Frieden in „Sicherheit und Ruhe"[20] – freilich begrenzt zuerst auf die eigene Nation und ihre global agierenden Wirtschaftsakteure – proklamiert, bedient sich der alten Kunst der Autorität, „als abgeleitet in Erscheinung zu treten, also gleichsam eine Maske aufzusetzen und sich selbst zu verleugnen"[21], um sich auf höhere Ermächtigungen, etwa durch Gott, Vorsehung oder Volkswille, berufen zu können („Freiheit! Ein schönes Wort wers recht verstünde! Was wollen sie für Freiheit? Was ist des freisten Freiheit? – Recht zu tun!"[22]).

In derartigen heuchlerischen Ableitungen von weltlicher Autorität verpaaren sich Machtwille und Hörigkeit zu unheiligen Allianzen aus Populismus und Kapitalismus, die mit den asozialen Mitteln digitaler Plattformen die wirtschaftliche Korruption von Politik ebenso wie die politische Korruption von Wirtschaft vorantreiben. Freiheitsheucheleien und andere Muskeraden stehen heute in Diensten eines entfesselten digitalkapitalistischen, transhumanistischen Größenwahns, der „soziale" Medien eben durch die Maske der Meinungs- und Redefreiheit in digitalisierte Müllhalden eines enthemmten Meinungsäußerungsmissbrauchs zu verwandeln droht. Wieder einmal soll ein mit Macht behauptetes eigenes Recht als autoritäres Mittel dienen, um andere Rechte gewaltsam zu beseitigen, eigene Pflichten zu derogieren, mit anderen Worten: Machtrecht soll Recht abschaffen und sich als

19 Vgl. dazu Wiethölter (1986 [1968]), 29.
20 Goethe (1998 [1787]), 168 (1. Aufzug).
21 Wiethölter (1986 [1968]), 33, mit Verweis auf Bernhard Rehfeldt.
22 Goethe (1998 [1787)], 216 (4. Aufzug).

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Waffe gegen Verfassung, Völkerrecht, nicht zuletzt gegen Menschen richten.

Darauf finden „Juristen als solche" in ihrer entpolitisierten Hypokrisie keine Antwort – im Gegenteil, es ist ihre Gleichgültigkeit, die Indifferenz ihres unpolitischen anwendungsbezogenen Rechts, die für den Aufstieg eines solchen imperialen Machtrechts mitverantwortlich zeichnet, womöglich sogar den Niedergang der modernen pluralistisch-politisch-demokratischen Gesellschaft befürchten lässt. Aber zugleich liegt genau darin – in der Einsicht in die Hypokrisie als Krisenursache und in der Verantwortlichkeit für Recht – der Schlüssel zur Befreiung durch Recht, und dieses freiheitliche Recht ist ein Politikum.[23] Als politisches Recht wirkt das Recht der Befreiung *mit* Recht gegen die Feinde des Rechts, gegen ihre vermeinte Freiheit zur Lüge wie auch gegen jedes unrechtmäßig angemaßte Recht auf Gewalt. Wir müssen die Rechtsfeinde daher nicht fürchten, solange sich nur genügend Freunde finden, die bereit und willens sind, die freiheitliche Demokratie zu wahren. Unter ihnen braucht es politische Juristinnen und Juristen, die nicht einer in Freiheit beschlossenen „Angst der Ohnmacht"[24] verfallen und sich auch nicht in „Verdrängung von Verantwortlichkeit für Recht" flüchten, sondern aufrecht Stellung beziehen, um an erster Stelle „sich selbst verantwortlich zu machen für Recht und Freiheit".[25]

III.

Noch aber scheint es keine rechten Mittel zu geben gegen die Rechtsfeinde der Gegenwart. Die Bedingungen der Möglichkeit von politischer Rechtstheorie und Kritik des Rechts haben sich

23 Siehe Wiethölter (1986 [1968]), 57.
24 Goethe (1998 [1787)], 226 f. (5. Aufzug).
25 Wiethölter (1986 [1968]), 59 f.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dramatisch geändert. Nicht mehr das Recht alleine steckt in der Krise. Es sind nicht mehr bloß die rechtseigenen Entwicklungsverzögerungen einer letzten beherrschenden vorrationalen Autorität, die Rudolf Wiethölter seinerzeit für das politische Unbehagen am Recht als „autoritärer und autoritativer Kulturmacht" verantwortlich machen konnte.[26] Das andauernde Unbehagen, die Verlegenheit, die Hilflosigkeit des Rechts sind heute, nach Zeitenwende und Wendezeiten, nicht nur Symptome einer weiterhin persistierenden Rechtskrise, sondern vor allem Folgen einer weltumspannenden Polykrise.

Angesichts multipler planetarer Bedrohungen und weltgesellschaftlicher Abgründe, die sich vor der Menschheit auftun, in die sie erschüttert und fasziniert zugleich hineinblickt, an deren Rändern sie taumelt und in geradezu bizarrer Sorglosigkeit zwischen Klimakatastrophen und Kriegsereignissen schwankt, stehen wir nun womöglich zum letzten Mal vor der existentiellen Frage, was in einer völlig neuen Weltlage zu tun ist.[27] Blicken wir nur nicht mehr zu lange hinein! Es geht ums Überleben, auch wenn manche sich noch nicht unmittelbar betroffen fühlen, mitunter gleichgültig von Zufall zu Zufall schaukeln[28] und sich allenfalls empören über Störungen ihres gewohnten Freiheitsgenusses, unter anderem der Freiheit, nicht belästigt zu werden von störenden Protestierenden, Aktivistinnen, Migranten oder allzu vielen Kriegsflüchtlingen.

Es ist gewiss menschlich, wenngleich nicht ganz vernünftig, die Realität immer auf Abstand zu halten, mitten im Krieg Frieden zu spielen und heile Welt zu feiern, auch nach ihrem Ende.[29] Der Schlaf der Vernunft gebiert bekanntlich Ungeheuer, der Traum von idealer Vernunft wohl ebenso. Vielleicht ist es sogar eine

26 Wiethölter (2014 [1969]), 526.
27 Žižek (2022), 285.
28 Exemplarisch dargestellt in einem Kommentar von Pigor (2023).
29 Vgl. Kaminer (2023), 13 f.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

jeder Vernunft innewohnende Schwäche, eine unvermeidliche Blindheit, die sich aus der Bedeutungsfülle des Wahrnehmbaren und aus der Standortabhängigkeit jeder Beobachtung ergibt, mithin ihre Ungeheuer aus der Perspektivität von Wahrheit und der Vielheit der Realitäten hervorbringt – wie auch immer: „Wer mit Ungeheuern kämpft, mag zusehn, dass er nicht dabei zum Ungeheuer wird."[30] Dies gilt besonders für das Recht und seine Vertreterinnen, die den verschlafenen, vorrationalen Zustand der Gleichgültigkeit überwinden und „wache Vernunft und Vernunft im erträumten Vorschein"[31] gewinnen, das heißt eine aufgeklärte Haltung einnehmen müssen, um dem Grundübel dieser Tage, einem zutiefst zynischen Umgang mit Wahrheit und Gerechtigkeit, entgegenzutreten.

Nochmals vor die Frage gestellt, was jetzt in neuer Weltlage zu tun ist, lautet die Antwort: Re-Politisierung des Rechts – nicht im Sinne einer einseitigen Parteinahme innerhalb der institutionalisierten Politik, wohl aber in Gestalt einer aufgeklärten Rechtspolitik der Wahrheit, die kritisch schon an Wahrnehmung und Sprachwahl ansetzen muss. Kritische, aufgeklärte Juristinnen lassen sich nicht zu nützlichen Juristen umfunktionieren, die allen möglichen und unmöglichen Autoritäten nach dem Munde reden. Weder übernehmen sie den entmenschlichenden Jargon eines unreflektierten rechtspolitischen Diskurses, der etwa mit „Zustrombegrenzungen" juristische Lösungen gegen „Flüchtlingswellen" versprechen möchte, noch beteiligen sie sich an entwürdigenden Maßnahmen, politischen Kulturkämpfen,[32] Übergriffen auf die Zivilgesellschaft oder an der Suspendierung des Rechts überhaupt. Sie verstehen sich auf die „Kunst, nicht regiert zu werden"[33] – jedenfalls nicht auf autoritär vorgegebene Weise und um jeden Preis. Kritisches Recht einer freien pluralistischen Ge-

30 Nietzsche (1993 [1886]), 98 (Viertes Hauptstück 146).
31 Wiethölter (1988), 409.
32 Siehe etwa Polke-Majewski (2025).
33 Foucault (1992), 12.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sellschaft wird sich niemals einer Herrschaftsgewalt beugen, von wem oder was auch immer diese ihre weltliche Autorität ableitet. Kein Machtrecht kann Recht abschaffen, solange es kritische Jurisprudenz politisch noch vermag, mit Recht zu Recht zu kommen.

Die Aufgabe der politischen Rechtskritik erscheint heute, da sich die politökonomistische Korruption mit ihrer hinter vorgeblichen Freiheitsforderungen maskierten Autorität zu neuen Höhen aufschwingt, gewiss größer denn je. Es wird darauf ankommen, sich nicht zum Sprachrohr solcher Autorität, schon gar nicht zum Werkzeug rechtsfremden Willens machen zu lassen, und sich allen Bestrebungen zu widersetzen, die das Recht gegen die Wahrheit und wider alle Vernunft aufs Neue zu verzaubern drohen. Und gegen Zauberei hilft, wie Wiethölter gelehrt hat, nur Aufklärung.[34] Mit kritischen Zwischenrufen zu intervenieren, den eingerichteten und ausgeübten Rechtsbetrieb in seinem gewohnten Lauf produktiv zu irritieren, im doppelten Sinne „Chaos in Ordnung zu bringen“[35], darin liegen die gegenwärtigen und zukünftigen Aufgaben der aufgeklärten politischen Jurisprudenz. Aus der Einsicht in die eigene Verantwortlichkeit für ihr Recht[36] gibt sie den Menschen Freiheit für ihr Recht – und den Juristinnen die Chance, Verantwortung zu übernehmen, mithin der Versuchung zu widerstehen, einem zynischen Recht in einer noch zynischeren Welt hilflos zu verfallen.

Was das Recht in dieser Welt hier und jetzt bewirken kann, ob es etwa dazu beizutragen vermag, dass die Welt doch nicht untergeht oder ob es womöglich selbst als treibende Kraft die Apokalypse noch beschleunigt, wird letztlich davon abhängen, inwieweit es gelingt, seine „folgenschwere Hilflosigkeit und selbst-

34 Wiethölter (1968), 10.

35 Vgl. hierzu Wiethölter (1995), 89 ff.; dazu Zabel (2019), 657 ff.; Augsberg (2020).

36 Wiethölter (1986 [1968]), 57 ff.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

verschuldete Unmündigkeit“[37] zu überwinden und allen neuerlichen Versuchen seiner Wiederverzauberung standzuhalten. Eine „Weltrettung durch Gerichtsbeschluss“[38] wird es sich sicherlich nicht leisten können, aber doch zumindest bescheidene „erdenschwere Beiträge“[39], um auch in aussichtslos erscheinender Lage mit entschlossener Verzweiflung handelnd den katastrophalen Entwicklungen der Gegenwart begegnen zu können. Für die völlig neue Lage einer Welt, wie wir sie einst zu kennen glaubten, deren Ende aber möglicherweise bereits eingetreten ist,[40] wird ein zukünftiges, postapokalyptisches Recht auch weiterhin Antworten finden müssen. Diese könnten in der Zuversicht einer noch immer möglichen „Neuschöpfung von Welt“[41] liegen, die nach Hannah Arendt auf die menschliche Bereitschaft angewiesen sein wird, sich „sprechend und handelnd […] in die Welt der Menschen“[42] einzuschalten und das „unendlich Unwahrscheinliche“[43] zu tun[44] – oder in einer von Rudolf Wiethölter für die politische Rechtskritik zeitlos gültig gefassten Rückbesinnung:

37 Vgl. Wiethölter (1986 [1968]), 9.

38 Vgl. Gruber (2024), 428.

39 Vgl. Wiethölter (1986 [1968]), 26: „Recht kann unpoetische, demütige, ehrliche, oft hilflose, tränenreiche, immer aber letztlich unzulängliche und erdenschwere Beiträge leisten, eine brauchbare, auf ‚Gerechtigkeit‘ und ‚Vernunft‘ zielende Friedensordnung für jedermann hier und jetzt zu verwirklichen, nicht hingegen sollte Recht beteiligt sein an der Opferung von Menschen heute, um einer meist utopischen Zukunft willen, oder umgekehrt an einer dauernden Verfremdung oder gar Versklavung von Menschen im Namen eines Pflicht-Gottes für jedermann, eines Weltgeistes oder einer ewigen Naturvernunft.“

40 Žižek (2022), 285.

41 Arendt (1994), 132.

42 Arendt (1981), 165 f.

43 Arendt a.a.O., 167.

44 Zum entsprechenden Verständnis von Hannah Arendts Konzept der „Einschaltung“ oder „Einfügung“ des Menschen siehe vor allem Eshel (2012), 32 ff., insbesondere 36 f.: „Arendt schreibt die jüdisch-christliche messianische Tradition um, indem sie ‚Geburt‘ nicht als vergangene oder zukünftige Ankunft eines Messias, sondern als die Tatsache definiert, dass jeder einzelne

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

„Aus Liebe zum Recht – und das kann nur heißen: aus Liebe zum Menschen – muß ich Recht entzaubern. Gegen Zauberei hilft nur Aufklärung. Wer heute Jurisprudenz betreiben will, ohne sich und seine Mitmenschen zu betrügen, muß bereit sein, aufklärerisch zu wirken."[45]

Literatur

Arendt, Hannah (1981), Hannah Arendt, Vita activa oder Vom tätigen Leben, München: R. Piper & Co.

_____ (1994), Zwischen Vergangenheit und Zukunft: Übungen im politischen Denken I, München: R. Piper & Co.

Augsberg, Ino (2020), „Chaos in Ordnung bringen". Zum Umgang mit Unsicherheit und Ungewissheit im Recht, in: prae|faktisch (05.05.2020), https://www.praefaktisch.de/nichtwissen/chaos-in-ordnung-bringen-zum-umgang-mit-unsicherheit-und-ungewissheit-im-recht/ (08.05.2025).

Dostojewskij, Fjodor (2002 [1880]), Der Großinquisitor. Eine Phantasie, Stuttgart: Reclam.

Eshel, Amir (2012), Zukünftigkeit. Die zeitgenössische Literatur und die Vergangenheit, Berlin: Jüdischer Verlag Suhrkamp.

Foucault, Michel (1992), Was ist Kritik?, Berlin: Merve.

Goethe, Johann Wolfgang (1998 [1787]), Egmont. Ein Trauerspiel in fünf Aufzügen, in: Apel, Friedmar u. a. (Hg.), Werke Bd. 2., Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 161–238.

Gruber, Malte-C. (2023), Die Cupola im Anthropozän: Klimahaftungsklagen der Zukunft, in: Juristenzeitung 78, 417–428.

Kaminer, Wladimir (2023), Frühstück am Rande der Apokalypse, München: Goldmann.

Mensch die Wirklichkeit, die er betritt, die Umstände, mit denen er konfrontiert ist, neu gestaltet. Durch das Leben in einer von Pluralismus definierten Welt ist jeder Mensch von Geburt an Teil eines Netzwerks aus anderen sprechenden und handelnden Menschen. Aus der Notwendigkeit, sich darin zu orientieren, entsteht Handeln und damit die ständige Entwicklung unserer Wirklichkeit."

45 Wiethölter (1968), 10.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Nietzsche, Friedrich (1993 [1886]), Jenseits von Gut und Böse, in: Colli, Giorgio/Montinari, Mazzino (Hg.), Kritische Studienausgabe, Bd. 5, 3. Aufl., München: Deutscher Taschenbuch Verlag, 9–243.

Pigor, Thomas (2023), Mein Sommer in Berlin. Kopfschütteln über die allgemeine Sorglosigkeit, Tagesspiegel (28.07.2023), https://www.tagesspiegel.de/kultur/mein-sommer-in-berlin-kopfschutteln-uber-die-allgemeine-sorglosigkeit-10228378.html (08.05.2025).

Polke-Majewski, Karsten (2025), Hört auf mit dem Kulturkampf!, ZEIT ONLINE (26.02.2025), https://www.zeit.de/politik/deutschland/2025-02/unionsfraktion-demos-gegen-rechts-ngo-finanzierung-friedrich-merz (08.05.2025).

Radbruch, Gustav (1987 [1929]), Einführung in die Rechtswissenschaft, 7./8. Auflage 1929, in: Kaufmann, Arthur (Hg.), Gesamtausgabe Bd. 1, Rechtsphilosophie I, Heidelberg: C.F. Müller, 211–406.

_____ (1993 [1914]), Grundzüge der Rechtsphilosophie, 1. Auflage 1914, in: Kaufmann, Arthur (Hg.), Gesamtausgabe Bd. 2, Rechtsphilosophie II, Heidelberg: C.F. Müller, 9-204.

Teubner, Gunther/Zumbansen, Peer (2000), Rechtsentfremdungen: Zum gesellschaftlichen Mehrwert des zwölften Kamels, in: Zeitschrift für Rechtssoziologie 21, 189–215.

Tolstoi, Leo (1900), Auferstehung, Berlin W.: F. Fontane & Co.

Wiethölter, Rudolf (1968), Jura studieren, in: Aspekte 1968/4, 8–10.

_____ (1973), Rechtswissenschaft in Kritik und als Kritik, Vortrag am 14. Juli 1971 im Rahmen des Studium Generale der Johannes-Gutenberg-Universität Mainz (Sonderdruck 1973).

_____ (1986 [1968]), Rechtswissenschaft, Basel/Frankfurt am Main: Helbing & Lichtenhahn.

_____ (1988), Rechtsstaatliche Demokratie und Streitkultur, in: Kritische Justiz 21, 403–409.

_____ (1995), Zur Argumentation im Recht: Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe?, in: Teubner, Gunther (Hg.), Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe. Folgenorientiertes Argumentieren in rechtsvergleichender Sicht, Baden-Baden 2019, 89–120.

_____ (2014 [1969]), Anforderungen an den Juristen heute, in: Zumbansen, Peer/Amstutz, Marc (Hg.), Recht in Recht-Fertigungen, Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 525–541.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Zabel, Benno (2019), „Chaos in Ordnung bringen“ – Versuch über das reflexive Recht, in: Kritische Justiz 52, 657–669.

Žižek, Slavoj (2022), Unordnung im Himmel. Lageberichte aus dem irdischen Chaos, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Part III: Critiquing Existent Law and Human Rights – *Kritik an bestehendem Recht und Menschenrechten*

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Nicole Mansfield Wright

Political Siloization of Legal Critique for Mainstream Academia and the Christian Right:

An Unbridgeable Divide?

As political discourse has grown still more acrimonious in the United States and the Western world, the inclination to affiliate with those of similar political leaning, and to amplify the political arguments with which one agrees, is understandable — and scholars are not immune to this tendency. Over the past decades, studies have shown that most law professors tend to be liberal or progressive, while only a minority of scholars identify as conservative.[1] Conservative scholars and law students have complained of marginalization within the academy.[2] In the interdisciplinary field of law and humanities, the siloization of mainstream and conservative academics as separate groups is notable. The relatively small numbers of conservatives in academia contrasts with the magnitude of their real-world influence within American politics: the influence of one sector of conservative scholars — the Christian right, and right-wing Catholics in particular — has only grown within the last few years and is reflected at the highest

1 See Bonica et al. (2018), 2: "Five prior of studies of the ideologies of law professors found at least 75 percent of law professors to be liberal." See also Phillips (2016), 153.

2 See, for example, Phillips (2018), 560. For a representative example of numerous recent op-eds by conservative law students voicing this perspective, see Phelps (2019).

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

levels in the impact of the Federalist Society and the disproportionate ascendance of right-wing Catholics to the United States Supreme Court.

The insularity of both groups — mainstream and right-wing scholars — is a significant problem: first, it weakens the field of legal critique, limiting the scope of discussion and rendering some topics off-limits. Second, it impairs the ability of scholars to produce work that has an impact in society and to be perceived as trustworthy experts by non-academics.[3] Establishing fora for dialogue and exchange of ideas is of paramount importance to alleviate the vitiation of scholarship borne of political polarization.

Separate Spheres

Where is the division between conservative (often right-wing) and mainstream (progressive or liberal) legal critique apparent? First, it can be traced in the curriculum vitae posted in faculty websites, which feature notably different patterns of publication venues depending on political affiliation. Mainstream law journals are edited by law students, who are more likely to be left-leaning; but this pattern does not hold true at conservative institutions. Based on inspection of faculty profiles of academics engaged in legal critique, scholars on the Christian right publish more frequently in law reviews associated with conservative institutions such as Notre Dame and George Mason; compared to mainstream research, their articles are more likely to promote religious freedom for Christians in legal contexts, and to infer support for Christianity in canonical legal texts including the Constitution of the United States. They also are more likely to publish commentary in non-academic religious publications (ranging from journals, magazines, and newspapers to websites)

3 For the loss of public faith in experts, see Nichols (2017).

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

relative to liberal or progressive academics, who may be more inclined to be secular. To compound this difference, numerous religious publications continue to be well-funded by deep-pocketed donors and not reliant on subscribers or advertisers, as opposed to secular venues that feature opinion pieces — including more accessible versions of legal critique — from both sides of the aisle. Throughout the United States, many local newspapers have shut down, and the surviving periodicals have tended to reduce word count for op-eds.

The leftward orientation of interdisciplinary law and humanities journals can be seen in the proliferation of articles presenting social justice as an important objective in writing on topics including capital punishment, LGBTQ+ rights, racism and racial disparities, reproductive rights, and more. The pattern can be observed across major law and humanities journals including *Law, Culture and the Humanities* and the *Yale Journal of Law and Humanities*.

The siloization of liberal and conservative legal discourse has been intensified by the rise of subscriber-based newsletters from individual scholars or small teams on venues including Substack and Patreon — the ultimate "walled gardens" of legal critique, for the paywall model renders some inaccessible, beyond a few sample posts, to non-subscribers. Subscriber-supported newsletters can have considerable reach: the Substack newsletter of the law professor and CNN commentator Stephen Vladeck has more than 30,000 subscribers.

The political divide in legal critique is exacerbated by the hidebound format of academic journals and monographs. In law reviews and law and humanities journals alike, articles are usually published as stand-alone entities, rather than followed by a sequence of responses. Publications would benefit from more frequently featuring less monologic publication formats: clusters of pieces responding to one another. Furthermore, the pipeline

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

of traditional academic publications moves too slowly to foster debate. Given journals' time frames and backlogs, it can take years to publish an article challenging a previous article. Special issues, where the articles focus on a shared theme, are not the solution: scholars featured in a special issue often share a general political orientation, even if they disagree on some matters, and so the format as it is currently used is not sufficiently dialogic. Monographs take years to develop, and a decade can pass between the publication of one book on a law and humanities topic and the debut of another featuring a contrasting political view.

In contrast, although many scholars post their work on what was once called "Law Twitter" and other platforms, the speed and brevity of social media is not conducive to nuanced, collegial debate: social media posts responding to legal critique tend to be either "signal boosting" by supporters or facile "hot takes" by those assailing the argument. For scholars without a large following, the response is silence, especially in the fragmented social media environment following the decline of Twitter (now branded as "X"). Although scholars continue to post on X and alternatives including Bluesky, Mastodon, Post, Spoutible, Threads, and others have appeared, readership of any one venue is smaller than Twitter's audience originally was.

II. Responses to the schism: Conservative grievances and progressive accusations of "bad faith"

Conservative law students see themselves as ignored or disregarded by mainstream academic legal discourse; they pit themselves against mainstream academia as one front of a larger culture war.[4] Whether their perceptions of their specific circumstances are accurate or not, their hostility towards the liberal and pro-

4 See, for example, Ogilvie (2013) and Sloan (2022).

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gressive majority in academia is a facet of conservative identity that has downstream effects that imperil the future of academia: mainstream legal scholars' expertise is questioned, and higher education funding has been continually reduced, often at the behest of Republican politicians. Only by engaging seriously and consistently with the research topics and questions that matter to conservative academics, and the larger constituency they represent, can the divide be bridged.

In contrast, some progressive law academics express concerns that conservative donors and activists from outside academia are working in "bad faith" to discredit and "drown out" discussion of legitimate topics relevant to legal critique — such as systemic racism — through disingenuous arguments based on selective definitions of "free speech."[5] Their concerns are valid; but is disengagement the best strategy?[6] They also claim right-wing arguments involving law and matters of race and social justice tend to be either "the equivalent of bathroom graffiti" or have been "conclusively refuted" — thus, they conclude, these right-wing ideas "do not deserve to be dignified among serious academic discourse."[7] Yet have right-wing arguments really been thoroughly debunked if — despite the lack of grounding in factual evidence — raising these topics invariably provokes abundant comments and vehement debates in popular discourse? Are scholars abdicating their responsibility to "normie" audiences of traditional and social media beyond academia, who are susceptible to right-wing arguments presented in these less formal contexts? Liberal and progressive scholars need to revisit questions, and promote anew the evidence, involving hot-button topics that have (re)gained traction in the public sphere. In the view of main-

5 Leong/Whitfield (2023), 506.

6 For an example of a conservative scholar's article that gives short shrift to progressive and liberal concerns regarding free speech (but rightly condemns threats of violence and banning books), see Wood (2023), 761–787.

7 Leong/Whitfield (2023), 522.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

stream academics, the debates have been exhaustively aired; but for non-academics unfamiliar with the literature, and members of rising generations, specious right-wing arguments, particularly those founded on fallacies that have the potential to harm members of vulnerable demographics, need to be dealt with anew.

At the same time, progressive academics note, donors are pouring ample funds into conservative initiatives involving social media as well as legacy media including newspapers and television. Some progressive scholars have advised not appearing on conservative cable networks lest their message be distorted. Even though it is often the case that these shows are incentivized to generate the opposite of dispassionate consideration, the refusal to engage only reinforces the schism between liberal and conservative legal critique. As the academic publishing industry transforms, there is a prime opportunity to reinvent the apparatus of communicating scholarship and take up the challenge of providing a venue amenable to cross-political exchange.

III. Are mainstream scholars ceding the field? Conservative adaptation of progressive academic platforms and concepts

Despite the schism, a unidirectional cross-pollination is ongoing and ramping up: right-wing scholars are adapting progressive academic concepts and frameworks to position their critique. Their recent writings openly recommend this strategy: In a 2024 op-ed in the *Wall Street Journal* (whose editorial page generally accords with the political bent of its right-wing owner, Rupert Murdoch), scholars from the conservative Civitas Institute at the University of Texas wrote: "[C]onservatives have continued to lose ground on campuses. While considering their next moves, they should ask: Why has the left been so successful at moving the

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

academy in their direction? [...] The right should learn from their playbook."[8] They cite the development of women's studies and African American studies as examples of taking up "perspectives [that] were neglected"[9] in an approach that could be emulated by those seeking to amplify voices from the right.

This strategy was being applied before it was explicitly advised. See, for example, a recent right-wing rendition of the concept of "history from below" coined in 1966 by the Marxist eighteenth-century studies scholar, E. P. Thompson, who studied eighteenth-century British laboring classes.[10] The phrase was popularized as the name of a movement that crested in the 1970s and 1980s through the work of left-wing historians including Howard Zinn, who argued for defying a White-centered idea of history, expanding the attention given to the history of people of color, and researching the history of labor movements.[11] In the decades since these scholars were working, the idea of "history from below" has become widely known and has gained significant influence. On the blog of the Abbeville Institute, which is run by right-wing academics dedicated to defending "the Southern tradition," M. Andrew Holowchak — a philosopher and historian who has taught at mainstream universities including the University of Michigan — uses the phrase in a way that inverts the power dynamics it normally conveys:

When historians approach their discipline with integrity and guilelessness, the various narratives on some person or event will allow certain isms as metanarratives and disallow others. This in effect is realist history — what I dub *history from below*.

8 Storey/Storey (2024).
9 Ibid.
10 Thompson (1966), 76–106.
11 The concept of "history from below" has permeated into legal critique for at least a generation. For example, forty years ago, a special issue of a law review titled "Legal Histories from Below" appeared (see Forbath et al. (1985)).

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

When historians politicize their history, they begin with isms qua metanarratives and frame their narratives in pursuance of that ism. This in effect is Postmodernist/Progressive history — *history from above*.

Consider, for illustration, the vogue of "racism" today in American history — especially when considering narratives of the American South. It is a covering term, brought into play from above, and it is seen, at least in American history, to be something that must be invoked in any historical narrative of an American figure or event. Can any historian publish a biography of John Calhoun in a prominent university press without much discussion of his racism? That is not allowed.[12]

Instead of indicating the uplifting of the perspectives of historically marginalized groups — as the term usually implies — the term as used by Holowchak recasts traditionalist academics as the embattled group oppressed by the powerful. His post is followed by approbatory comments stoking racist fear. One comment avows: "Accusations of racism against white people are used to destroy our defenses so that other races can run roughshod over us."[13] Another states: "Their plan is fomenting so much hate for whites, that all other peoples kill them off."[14] The sidebar for further reading offers a teaser for an opinion piece proclaiming that Southern states would benefit from seceding in the present day and could do so "by processes already written into our fundamental law."[15]

For right-wing scholars, there are several benefits to emulating progressive framing: first, their opponents have done the legwork work of testing and implementing these concepts and frameworks over decades, so conservatives know they can be

12 Holowchak (2023).
13 Comment from "Barbara," 31 Mar. 2023, on Holowchak (2023).
14 Comment from "Baron," 12 April 2023, on Holowchak (2023).
15 Johnson (2024).

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

effective. Second, recasting right-wing ideas in terms of social justice can render otherwise unappealing ideas more legible and palatable to members of generations (Millennials and Gen Zers) who are more likely to consider social justice a societal priority. Third — less frequently, but to an extent that cannot be disregarded — there is sometimes a sense of "turnabout is fair play" or "trolling" that can be gratifying to right-wing scholars frustrated with progressives' success at moving the Overton window in the direction of social justice. See, for example, a note in the right-wing *Civil Rights Law Review* sponsored by Antonin Scalia Law School:

> Inspired by the progressive call for 'eradicating white privilege,' 'eradicating rite privilege' is a phrase I coined to capture in a pithy way the… view that religion is not special and should not be singled out for special legal protections or exemptions. If this is a fallacy, we should call it *guilt by alliteration*.[16]

If the reader does not at first perceive the jocular tone of the note, the final sentence makes it clear.

Because mainstream law and humanities scholars largely neglect to — or refrain from — engaging with right-wing law and humanities discourse, they have largely left unanswered the right-wing uptake of progressive frameworks. Yet neither neglect nor dismissal (geared not to dignify with a response offensive arguments) will suffice as right-wing legal ideas continue to gain traction in the public sphere.

IV. Bridging the divide

The format in which legal critique continues to be published — mainstream journal articles and monographs — demurs from fostering discourse and critical engagement between left- and

16 Beckwith (2023), 3.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

right-leaning scholars. Too often, the scholars on editorial boards or published in the same special issue share a worldview, even if they disagree on points of that worldview. Given that most publishing is digital, and adding extra articles poses less of a budgetary constraint than for hardcopy journals, there is more room for dialogue. Why not follow, say, a journal article with a "critical legal studies"-inflected perspective on, say, televised procedurals' depictions of racial disparities in sentencing, with a response that raises conservative objections to the analysis, followed by rebuttals from both the original article's author and the respondent? Much more frequently, journal issues should be organized as fora in which a lead article is followed by responses featuring views from across the political spectrum. Alternately, editors should develop special issues that gather an array of perspectives on an issue. It will be necessary to invite scholars who have not usually been part of a journal's core constituency, because passively awaiting contributions from these scholars is a lower-yield approach.

In addition, progressive scholars serving on editorial boards or who are officers of law and humanities boards for conferences and workshops should organize symposia and invite conservative scholars to participate. Because donor funding is more available for conservative initiatives, mainstream scholars could explore the possibility of co-funding events with conservative organizations.

Finally, mainstream scholars should widen the array of scholarship and media they consume so that they more often consider views from opposing political perspectives. If preventative measures are not taken now, law and humanities scholarship will continue to devolve into an echo chamber.

Literature

Beckwith, Francis J. (2023). "What's So Special about Religious Liberty? Law, Philosophy, and Serving God." *Civil Rights Law Journal* 33.1: 1–30.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Bonica, Adam et al. (2018). "The Legal Academy's Ideological Uniformity." *Journal of Legal Studies* 47.1: 1–43.

Forbath, William E., Hendrik Hartog and Martha Minow (1985). "Introduction: Legal Histories from Below." *Wisconsin Law Review*: 759–766.

Holowchak, M. Andrew (2023). "The Establishment Love of 'Racism' in Southern History." *Abbeville Institute blog*. 30 Mar. 2023. Web. <https://www.abbevilleinstitute.org/

the-establishment-love-of-racism-in-southern-history/> (19 Mar. 2025).

Johnson, Kevin O. (2024). "What If Secession Happens Now?" *Abbeville Institute blog*. 11 Mar. 2024. Web. <https://www.abbevilleinstitute.org/what-if-secession-happens-now/> (19 Mar. 2025).

Leong, Nancy and Kevin M. Whitfield (2023). "The Marketplace of Racist Ideas." *Law, Culture, and Humanities* 19.3: 504–528.

Nichols, Tom (2024). *The Death of Expertise: The Campaign Against Established Knowledge and Why It Matters* [2017]. New York: Oxford University Press.

Ogilvie, Benjamin (2023). "Three Top 14 Law Reviews Are Discriminating against Conservatives; Some Schools Slow-Walk Acceptance." *Chicago Thinker*. 18 Jul. 2023.Web. <https://web.archive.org/web/20240612041940/https://thechicagothinker.com/three-top-14-law-reviews-are-discriminating-against-conservatives-uchicago-slow-walks-acceptances/> (7 Aug. 2025).

Phelps, Austin (2019). "Conservative Student Says Law School Biases Infringe on His Right to Free Speech." *ABA Journal*. 7 Aug. 2019. Web. <https://www.abajournal.com/voice/article/law-student-examines-seeing-red-free-speech-and-the-legal-classroom> (19. Mar. 2025).

Phillips, James C. (2016). "Why Are There So Few Conservatives and Libertarians in Legal Academia: An Empirical Exploration of Three Hypotheses." *Harvard Journal of Law and Public Policy* 39.1: 153–208.

_____ (2018). "Political Discrimination and Law Professor Hiring." *New York University Journal of Law & Liberty* 12.3: 560–617.

Sloan, Karen (2022). "Conservative Law Student Alleges Harassment During Online Chat About Abortion Ruling." *Reuters*. 2 Jun. 2022. Web. <https://www.reuters.com/legal/legalindustry/conservative-law-student-alleges-harassment-during-online-chat-about-abortion-2022-06-27/> (19 Mar. 2025).

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Storey, Benjamin and Jenna S. Storey (2024). "Follow the Left's Example to Reform Higher Ed." *The Wall Street Journal*. 26 Jan. 2024. Web. <https://www.wsj.com/articles/follow-the-lefts-example-to-reform-higher-ed-3c94d9b9> (19 Mar. 2025).

Thompson, E. P. (1966). "History from Below." *Times Literary Supplement* 7.4: 76–106.

Wood, Peter V. (2023). "Free Speech in Academia." *Texas Review of Law and Politics* 27.3: 761–787.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Heide Gerstenberger

Wessen Recht?

Vom Recht als Resultat sozialer und politischer Bewegungen

Als Bevölkerungen sich das Recht erkämpften, Gesetze zu beschließen, beseitigten sie damit auch jene Einheit von Recht und Eigentum, die zuvor für bestimmte Personen und bestimmte Personengruppen (Korporationen) gegolten hatte. Aber auch in den neu geschaffenen bürgerlichen Gesellschaften war Recht nicht allgemein. Arme und Frauen waren von den neu erworbenen Rechten der politischen Mitwirkung ausgeschlossen. In Deutschland bedeutete eine Unterstützung aus der Armenkasse auch den Verlust des Rechts, eine Ehe einzugehen.

Die soziale Erweiterung des Eigentums an „bürgerlichen Rechten" und die Einführung neuer – als „sozial" bezeichneter – Rechte wurde fast immer sehr mühsam erkämpft. Im Ausnahmefall wurden solche Rechte aber auch beschlossen, um politischen und sozialen Auseinandersetzungen vorzubeugen. Und keines der einmal erkämpften oder zugestandenen Rechte war und ist dagegen gefeit, dass seine Geltung geschmälert oder aufgehoben wird. Um zu verhindern, dass einmal durchgesetzte Rechte Buchstaben bleiben oder werden, müssen sie in Anspruch genommen und verteidigt werden.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Vom Recht als Instrument kolonialer Ausbeutung

In allen europäischen Kolonien, insonderheit in den modernen, fungierte Recht als Fortsetzung der Kriege gegen Einheimische mit anderen Mitteln. Gesetze regelten die Enteignung von Land, die Verpflichtungen zu Abgaben und zu Arbeitsdiensten. Vor allem aber machten die Gesetze und Verordnungen der Kolonialstaaten die Einheimischen eines Gebietes zu Eingeborenen, will sagen, zu Menschen, denen von Staats wegen ein niederer Wert zugesprochen wurde. Durch „Lawfare" (Comaroff) wurden die Eroberungen in einen Zustand überführt, der auf Dauer angelegt war. In den französischen Kolonien wurde diese Praxis nicht nur in ausdrücklichen Gesetzestexten realisiert, sondern auch in der gesonderten Regelung für die Judikative. So konnten noch bis 1921 Richter abgesetzt werden, wenn sie es gewagt hatten, von der offiziellen Strategie der rechtlichen Unterordnung Einheimischer abzuweichen. Für Einheimische in den Kolonien Englands war die formale Einführung eines minderen Rechtsstatus ausgeschlossen, weil offiziellem englischem Staatsverständnis zufolge auch für sie das englische Common Law in Geltung war. Faktisch wurden rechtliche Benachteiligung und Entrechtung vor allem durch Regelungen für die jeweiligen Gerichte und deren Praxis erreicht. Durch sie wurde das in England lange verbreitete Vorurteil, dass sich die Untertanen im gesamten britischen Weltreich auf die Geltung der im „rule of law" zusammengefassten grundlegenden Rechte berufen konnten, gründlich widerlegt.

So sehr in den modernen europäischen Kolonien ein Recht praktiziert wurde, das von den in Europa weithin durchgesetzten liberalen Rechten grundlegend geschieden war, in einem Punkt stimmten diese Rechtsentwicklungen überein: Privateigentum wurde gegen vorher dominante Eigentumsverhältnisse durchgesetzt und Gerichte tendierten dazu, die Verfügungsgewalt über privates Eigentum großzügig zu interpretieren.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Vom Recht als Produkt der Rechtsprechung

Gerichte können einmal erworbene Rechte sichern und durch ihre Interpretation auch deren Geltung ausweiten. Sie können aber auch mit dazu beitragen, einmal erworbene Rechte auszuhöhlen. So haben etwa Gerichte in den Südstaaten der USA nach dem Bürgerkrieg eine Interpretation des Schuldrechts entwickelt, die es möglich machte, die aus der Sklaverei befreiten Menschen beim kleinsten Verzug einer Zahlungsverpflichtung in Schuldknechtschaft (*peonage*) zu zwingen. Sie unterstützten damit das Bestreben früherer Sklavenbesitzer, die rechtlich frei gewordenen Arbeitskräfte daran zu hindern, selbständige Farmer zu werden und sie stattdessen in ihre vorherige Arbeits- und Lebenssituation zurück zu zwingen.

Keine eigene Rechtssetzung, wohl aber die Anwendung von Gesetzen, die bisher geltendem Recht widersprachen, praktizierten Gerichte in Deutschland ohne Widerspruch, als in den 1930er Jahren Menschen, die von der nationalsozialistischen Regierung als Juden definiert wurden, ihrer bürgerlichen Rechte beraubt wurden. In Breslau immerhin reagierte ein Gericht auf die Anweisung, jüdische Richter und jüdische Rechtsanwälte auszuschließen, mit einer Unterbrechung seiner Rechtsprechung. Es war aber das einzige.

Welche Wirkungen die fortdauernde Beschäftigung der zuvor regimehörigen Richter für die Entwicklung der Rechtsprechung in der Bunderepublik hatte, ist vielfach analysiert worden. Das hat sehr deutlich gemacht, dass die Entscheidungen von Gerichten – und damit die faktische Wirkung rechtlicher Bestimmungen – auch in einer parlamentarischen Demokratie von der politischen Einstellung ihres Personals beeinflusst wird. Die offizielle und im öffentlichen Bewusstsein verbreitete Auffassung von der politischen Neutralität gerichtlicher Verfahren samt der in solchen Verfahren genutzten juristischen Argumentation ist durch solche Analysen nicht grundlegend erschüttert

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

worden. Der englische Terminus „rule of law" bringt sehr deutlich zum Ausdruck, dass in einem Land, in dem Rechtsstaatlichkeit Verfassungsgrundsatz ist, das Recht „herrschen" soll. Wenn im Deutschen von „Recht sprechen" die Rede ist, so entspricht dies der weithin anerkannten Auffassung, dass die politische Neutralität der Gerichte ihren Ausdruck in der Sprache findet, die in rechtlichen Argumentationen gebräuchlich ist. Sie bestätigt – beziehungsweise soll bestätigen –, dass die Justiz von der Politik getrennt ist.

Dass Gerichte nicht nur ausführende Organe von Regierungen sind, sondern auch rechtspolitisch agieren, machen sich politische Parteien und Instanzen in der Bundesrepublik zunutze, wenn sie das Bundesverfassungsgericht anrufen, nachdem ihre Position in politischen Entscheidungsgremien unterlegen ist. Das war, um hier ein eher untypisches Beispiel anzuführen, der Fall als die Regierungen von Bremen und Schleswig-Holstein ein Normenkontrollverfahren gegen den Beschluss beantragten, ein internationales Schiffsregister einzurichten (populär als „Billigflagge" bezeichnet, weil Besatzungsmitglieder auf Schiffen unter deutscher Flagge nun nicht mehr dem deutschen Recht unterlagen, wenn sie keinen Wohnsitz oder ständigen Aufenthalt in Deutschland hatten). Auch die Gewerkschaft Öffentliche Dienste, Transport und Verkehr legte Verfassungsbeschwerde gegen diesen Beschluss ein. Beides hat der zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts 1995 abgewiesen und dies damit begründet, dass nur die Minderung des Grundrechtsstandards für ausländische Seeleute hinreichende Anreize für Schiffseigner schaffen würde, ihre Schiffe weiter unter deutscher Flagge zu betreiben. Dass ausländische Seeleute weiterhin nach deutschem Recht sozialversichert sein sollten, wurde später stillschweigend missachtet.

Ganz offensichtlich lag dem Spruch des Verfassungsgerichts die politische Auffassung zugrunde, dass eine Nation eine eigene Flotte brauche. Das ist aber keine juristische, sondern eine politische Argumentation. Im konkreten Fall hat der Markt die

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Entscheidung ausgehebelt. Die nationalpolitisch begründete Minderung der Grundrechte ausländischer Arbeitskräfte hat der Ausflaggung von Schiffen in deutschem Eigentum keinen Einhalt geboten. Dass Menschenrechte international gelten, verhindert auch andernorts nicht, dass Gerichte deren Minderung im nationalen Interesse akzeptieren.

Vom Recht als Verhandlungssache

In der Anwendung von Steuerrecht sind Verhandlungen keine Seltenheit. Während die jeweiligen Beteiligten kaum daran interessiert sind, diesen Sachverhalt zu veröffentlichen, ist dies bei der Einrichtung von Offshore-Gebieten des Rechts nicht der Fall. Sie kommen zustande, wenn Regierungen souveräner Staaten Enklaven nationaler Rechtsräume schaffen, um dadurch ausländisches Kapital anzulocken. Während Bedingungen für Finanzinvestitionen zumeist von Regierungen entschieden und anschließend veröffentlicht werden, sind Offshore-Bedingungen für Investitionen in Produktion eher Resultate von Aushandlungen zwischen Regierungen und einflussreichen Investoren. Nationale und internationale Proteste haben inzwischen bewirkt, dass Regierungen nur noch selten formal zustimmen, dass ausländischen Investoren zugestanden wird, ihren Beschäftigten die Mitgliedschaft in Gewerkschaften zu untersagen. Das gegenseitige Interesse kommt dann eher im Verzicht auf die Verfolgung von Rechtsverstößen zum Ausdruck.

Schlussfolgerungen aus Rechtskritik?

Dass Recht und Rechtsprechung nicht in dem Maße von Politik getrennt sind wie dies in den Verfassungsprinzipien der Gewaltenteilung und der Rechtsstaatlichkeit unterstellt ist, bedeutet nicht, dass sich Rechtskritik vorzugsweise darauf richten sollte,

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

eine solche Trennung zu fordern. So unabdingbar die öffentliche Kritik an konkreten Rechtslagen und an konkreten gerichtlichen Entscheidungen auch ist, die Zielsetzung einer völlig von Politik getrennten Justiz wäre nicht nur nicht realistisch, sie ist auch nicht wirklich wünschenswert. Denn nicht nur für die Entwicklung neuer Gesetze, sondern auch für die Interpretation bestehender Gesetze durch Gerichte ist durchaus anzustreben, dass die in einer Gesellschaft neu vertretenen Auffassungen mit bedacht werden – sofern diese mit den jeweiligen Verfassungen und mit den international vorliegenden Erklärungen der Menschenrechte übereinstimmen. Nicht die Forderung einer unpolitischen Rechtsprechung, sondern die Analyse der Politik, die in konkrete Urteile Eingang gefunden hat, ist Aufgabe von Rechtskritik.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Benno Zabel

Recht, Ohnmacht, Geschlecht

oder: warum die Gewalt nicht enden will

Die Nachrichten in den Printmedien, den sozialen Netzwerken und anderswo reißen nicht ab. Fast jeder Tag kennt partnerschaftliche und geschlechtsspezifische Gewalt, die sich im privaten, aber auch öffentlichen Raum abspielt und gravierende Folgen für die Betroffenen und deren Lebensumfeld hat, erinnert sei nur an den dramatischen Fall der Gisèle Pelicot, der jüngst für erhebliches Aufsehen gesorgt hat. Ob in Frankreich oder in Deutschland, ob in den Vereinigten Staaten oder in Südafrika, in den meisten Fällen sind es Frauen (oder Transpersonen), die sich mit psychischer und physischer Unterwerfung, mit menschenverachtendem Hass und sexueller Ausbeutung konfrontiert sehen. Nun muss nicht eigens betont werden, dass es *die* Frauen als Betroffene nicht gibt; dass nichtweiße Frauen, Frauen aus marginalisierten Milieus, migrantisch markierte Frauen, um nur einige Beispiele zu nennen, Gewalt in noch gesteigerter Form erleben – als rassifizierende, exkludierende, nekropolitische.

Diese Überlagerungen von Gewaltphänomenen, aber auch von Diskriminierungen in einer Person oder Gruppe, sind heute unter dem etwas sperrigen Begriff der Intersektionalität weitgehend anerkannt. Auch wenn die Erfahrungen und Folgen sehr unterschiedlich ausfallen können, so dürfte klar sein, dass dieses Erleiden von Unterwerfungen, Diskriminierungen und Ausbeutungen, das Selbstverständnis und Selbstbewusstsein von Frauen im Kern berührt. Das wird an den jüngst wieder vermehrt auf-

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tretenden Fällen sogenannter *Femizide* unverkennbar. Denn bei diesen Fällen geht es um Tötungen von Frauen – in der Regel durch Männer –, weil sie Frauen sind und auf ihren Rechten, ihren Lebensplänen und ihren Bedürfnissen beharren. Neben dieser Fallgruppe gibt es eine zweite, in der Öffentlichkeit weniger beachtete, die sogenannten *Intimizide*.[1] Der meist nur im fachwissenschaftlichen Jargon so verwendete Begriff bezeichnet eine in anderer Weise dramatische Situation, wie etwa die Strafverfahren gegen Jacqueline Sauvage und Valérie Bacot in Frankreich zeigen: Frauen, die jahrzehntelang unter einer privaten männlichen Gewaltherrschaft litten (hinter der Fassade einer bürgerlichen Ehe), sahen keinen anderen Ausweg, um sich und meist auch andere Angehörige vor zukünftigen Angriffen zu schützen, als den gewalttätigen Partner zu töten. Gewalt schlägt hier in Gegengewalt, in eine *Gewaltbeendigungsgewalt* um.[2]

Die Dramatik des Konflikts, das ursprüngliche Opfer wird in einem Akt der Selbstverteidigung zur Täterin (oder wird als solche gelesen), ist allein schon Grund genug, den gesellschaftlichen Bedingungen der privaten Gewaltherrschaft größere Aufmerksamkeit zu schenken. Zugleich adressiert die Rede von der Gewaltbeendigungsgewalt, in der die bewusste Überschreitung des Tötungstabus mit dem Movens der Befreiung verschmilzt, ein Problem. In der gängigen Deutung liberaler Gemeinwesen ist es gerade das Straf-/Recht, das als Teil der Lebenswelt äußere Freiheitsverhältnisse ermöglichen und – soweit dieses Ziel verfehlt wird – die Konfliktbearbeitung übernehmen soll. Die Gewaltbeendigungsgewalt lässt sich danach ohne weiteres im Verantwortungsbereich des früheren Gewaltopfers verorten, ja sogar als Bestätigung der normativen Ordnung rekonstruieren.

1 Für beide Formen partnerschaftlicher bzw. geschlechtsspezifischer Gewalt vgl. den Bericht des Deutschen Instituts für Menschenrechte von August 2023.

2 Zum Fall Sauvage die Süddeutsche Zeitung vom 30. Januar 2016, zum Fall Bacot FAZ online vom 25. Juni 2021.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Aber trifft das den Kern des Problems oder verdeckt es mehr als es erklärt? Was sich jedenfalls beobachten lässt, sind Rechtssubjekte, die in einen Kampf um das Recht und ihren Rechtsstatus hineingetrieben werden, die einerseits die Steigerung einer *rechtlich bedingten Ohnmacht* erfahren und andererseits zu einer *Selbstermächtigung in der Gewalt* gedrängt werden. Das ständig wiederholte Narrativ von Verwirklichung und Schutz gleicher Freiheiten erscheint aus dieser Perspektive wenigstens fragwürdig. Wenn aber die beschriebenen Gewaltszenarien die Subjekte und das Recht gleichermaßen betreffen, dann sollte dieser Fragwürdigkeit nachgegangen, dann sollten in einer Art Tiefenbohrung die Widersprüche sichtbar gemacht werden, die die versprochene Freiheit zur Illusion und die Norm zu einem Fetisch werden lassen. Spätestens hier wird eine Rechtskritik unausweichlich.

Ich bin davon überzeugt, dass eine solche Kritik, die Widersprüche zur Sprache bringen kann und muss. Beginnen will ich mit der naheliegenden Frage nach dem Subjekt und sie verbinden mit der Frage nach dem *Geschlecht des Rechts*. Die Frage nach dem Geschlecht und die Verknüpfung mag irritieren. Aber die Irritation dürfte nur deshalb eintreten, weil sie im liberalen Rechts- und Gesellschaftsvertrag gar nicht vorkommt, ja gar nicht vorkommen darf. Das Recht, so zeigt es sich bei Max Weber, John Rawls, Niklas Luhmann und im dominanten Gegenwartsdiskurs, garantiert Freiheitsverhältnisse nicht irgendwie, sondern in der *Form* der Rechte, die Rechte *machen alle gleich*, die Jungen und die Alten, die Reichen und die Armen, die Schwarzen und die Weißen und die Geschlechter sowieso. Mit anderen Worten, Rechte sind Selbstverwirklichungsgarantien und Emanzipationsverstärker. Sie setzen die Menschen frei und ketten sie gleichzeitig aneinander.

Doch nicht erst seit Marx, Adorno und Foucault wissen wir, dass Rechtsverhältnisse komplexer, dass sie Herrschaftsverhältnisse sind. Rechtsverhältnisse sind durchdrungen von Ideologien, Ressentiments und Interessen. Das heißt, die Selbstverwirk-

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

lichungsgarantien des Rechts sind nur aus einem bestimmten Blickwinkel neutral und egalitär, dem Blickwinkel des bürgerlichen Subjekts und einer bürgerlichen Rechtselite. Im Gegensatz zur klassischen Rechtskritik, die sich vor allem auf die ökonomischen Grundlagen der Lebensverhältnisse bezog, insistiert die queer-feministische Rechtskritik mit Vehemenz darauf, dass das Recht nicht nur nicht neutral ist, sondern dass das Denken und die Praktiken des Rechts, wenn dieser Ausdruck gestattet ist, eine *vergeschlechtliche DNA* haben, die sich in eine kulturelle Hegemonie übersetzt hat. Individuelle Freiheiten und subjektive Rechte könnten, so die fulminante Kritik Carol Patemans, nicht über die in ihnen selbst angelegte Logik der Ungleichheit und geschlechtercodierten Unterwerfung hinwegtäuschen.

> Commentaries on the texts[, so Pateman,] gloss over the fact that the classic theorists construct a patriarchal account of masculinity and femininity, of what it is to be men and women. Only masculine beings are endowed with the attributes and capacities necessary to enter into contracts, the most important of which is ownership of property in the person; only men, that is to say, are 'individuals'.[3]

Nun ist nicht zu bestreiten, dass sich das Recht und auch die Vorstellungen davon, wer gleichberechtigtes Mitglied einer freien Gesellschaft ist, gewandelt haben. Aber auch wenn der Eigentümer-Patriarch ausgedient hat oder es so scheint (in der Gegenwart zeigt sich allerdings, wie fragil und umkämpft diese Entwicklungen sind), wenn die vielfältigen Antidiskriminierungsbewegungen ein neues Gleichheitsregime erkämpft haben, etwa Schutz sexueller Selbstbestimmung, Entkriminalisierung der Abtreibung oder Neuordnung der Arbeitsverhältnisse, bleibt doch bereits am Umgang mit *care*-Arbeit unübersehbar, wie massiv maskulinistische und patriarchale Geschlechternarrative die Selbstwirksamkeit von Frauen bis heute prägen und beschränken.

3 Pateman (1988), 5.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Als Frau Rechte zu haben, bedeute daher nicht, von der Bestimmung und Unterordnung durch das Geschlecht befreit zu sein, beschreibt Wendy Brown den Gender Bias, um dann auf die häufig verkannte Paradoxie hinzuweisen: Denn einerseits ermöglichten geschlechtsspezifische Rechte die Sichtbarkeit von Frauen durch die Normierung von Weiblichkeit, andererseits könnten Rechte die Unterwerfung von Frauen verstärken, indem sie die Macht derer steigern, die bereits über Macht verfügten.

> Die Paradoxie liegt also darin[, heißt es weiter,] daß Rechte, die eine Bestimmung unserer Leiden, Verletzungen oder Ungleichheit einschließen, uns in eine Identität einschließen, die durch Unterordnung definiert ist; wohingegen Rechte, die solche Bestimmtheit vermeiden, nicht nur die Unsichtbarkeit unseres Unterworfenseins aufrechterhalten, sondern sie sogar noch verstärken können.[4]

Einmal mehr laufen im Recht Emanzipation und Herrschaftsansprüche ineinander. Nun sei daran erinnert, dass es nicht darum geht, mit dem Fokus auf (Cis-)Frauen andere Lebensformen und Konflikte zu marginalisieren, man denke an LGBTQIA+ oder FLINTA-Personen. Dass diese teilweise prekären Lebensformen von den hegemonialen Geschlechter- bzw. *gender*-Narrativen des Rechts ebenso betroffen sind, liegt auf der Hand. Mir geht es hier allerdings um eine für Frauen, insbesondere in heterosexuellen Beziehungen, destruktive und entwürdigende Gewaltdynamik, die durch Patemans Paradigma des *Sexual Contract* klarere Konturen bekommt. Gleichzeitig zeigt uns Browns Paradox, dass die subjektiven Rechte, die mit ihrer Gleichheitsforderung den Gewalt- und Herrschaftsdynamiken entgegenwirken sollen, die Verletzlichkeit der Frauen in tiefgreifender Weise beansprucht. Pointiert formuliert: Die Rechte egalisieren und befördern zugleich ein *Leiden an Verletzlichkeit*.

4 Brown (2011), 457, 459.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Wie kann das sein? Verständlich wird das nur, wenn man sich die Mehrdeutigkeit von Verletzlichkeit und die damit verknüpften Praktiken vor Augen führt. Im vorliegenden Kontext kann Verletzlichkeit, grob skizziert, sozialontologisch oder gesellschaftsfunktional verstanden werden.[5] In ihrer sozialontologischen Bedeutung, wie sie von Judith Butler, Alyson Cole oder Donna Haraway herausgearbeitet wurde, bezeichnet Verletzlichkeit eine Erfahrung des existentiellen Angewiesen- und Verbundenseins. Jede:r ist verletzlich, wenn auch in unterschiedlichem Maße. Daraus ergibt sich, so Butler, eine lebensweltliche Relationalität und Responsivität, die auf gemeinsames Handeln und auf vielfältige Formen der Kohabitation zielt.[6] Eine Ethik der Verletzlichkeit unterläuft das *monadische Denken angstvoller Natürlichkeit*.

Die Logik des Rechts ist hingegen eine andere. Das Recht individualisiert, entpolitisiert und moderiert die Lebensformen der Subjekte. Negative Freiheit nennt das die Tradition der politischen Philosophie. Darin, in der Versicherung autonomer Selbstverwirklichung, kann man eine zentrale Errungenschaft der Moderne erblicken. Die Verletzlichkeit, die das Recht kennt, meint die prekäre Autonomie des einzelnen Individuums. Diese Verletzlichkeit ist eine parzellierte, eine negative, einzuhegende. Das Recht versteht sich als Medium der Verletzlichkeitsbegrenzung. *Verletzlichkeit signalisiert Schutzbedürftigkeit*. Genau darin liegt aber auch die Herausforderung, um nicht zu sagen das eminente Problem. Denn Verletzlichkeit wird nicht nur negativ und autonomiebezogen, sie wird auch funktional zu herrschenden Norm- und Gesellschaftsvorstellungen bestimmt. Wie Verletzlichkeit und Schutzbedürftigkeit aufgefasst werden, hängt also nicht nur von einer Ethik des prekären Lebens und einer damit verknüpften Offenheit und Verantwortlichkeit ab, sondern – jedenfalls auch – von rechtlich reproduzierten Institutionen- Geschlechter- und

5 Andere Debatten, etwa die medizinethische, bleiben hier außer Betracht.
6 Butler (2005); Cole (2016); Haraway (1995).

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Rollenverständnissen, wie sie in Nahe- und Sozialbeziehungen, in Arbeitsverhältnissen usw. ausagiert werden. Die Verletzlichkeit und Schutzbedürftigkeit von Subjekten kann sich damit, je nach zeitbedingten Norm-, Institutionen- und Rollenverständnissen, ganz unterschiedlich auswirken, ja sie kann in ihr Gegenteil umschlagen. Das Wissen um Verletzlichkeit mündet dann in ein Leiden an Verletzlichkeit.

Damit bringt sich hier erneut die Paradoxie zur Geltung, die Wendy Brown bereits in der oben erwähnten Passage sichtbar gemacht hatte, kurz: Emanzipation und Herrschaftskalkül bedingen einander. Was heißt das konkret? Einprägsam ist für mich das (historische) Beispiel der Vergewaltigung in der Ehe. Nach dem Grundgesetz war und ist der Schutz der Persönlichkeit und die Gleichheit der Geschlechter garantiert und muss durch Recht und Gesetz in den Lebensformen der Rechtssubjekte verwirklicht werden, Artikel 2 Abs. 1 und 3 Abs. 1 GG. Gleichzeitig wurde aber von Rechts wegen die Vergewaltigung in der Ehe nicht als Entwürdigung der Partnerin und Unrecht anerkannt, übrig blieb allein eine Nötigung. Eine Vergewaltigung war nur „außerehelich" möglich. Die juristischen Details spielen hier keine Rolle. Hintergrund der patriarchalen Deutung des Geschlechterverhältnisses war ein Verständnis der Ehe, von Geschlechternormen und Rollen, die die Partnerin lange Zeit der ökonomischen und bis in die 90er Jahre des 20. Jahrhunderts der sexuellen Verfügungsgewalt des Partners unterwarf.[7]

7 Erinnert sei hier nur an die bizarre und insofern konsequent patriarchale Entscheidung des Bundesgerichtshofs von 1966 bzgl. der Pflichten aus der ehelichen Lebens- und Geschlechtsgemeinschaft, BGH, 02.11.1966 – IV ZR 239/65. Dort heißt es: „Die Frau genügt ihren ehelichen Pflichten nicht schon damit, dass sie die Beiwohnung teilnahmslos geschehen lässt. Wenn es ihr infolge ihrer Veranlagung oder aus anderen Gründen (…) versagt bleibt, im ehelichen Verkehr Befriedigung zu finden, so fordert die Ehe von ihr doch eine Gewährung in ehelicher Zuneigung und Opferbereitschaft und verbietet es, Gleichgültigkeit oder Widerwillen zur Schau zu tragen […]."

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die Ehe markierte, wie die feministische Kritik frühzeitig hervorhob, eine weitgehend entpolitisierte und staatsfreie Sphäre, an die im Gegenzug traditionelle und moralische Kategorien herangetragen wurden. Die Weigerung der Partnerin, sich jederzeit der sexuellen Verfügungsgewalt zu unterwerfen und dagegen auf einem gleichberechtigten Ehe- und Sexualleben zu bestehen (was auch immer das im Einzelnen bedeutete), entsprach daher nicht den vorgegebenen Rollen und wurde als „eheschädigendes Verhalten" interpretiert. Die Ehe konnte so aber Züge eines Herrschafts- oder sogar Gewaltverhältnisses annehmen. Vor allem wird deutlich, wie der normative Status der Frau als freies und gleiches Subjekt ignoriert wurde. Verletzlichkeit und Schutzbedürftigkeit, wie sie die Verfassung verwirklichen soll und an der beide Ehepartner:innen gleichermaßen partizipieren, wurden unter Berücksichtigung patriarchaler Geschlechternormen, zu Lasten einer Seite, der Frau, eingeschränkt oder dementiert. Auf diese Weise, und das ist der eigentliche Skandal, konnte der Schutz außerhalb von Ehe und Privatleben effektiver sein als innerhalb. Die patriarchal begründete und begrenzte Schutzbedürftigkeit bringt so erst das Leiden an Verletzlichkeit und die vielfältigen Versehrungen hervor.

Dass es sich bei den körperlichen Übergriffen bis hin zur Vergewaltigung im Ehe- bzw. Privatleben um physische und/oder psychische Gewalt handelt, und dass dadurch Herrschafts- und Gewaltverhältnisse installiert werden können, wie eben beschrieben, ist allerdings nur die halbe Wahrheit. Denn die Rede von der patriarchal begründeten und begrenzten Schutzbedürftigkeit verschleiert zugleich, dass Recht und Staat als Monopolisten legitimer Gewaltsamkeit (Max Weber) nicht nur unzureichend auf geschlechtsspezifische Gewalt reagieren, sondern dass diese Gewalt bis zu einem gewissen Maße unsichtbar gemacht wird. Bekanntermaßen hatte bereits Pierre Bourdieu mit seinem Konzept der *symbolischen Gewalt* darauf aufmerksam machen wollen, dass normativen Ordnungen, Wissenskulturen, Institutionen,

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

professionalisierte Rechtsanwendungen u.a.m. Herrschaftsformen entwickeln, die sich nicht oder nicht allein aus dem neutralen Gewaltmonopol rechtfertigen lassen, und zwar schon deshalb nicht, weil damit bestimmte liberale Ideologien, traditionelle Werte oder einseitige patriarchale Interessen befördert und gleichzeitig Verletzungen subjektiver, namentlich geschlechtsspezifischer Rechte in Kauf genommen werden.[8] Nur welche Möglichkeiten bleiben den in mehrfacher Hinsicht gewaltunterworfenen Subjekten, seinen Rechten Gehör und dem Leiden an Verletzlichkeit Geltung zu verschaffen?

Diese Frage führt nun wieder zu der eingangs geschilderten Konstellation der Gewaltbeendigungsgewalt zurück, also der Tötung des gewalttätigen Lebenspartners. Das Recht in Gestalt von Wissenschaft und Rechtsanwendung entdramatisiert den Konflikt, indem auf die generelle Geltung des Tötungsverbots abgestellt und die gewaltbetroffene Partnerin wegen Totschlags oder Mordes verurteilt wird. Die offensichtliche Not und die darauffolgende Selbstverteidigung findet in der Regel keine Beachtung, bestenfalls wird sie in den Bereich der richterlichen Strafzumessung verschoben oder, wie im Fall Sauvage, auf den Gnadenweg verwiesen. Erklären lässt sich diese Praxis nur, wenn die einseitige und konfliktverzerrende Deutung von Verletzlichkeit und Schutzbedürftigkeit berücksichtigt wird. Die Zuschreibung der Tat blendet die Genese und den Geschlechterbezug der Gewalt weitgehend aus. Die Zuschreibung ist blind für die sozialen Pathologien. Ausschlaggebend sind die Normverletzung und die Verletzung des staatlichen Gewaltmonopols. Dass für die gewaltbetroffene Partnerin keinerlei Notrechte in Betracht kommen sollen, also das, was in der gängigen Semantik Notwehr und Notstand heißt,[9] folgt aus einer Anwendung juristischer Kategorien, die die Besonderheiten des Konflikts, die häufig körperliche

8 Bourdieu (2019 [1986]).

9 „Notwehr", so definiert das deutsche Strafgesetzbuch in § 32, „ist die Verteidigung, die erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Unterlegenheit, die jahrzehntelangen Aggressionen des Partners und die sich daraus ergebenden Leidens- bzw. Gefährdungserfahrungen, kaum angemessen abbilden. Eine akzeptierte Selbstverteidigung, die womöglich eine Straflosigkeit nach sich zöge, wird in der juristischen (zuweilen immer noch patriarchalen und misogynen) Rekonstruktion des Konflikts kaum erwogen, ja verhindert. Stattdessen werden der gewaltbetroffenen Partnerin in einer Art *nachgeholten normativen Fiktion* Alternativen vorgehalten, Herbeirufen der Polizei, Flucht in Frauenhäuser u.a.m., die nach allem, was über häusliche und partnerschaftliche Gewalt bekannt ist, die Konflikte häufig nicht aus der Welt schaffen, sondern nur verlagern, verlängern, eskalieren.

Es ist nicht notwendig, genauer auf die Routinen des Rechts einzugehen, um dennoch zu sehen, dass sich hier Abgründe und Ausweglosigkeiten auftun: Weder die Tötung des gewalttätigen Partners noch die Verurteilung der gewaltbetroffenen Täterin stellen akzeptable Lösungen des Konflikts dar, und bringen doch, jede auf ihre Weise, eine scheinbar konsequente Logik des Handelns und Urteilens zum Ausdruck. Gleichzeitig sollte nicht vergessen werden, dass die Gewaltbeendigungsgewalt der Frauen, die Selbstermächtigung in der Gewalt nicht im luftleeren Raum entstand, dass sie, ganz im Gegenteil, auch das Resultat einer rechtlich und gesellschaftlich bedingten Ohnmacht ist. Die Logik des Rechts, die schließlich eine Verurteilung erst ermöglicht, hat die Aporien in das Subjekt verlagert, sie hat die Gewalt zum entscheidenden Faktor der Subjektivierung gemacht.

---

von sich oder einem anderen abzuwenden." Die Notstandsdefinition in § 34 lautet: „Wer in einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr für Leben, Leib, Freiheit, Ehre, Eigentum oder ein anderes Rechtsgut eine Tat begeht, um die Gefahr von sich oder einem anderen abzuwenden, handelt nicht rechtswidrig, wenn bei Abwägung der widerstreitenden Interessen, namentlich der betroffenen Rechtsgüter und des Grades der ihnen drohenden Gefahren, das geschützte Interesse das beeinträchtigte wesentlich überwiegt. 2. Dies gilt jedoch nur, soweit die Tat ein angemessenes Mittel ist, die Gefahr abzuwenden."

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Was folgt am Ende aus meiner kritischen Beobachtung? Die naheliegendste und radikalste Konsequenz wäre, mit dem Recht, jedenfalls mit *diesem* Recht zu brechen, das ist der Standpunkt der abolitionistischen Kritik. Diesen Standpunkt kann man teilen oder auch nicht. Was aber womöglich auf breitere Zustimmung stieße, ist die damit verknüpfte Idee einer *Transformation*. Transformation bedeutet so viel wie Wissen, Ordnungen, Lebensformen, Institutionen und die Menschen selbst in Bewegung zu setzen, um Lösungen für bestehende Krisen und Blockaden zu eröffnen. Transformation heißt nicht Zerstörung alles Bestehenden, sondern das Freilegen und Erarbeiten von Ressourcen, die geeignet sind, Emanzipationsprozesse und Formen gelingenden Lebens in die Wirklichkeit zu treiben. Das sollte nicht mit irrlichternden Romantizismen oder faden Utopien verwechselt werden. Betrachtet man die skizzierte Subjektivierungsweise des Rechts, dann wird klar, worauf es hinauslaufen muss:

Ein anderer Umgang mit Geschlechterverhältnissen und -konflikten, lässt sich nur erreichen, wenn auch die Leidenserfahrungen der Subjekte und die normativen Fehlentwicklungen als Veränderungspotentiale, als treibende Kräfte erkannt werden, um freiheitsunterdrückende Herrschaftsverhältnisse aus dem Weg zu räumen. Das kann in den hier skizzierten Fällen nur gelingen, wenn die Gründe und Erfahrungen geschlechtsspezifischer Gewalt umfassend zu Sprache kommen. Hierbei ist, wie gesehen, die Herrschaftsgewalt des Rechts gar nicht von der Hand zu weisen, die bis hinein in das Strafregime sichtbar wird. Gleichzeitig wird sich am Umgang mit Geschlechterkonflikten nur nachhaltig etwas ändern, wenn auch das Zusammenspiel von rechtlicher Herrschaftsgewalt mit gesellschaftlicher und individueller Gewalt unter die Lupe genommen wird. Das bedeutet keine Entlastung des Rechts. Es bedeutet aber, dass Verletzlichkeit als prägender Begriff des Lebens neu gedacht und zur Geltung gebracht werden muss, nämlich ethisch, politisch, sozial und rechtlich. Verletzlichkeit als Emanzipationsmarker zu verstehen, heißt, der Verantwor-

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tung gerecht zu werden, die jede:r für sich wahrnehmen muss, die jede:r aber auch im Verhältnis zur:m Anderen hat. Das allerdings ist ein anderes großes Thema.

Literatur

Bourdieu, Pierre (2019 [1986]), Die Kraft des Rechts. Elemente einer Soziologie des juridischen Feldes, in: Kretschmann, Andrea (Hg.), Das Rechtsdenken Pierre Bourdieus, Weilerswist: Velbrück Wissenschaft, 35–76.

Brown, Wendy (2011), Die Paradoxie der Rechte ertragen, in: Menke, Christoph/Raimondi, Francesca (Hg.), Revolution der Menschenrechte, Berlin: Suhrkamp, 454–473.

Butler, Judith (2005), Kritik der ethischen Gewalt, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Cole, Alyson (2016), All of Us Are Vulnerable, But Some Are More Vulnerable than Others: The Political Ambiguity of Vulnerability Studies, an Ambivalent Critique, in: Critical Horizons 17.2, 260–277.

Haraway, Donna (1995), Die Neuerfindung der Natur, Frankfurt am Main/New York: Campus Verlag.

Pateman, Carol (1988), The Sexual Contract, Cambridge: Polity Press.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Esther Neuhann

Die fortschrittshemmende Kraft des (Familien-)Rechts

Rechtliche und andere soziale Entwicklungen, Recht und Gesellschaft – und somit Recht und Kritik – stehen in einem komplexen Verhältnis.

Die grundlegende Konstellation von Recht und Gesellschaft in Demokratien ist folgende: Durch die formelle Beteiligung in Wahlen, aber auch durch zivilgesellschaftliche demokratische Partizipation wird das Programm von Parteien und deren relative Macht im Parlament und in der Verwaltung bestimmt. Diese Institutionen erarbeiten Gesetzesvorhaben, die schließlich Recht werden. In dieser Konstellation steht das Recht im Dienst der Politik und der Gesellschaft. Zeitlich betrachtet *folgt* das Recht auf gesellschaftliche Entwicklungen und Aushandlungsprozesse.

Aufgrund von Gewaltenteilung und der Komplexität sozialer Entwicklung wird diese Grundkonstellation von vier weiteren Verhältnissen von Recht und Gesellschaft überlagert. Erst durch diese wird Kritik durch Recht und Kritik am Recht möglich und nötig.

Recht kann gesellschaftlichen Wandel beschleunigen. Dies kann progressiven sozialen Wandel fördern. Erfolgreiche Klimaklagen etwa können den notwendigen ökologischen Wandel, dem politisch und gesellschaftlich die Mehrheit fehlt, vorantreiben: Kritik durch Recht.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Das Recht kann in seiner beschleunigenden Funktion aber auch regressiv wirken. Wenn eine populistische Regierungspartei ihre Macht für Verfassungsänderungen verwendet, durch die etwa Legislaturperioden verlängert werden, dann kann Recht den autokratischen Umbau einer Gesellschaft vorantreiben. Das Recht wird dadurch kritikwürdig.

Recht kann aber auch sozialen Wandel hemmen oder verunmöglichen. Auch diese hemmende oder bremsende Wirkung kann progressiv oder regressiv sein. Progressiv ist sie, wenn sie verhängnisvolle soziale Entwicklungen aufhält oder bremst. Das ist die Hoffnung, die mit einem verfassten Staat und „Ewigkeitsklauseln" einhergeht. Erneut: Kritik durch Recht.

Zuletzt kann die Beharrungskraft des Rechts aber auch progressive soziale Entwicklungen ausbremsen oder sogar sozialen Wandel auf eine Weise vorstrukturieren, dass er nicht radikal sein kann: Kritik am Recht.

In diesen vier Verhältnissen von Recht und Gesellschaft erscheint das Recht mal als Medium und mal als Objekt der Kritik. Es scheint dann eine Frage der kontextbezogenen Abwägung zu sein, ob das Recht progressiv oder regressiv wirkt.

Radikale Rechtskritik verneint allerdings diese abwägende Haltung und meint, dass Recht unterm Strich progressiven sozialen Wandel hemmt, und zwar durch die Art und Weise, wie Recht sozialen Wandel vorstrukturiert. Recht, das Individuen mit subjektiven Rechten ins Zentrum rückt, sei im Prinzip konservativ (in dem Sinne, dass es bestehende Machtverhältnisse eher stabilisiere) und depolitisierend (indem es den Fokus auf private Interessen anstatt kollektiver politischer Ziele lenke).

Im Folgenden beschreibe ich einen Fall, in dem Recht heute in Deutschland, meiner Ansicht nach, progressiven sozialen Wandel hemmt. Ob dieser Fall bloß zeigt, dass Recht fortschrittshemmend wirken kann oder im Sinne der radikalen Rechtskritik ver-

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

anschaulicht, wie Recht sozialen Wandlungsprozessen *stets* ihre politische Schlagkraft nimmt, lasse ich allerdings offen.

Der Fall, der mich interessiert, ist das „Dogma der Zweielternschaft“[1] im deutschen Recht. Meine These ist: Das Familienrecht (bzw. dieser Bestandteil desselben) hinkt der (progressiven) gesellschaftlichen Entwicklung hinterher *und* bremst sie aus; hier ist das Recht also *fortschrittshemmend*. Mich interessiert insbesondere die stärkere Variante der These, dass das Recht aktiv bremst, anstatt bloß hinterherzuhinken.

„Dogma der Zweielternschaft“ beschreibt den Umstand, dass es innerhalb des deutschen Rechts schwer bis unmöglich ist, Familienkonstellationen zu denken, in denen mehr als zwei Personen gleichberechtigte Eltern sind. Das Ideal der klassischen Kernfamilie mit einem heterosexuellen Elternpaar und von ihnen gezeugten Kindern ist die Grundlage dieses Dogmas. Familien, die diesem Ideal nur teilweise entsprechen (durch homosexuelle Eltern, Stiefelternschaft etc.) werden zum Glück mittlerweile durch das deutsche Recht auch geschützt.

Dass das Modell der Kleinfamilie insbesondere für die beteiligten Frauen und Kinder in vielen Fällen gar nicht so ideal war und ist, wird etwa von der sozialistischen Frauenbewegung (z. B. Alexandra Kollontai) schon lange kritisiert. Die Kritik an der Kleinfamilie kann dabei auf Grundlage der liberalen Werte der Freiheit und Gleichheit geäußert werden. Die weiterhin häufig ökonomisch schwächere Partnerin befindet sich in einer finanziell weniger mächtigen Position und schlimmstenfalls einer Abhängigkeit gegenüber ihrem Partner. Diese ökonomische Ungleichheit übersetzt sich häufig in andere Ungleichheiten, etwa der Verhandlungsmacht in ehelichen Absprachen. Dadurch und durch den Umstand, dass Frauen in Familien weiterhin den

1 Kallikat (2021).

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Großteil der nicht-entlohnten Care-Arbeit verrichten, sind diese für sie zudem häufig freiheitseinschränkend.

Wenn man die Kritik am Modell der klassischen Kernfamilie in Teilen überzeugend findet – oder auch nur, wenn man Personen eine Wahl zwischen klassischer Familie und anderen Familienformen offenlassen möchte –, dann scheint die Existenz und das Ausprobieren von alternativen Familienmodellen wünschenswert. Googelt man einmal Co-Parenting oder Ähnliches wird deutlich, dass in Deutschland Care-Gemeinschaften mit Kindern und mehr als zwei hauptverantwortlichen Erwachsenen bereits ein Teil der Realität sind. Das Recht hinkt der Gesellschaft also hinterher. Dies zeigt auch an, dass die deutsche Gesellschaft ‚reif' für (rechtliche) Alternativen ist.

Nichtsdestotrotz bewirkt das „Dogma der Zweielternschaft", dass alternative Familienmodelle mit mehr als zwei erwachsenen Hauptbezugspersonen im Streit- oder Krankheitsfall, keine hinreichende rechtliche Absicherung haben. Das eröffnet Kritiker:innen an alternativen Familienmodellen Spielraum, um diese schlechtzureden, da sie *unter den gegenwärtigen Bedingungen*, wohl tatsächlich weniger krisenfest als klassische Modelle sind.

Auch vor der Gründung einer Familie liefert das derzeitige Recht Individuen deshalb rationale Gründe dafür, *kein* alternatives Modell anzustreben. Es ist *unter gegebenen Bedingungen* ein vernünftiger Grund, etwa als Mann in einer homosexuellen Ehe *nicht* der Idee zuzustimmen, dass der eigene Partner mit einer Freundin ein Kind zeugt, um dieses zu dritt zu erziehen. Der Mann mag wortwörtlich berechtigte Zweifel daran haben, dass seine Rolle in der Erziehung tatsächlich gleichwertig wäre. Außerdem könnte etwa die beteiligte Frau berechtigte Zweifel anmelden, wie es mit dem Kindeswohl stünde, wenn es zu einer Trennung des Ehepaars käme: Würde der leibliche Vater seinem Expartner ohne rechtliche Ansprüche den Umgang mit dem Kind

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

verbieten und zwar zu Lasten des Kindes, das bisher mit dem Expartner aufgewachsen ist?

Das Recht hemmt also alternative Familienmodelle in zwei Hinsichten: Es verringert womöglich die Akzeptanz solcher Modelle, da sie unter gegebenen Umständen im Krisenfall vermutlich zu mehr tatsächlichem Leid führen. Außerdem liefert es Individuen unter gegebenen Umständen gute Gründe dafür, alternative Familienmodelle nicht auszuprobieren.

Das Recht macht daher die These, dass die Kleinfamilie (immer noch) das Beste für das Kind sei, zu einer sich selbsterfüllenden Prophezeiung – und bremst somit gesellschaftliche Entwicklungen, die freiere und gleichere Care-Gemeinschaften und Geschlechterverhältnisse ermöglichen könnten, aus. In einer Gesellschaft, in der die Kleinfamilie rechtlich abgesichert ist, funktioniert diese natürlich auch am besten!

Was nun? Warten bis die ungleichen und unfreiheitlichen Effekte der Kleinfamilie gesellschaftlich mehr und mehr Anerkennung finden? Dass etwa Emilia Roigs Buch *Das Ende der Ehe* 2023 ein Spiegel-Besteller war, zeigt, dass eine solche Hoffnung eventuell nicht ganz unbegründet ist. Die abwägende Haltung gegenüber dem rechtlichen „Dogma der Zweielternschaft" im Speziellen könnte dann in ein Urteil münden, dass dieses unterm Strich weniger Freiheit, Gleichheit, Kindeswohl, Rechtssicherheit usw. schützt als dessen Abschaffung. Und in der Tat hat das Bundesverfassungsgericht am 9. April 2024 geurteilt, dass „das Innehaben von Elternverantwortung und die Anzahl der Träger des Elterngrundrechts von vornherein auf zwei Elternteile zu beschränken" nicht zwingend sei (allerdings auch nicht erforderlich) und generell in Bezug auf die Frage, wer Elternrechte habe, die Ausgestaltungspflicht des Gesetzgebers angemahnt.[2] Hier ist also neben der gesellschaftlichen auch eine sanfte Kritik durch

2 1 BvR 2017/21.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

das (Verfassungs-)Recht am einfachen Recht im Gange. Es ist allerdings zu vermuten, dass die neue Regierung nach der Wahl vom 23. Februar 2025 am „Dogma der Zweielternschaft" festhalten wird.

Oder ist die Kritik am „Dogma der Zweielternschaft" zu sehr in den klassischen individuellen Kategorien des Rechts verhaftet? Sollte es ein maßgeblicher Beweggrund für den oben erwähnten potentiellen schwulen Vater sein, dass *sein* Eltern*recht* geschützt ist? Ist diese Anspruchshaltung für ein radikales Umdenken im Kontext von Care-Gemeinschaften hinderlich? Ist diese Anspruchshaltung wiederum ein Ergebnis unseres derzeitigen Rechtssystems? Wenn ja, ist diese aber jedenfalls hinsichtlich des unendlichen Anspruchs des Kindes auf sein Wohl nicht gerade besonders wertvoll?

Unabhängig davon, wie man diese Fragen beantwortet, sollte bei der Kritik von gesellschaftlichen Konstellationen die rechtliche Kraft, selbsterfüllende Prophezeiungen zu erzeugen, erkannt werden: Die Kleinfamilie ist nicht besser als ihre Alternativen, weil sie besser rechtlich abgesichert ist.

Literatur

1 BvR 2017/21, BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 09. April 2024, https://www.bverfg.de/e/rs20240409_1bvr201721 (9.3.2025).

Kallikat, Sinje (2021), Das verfassungsrechtliche Dogma der Zweielternschaft, Baden-Baden: Nomos.

Roig, Emilia (2023), Das Ende der Ehe, Berlin: Ullstein.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Franziska Martinsen

Menschenrechte *nicht* nicht wollen können

Die *Allgemeine Erklärung der Menschenrechte* (1948) und die im Verlauf der letzten 76 Jahre auf sie folgenden internationalen Menschenrechtsabkommen der Vereinten Nationen werden vielerorts als entscheidende historische Errungenschaft zum Schutz von Menschen gegen Unrecht, Unterdrückung und Diskriminierung gefeiert. In post- und dekolonialen Diskursen heißt es mitunter, dass Menschenrechte *nicht* nicht gewollt werden können.[1] Die doppelte Negation verbindet Befürwortung und Kritik von Menschenrechten in einem ambivalenten Spannungsverhältnis. Es ist nicht Ablehnung, die die Rede vom Nicht-Nicht-Wollen-Können zum Ausdruck bringt. Vielmehr verweist sie auf das epistemologische und politische Ringen um eine machtkritische Haltung, mit der sowohl die privilegierende Berücksichtigung ‚westlicher' Standards bzw. der Belange des Globalen Nordens und die daraus resultierenden Doppelstandards etwa bei der Beurteilung von humanitären Interventionen seitens des Globalen Nordens als auch das theoretische Rechte-Konzept selbst auf den Prüfstand gestellt werden kann. Anhand dieses Spannungsverhältnisses zwischen Affirmation und Kritik zeige ich, inwiefern die postkoloniale Kritik[2] unverzichtbare Anstöße für die Reflexion über Menschenrechte gibt.[3]

1 Vgl. Spivak (2009), 47; Kapur (2006), 682.
2 Vgl. exempl. u.a. Odinkalu (1999); Zhang (2014).
3 Vgl. Martinsen (2019), (2023), (2025).

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Vor dem Hintergrund verschiedener geschichtlicher, regionaler und kulturspezifischer Varianten von Menschenrechten möchte ich vorab kontextualisieren, dass im Folgenden mit ‚Menschenrechten' diejenigen Ansprüche gemeint sind, die Menschen als Individuen zugesprochen werden, um sie vor Unterdrückung, Übergriffen und Bedrohungen seitens eines Staates oder Dritter zu schützen. Dieser auch als ‚abendländisch' gelabelten Konzeption ist ein spezifischer Bias des europäisch-eurozentrischen Naturrechtsdiskurses inhärent, auf den sich die postkoloniale Skepsis richtet: Das abstrakte Individuum als Referenz eines moralischen Universalismus wird als Verabsolutierung mehr oder minder kaschierter kultureller und hegemonialer Partikularinteressen gelesen, die angesichts historischer kolonialer Praktiken mit ihren Folgen bis in die Gegenwart politisch, gesellschaftlich und ökonomisch problematisch sind. Zugleich haben die historischen Revolutionen wie die US-Amerikanische (1776), die Französische (1789) und insbesondere die Haitianische Revolution (1791) durchaus einen genuin emanzipatorischen Kern. Mit Blick auf das geschichtliche Zeitfenster im ausgehenden 18. Jahrhundert, in dem sich die vitalisierende Kraft der Menschenrechte erstmals entfalten konnte, ohne jedoch die auf die gesellschaftlichen und politischen Umwälzungen folgende Ungleichheit und Unterdrückung in den jeweiligen Gesellschaften zu verhindern, lässt sich die Spannung der Menschenrechte zwischen Verheißung und Versagen, zwischen Universalität und Historizität, zwischen Affirmation und Ablehnung deutlich machen.

Die erste Spannung zwischen Verheißung und Versagen lag und liegt bis heute in der Verschmelzung der Reklamation eines sozialen Unrechts mit der politischen Forderung nach Gerechtigkeit.[4] Die Aus- und Anrufung von Menschenrechten verbleibt jedoch lediglich rhetorisch dort, wo sie Freiheit und Gleichheit, Inklusion und Teilhabe für alle zu versprechen vorgibt, ohne sie tat-

4 Vgl. Vismann (1996), 328.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sächlich rechtlich umsetzen zu können. Unter den gegenwärtigen Bedingungen von nationalstaatlicher Souveränität wird beispielsweise das Recht auf Staatsangehörigkeit nur den Angehörigen eines Staates, der den Menschenrechtskatalog in seine Verfassung in Form von Grundrechten integriert hat, verbürgt.[5] Damit ist es aber als *Menschen*recht faktisch wirkungslos für Geflüchtete und Staatenlose, überdies werden diese von bestimmten weiteren Bürger*innenrechten wie etwa dem Wahlrecht[6] innerhalb eines Staates ausgeschlossen. Und auch das Recht auf Asyl[7] kann, wie sich an der Einführung des Art. 16a GG in der Bundesrepublik Deutschland 1992 zeigt, inhaltlich so beschränkt werden, dass viele Motive für Flucht und unfreiwillige Migration letztendlich nicht in die Kategorie eines menschenrechtlichen Grundrechts fallen. Ausgerechnet denjenigen Menschen, die besonders auf den Schutz der Menschenrechte angewiesen sind, bleibt er somit versagt.

In diesem Zusammenhang ist die zweite Spannung zwischen Universalität und Historizität bzw. zwischen Universalität und Partikularität der Menschenrechte zu sehen. Sie resultiert aus dem Widerspruch zwischen Menschenrechten, die universell und kulturübergreifend ein menschenwürdiges Leben zu definieren scheinen, und den partikularen Ansprüchen einer bestimmten historischen Konstellation, wie es beispielsweise das individuelle Eigentumsrecht darstellt. So arbeitet etwa Karl Marx in „Zur Judenfrage" den eigentlichen ökonomisch konnotierten Gehalt der vermeintlich universellen Menschenrechte heraus, die seiner Auffassung nach nicht Rechte ‚des Menschen', sondern des Bourgeois sind.[8]

5 Vgl. Art. 15 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte aus dem Jahr 1948, im Folgenden abgekürzt AEMR.
6 Vgl. Art. 21, Abs. 1 AEMR.
7 Vgl. Art. 14, Abs. 1 AEMR.
8 Vgl. Marx (1961).

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die dritte Ambivalenz von Affirmation und Kritik der Menschenrechte ergibt sich aus deren mehrheitlicher Befürwortung auf Seiten des Globalen Nordens und den postkolonialen Einwänden gegen ihre Blindstellen und Verzerrungen. Nicht nur erscheint das im europäisch-eurozentrischen Diskurs vorherrschende Zivilisations- und Fortschrittsnarrativ einer linearen Verbesserung der Welt durch die Einführung der Menschenrechte angesichts der anhaltenden globalen Machtasymmetrien als irreführend. Die Kritik richtet sich vor allem gegen die Vorstellung des abstrakten Individuums als Inhaber*in der Menschrechte, das als *pars pro toto* einer allgemeinen Menschheit imaginiert wird. Dieses abstrakte Einzelwesen trägt bei genauerem Hinsehen besitzindividualistische Züge,[9] die aus dem eurozentrischen neuzeitlichen Naturrecht stammen und in der modernen Menschenrechtstheorie dominant werden: Die vermeintlich universellen Rechte bergen tatsächlich partikulare europäisch-‚abendländische' Merkmale. Mit den abstrakten Idealen formaler Egalität und Universalität werden im eurozentrischen Menschenrechtsdiskurs also sowohl sozioökonomische als auch rassifizierte Machtstrukturen europäischer und nordamerikanischer Gesellschaften invisibilisiert und verabsolutiert. Dies wird beispielsweise daran deutlich, dass die als progressiv und emanzipatorisch ausgegebene Konzeption subjektiver Rechte auf der problematischen Konstruktion eines ‚unaufgeklärten', bzw. ‚unentwickelten' ‚*Anderen*' beruht, das für den aufklärerischen Diskurs des 18. Jahrhunderts als Negativfolie dient, um die eigene Fortschrittlichkeit vorgeben zu können. Diese mit der vereinseitigenden Hervorhebung des autonomen und autark imaginierten Subjekts einhergehende Abwertung des (vermeintlich) unzivilisierten, von Natur und Gemeinschaft abhängigen ‚Anderen' wirkt bis ins 21. Jahrhundert hinein in der

9 Vgl. MacPherson (1967); Parekh (1995).

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

anhaltenden Marginalisierung indigener Vorstellungen von Kollektivität oder der Verbundenheit mit Natur und Tierwelt.[10]

Langfristig betrachtet, tragen die Menschenrechtsdeklarationen des 18. Jahrhunderts in Nordamerika und Europa sicherlich dazu bei, in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts eine Neuordnung politischer und sozialer Strukturen herbeizuführen, doch halten weltweit Kolonialisierungspraktiken an und wirken bis in die Gegenwart. Dieser Widerspruch wird bis in den Menschenrechtsdiskurs des 21. Jahrhunderts – weitestgehend unreflektiert – tradiert: Die aufklärerische Forderung nach (moralischer) Gleichachtung aller menschlichen Lebewesen überdeckt die menschenrechtliche ‚dark side', die in dem nach wie vor eurozentrisch-besitzindividualistischen Menschenbild identifiziert wird.[11] Diese ‚dark side' ist die Kehrseite des Narrativs progressiver und emanzipatorischer Menschenrechte, die ebenso wie die problematischen Implikationen einer solchen „discriminatory universality"[12] durch die postkoloniale Kritik sichtbar gemacht wird. Rassistische und kolonialistische Konnotationen der Menschenrechte, die innerhalb des affirmativen Diskurses häufig als historisch uninformierte Inkonsistenzen einer ‚an sich richtigen' universellen Menschenrechtskonzeption verstanden werden, spiegeln sich nicht zuletzt wider im gegenwärtigen globalen Staatengefüge, in dem Länder des Globalen Nordens als zivilisiert (resp. ‚entwickelt') und Länder des Globalen Südens als weniger zivilisiert (resp. ‚unentwickelt') gelten.

Wie eingangs erwähnt, bedeutet die Redeweise vom Nicht-Nicht-Wollen-Können nicht Unentschlossenheit oder Resignation gegenüber Menschenrechten. Vielmehr verweist die damit beschriebene ambivalente Haltung auf die Notwendigkeit einer (Selbst-)Reflexion des ‚westlichen' menschenrechtlichen Diskur-

10 Vgl. Kapur (2006); Spivak (2009).
11 Vgl. Kapur (2006).
12 Kapur (2006), 673.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ses. Ein möglicher Ansatz des kritischen Umgangs mit Eurozentrismus und Besitzindividualismus (aber übrigens ebenso auch mit Sexismus und geschlechtlicher Diskriminierung) könnte beispielsweise darin bestehen, ein breiteres Diskursfeld[13] zu eröffnen, in dem postkoloniale und intersektionale Stimmen zu Menschenrechten mehr Gehör finden. Ein erster Schritt dazu wäre die Bereitschaft, Menschenrechte diverser, offener, inklusiver zu denken, z.B. angeregt durch einen globalen Bewusstwerdungsprozess über „multi-source human rights"[14], die dann nicht als per se *universelle* Rechte, sondern aufgrund ihrer dialogischen Genese als *universalisierbare* Rechte[15] zu verstehen seien. Der Unterschied zwischen der Setzung eines undifferenzierten, partikulare Varianten und Abweichungen ignorierenden Universalismus auf der einen Seite und der Offenheit für eine differenzaffine, immer wieder aufs Neue zu reaktualisierende, inklusive Universalisierung auf der anderen ermöglicht in einem zweiten Schritt, entsprechende Rechtsnormen trotz ihrer kolonialen Verstrickungen zu nutzen und sie explizit gegen das Unrecht einzusetzen, das der Kolonialismus selbst produziert hat.[16] Sollen Menschenrechtsnormen ihre im besten Falle empowernde Wirkung entfalten können, ist es allerdings erforderlich, dass der Verweis auf die Ambivalenz der Menschenrechte niemals einer Verharmlosung ihrer ‚dark side' oder gar als Entschuldigung für sie dient. Erst dann könnten sie tatsächlich als „insurrectionary praxis"[17] verstanden werden, erst dann könnten sie trotz aller Kritikwürdigkeit durchaus „radical tools for those who have never had them"[18] sein.

13 Vgl. Barreto (2018); Barreto/Kerner (2022).
14 Vgl. Kerner in Barreto/Kerner (2022), 141.
15 Vgl. Pollmann (2009).
16 Spivak (1999), 371.
17 Baxi (2006), 22.
18 Kapur (2006), 682.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Literatur

Barreto, José-Manuel (2018), Decolonial Thinking and the Quest for Decolonising Human Rights, in: Asian Journal of Social Science 46.4/5, 484–502.

Barreto, José-Manuel/Kerner, Ina (2002), Decolonizing Universalism? A Dialogue on Women's Rights, Feminist Struggles and the Possibilities and Problems of Universal Norms, in: Scheele, Alexandra/Roth, Julia/Winkel, Heidemarie (Hg.), Global Contestations of Gender Rights, Bielefeld: Bielefeld University Press, 135–148.

Baxi, Upendra (2006), The Future of Human Rights, Oxford: Oxford University Press.

Kapur, Ratna (2006), Human Rights in the 21st Century. Take a Walk on the Dark Side, in: Sidney Law Review 28.4, 665–687.

MacPherson, C. B. (1967), Die politische Theorie des Besitzindividualismus, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Martinsen, Franziska (2019), Grenzen der Menschenrechte. Staatsbürgerschaft, soziale Zugehörigkeit, Partizipation, Bielefeld: Transcript.

_____ (2023), Menschenrechte, in: Zichy, Michael (Hg.), Handbuch Menschenbilder, Wiesbaden: Springer VS, 919–935.

_____ (2025), 'We cannot not want human rights, can we?' Menschenrechte und Internationales Strafrecht aus postkolonialer Perspektive, in: Abraham, Markus/Stefanopoulou, Georgia (Hg.), Postkoloniales Völkerstrafrecht? Herausforderungen des Internationalen Strafrechts durch die postkoloniale Theorie, Baden-Baden: Nomos.

Marx, Karl (1961), Zur Judenfrage [1843], MEW 1, Berlin: Dietz, 347–377.

Odinkalu, Chidi (1999), Why More Africans Don't Use Human Rights Language (05.12.1999), http://www.carnegiecouncil.org/publications/archive/dialogue/2_01/articles/602.html (25.07.2025).

Parekh, Bhikhu (1995), Liberalism and Colonialism: A Critique of Locke and Mill, in: Nederveen Pieterse, Jan/Parekh, Bhikhu (Hg.), The Decolonization of Imagination, Culture, Knowledge and Power, London: Zed, 81–98.

Pollmann, Arnd (2009), Für einen neuen Universalismus. Das politische Projekt der Menschenrechte aus philosophischer Sicht, in: Zeitschrift für Politik 56.1, 35–50.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Spivak, Gayatri Chakravorty (1999), A Critique of Postcolonial Reason. Toward a History of the Vanishing Present, Cambridge (Mass.): Harvard University Press.

_____ (2009), Outside in the teaching machine, New York: Routledge.

Vismann, Cornelia (1996), Das Recht erklären. Zur gegenwärtigen Verfassung der Menschenrechte, in: Kritische Theorie 29:3, 321–335.

Zhang, Chenchen (2014), Between Postnationality and Postcoloniality: Human Rights and the Rights of Non-cititzens in a ‚Cosmopolitan Europe', in: Dhawan, Nikita (Hg.), Decolonizing Enlightenment. Transnational Justice, Human Rights and Democracy in a Postcolonial World, Opladen: Barbara Budrich, 243–259.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Part IV: Examining Legal Subjectivity and Subjugation – *Untersuchung von Rechtssubjektivität und Unterwerfung*

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Susanne Krasmann

Das Subjekt des Rechts?

Für eine relationale Perspektive

Wer ist das Subjekt der Menschenrechte, so fragt Jacques Rancière und entwirft damit in zweierlei Hinsicht eine auch für das Recht elementare Kritik. Die betrifft zum einen die Frage nach dem Zugang zum Recht: Wer kann das Recht überhaupt unter welchen Umständen für sich in Anspruch nehmen? Genuin politisch ist Rancières Anliegen zum anderen darin, dass es einen offenen Begriff des Subjekts aufzumachen sucht – und damit auch die Fokussierung des bürgerlich-liberalen Rechts auf die Wahrnehmung subjektiver Rechte aufzubrechen hilft. Das politische Subjekt, das Rancière vor Augen hat, ist gesellschaftlich noch gar nicht vorgesehen. Es muss sich allererst behaupten, und es tut dies, indem es ein Unvernehmen artikuliert. Das Unvernehmen ist mehr als ein Einspruch oder Widerspruch und auch nicht zu verwechseln mit dem Missverständnis. Es bedeutet nichts weniger, als ein neues politisches Subjekt vorzustellen – und gesellschaftlich vorstellbar zu machen.

Ihrem Selbstverständnis nach stehen die Menschenrechte jedem Menschen zu. Sie gelten als unteilbar. Doch wer als Mensch zählt – das ist das von Rancière adressierte Problem –, ist gesellschaftlich keineswegs immer schon ausgemacht. Im historischen Rückblick lässt sich leicht nachvollziehen, worum es hier geht: So mussten sich die Frauen, die Schwarzen, die Sklaven ihre politischen Rechte erst erkämpfen, indem sie überhaupt erst als Menschen oder Bürger:innen anerkannt, und das heißt auch als

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

solche wahrgenommen wurden. Das Subjekt der Menschenrechte zu imaginieren, das erst noch kommen wird, ist hingegen schon schwieriger.

Die Menschenrechte, so formuliert es Rancière in Anspielung auf und gegen Hannah Arendt, sind die Rechte derjenigen, die nicht die Rechte haben, die sie haben, und die zugleich die Rechte haben, die sie nicht haben. Es sind also die Rechte, die ihnen qua Recht, gewissermaßen auf dem Papier, zustehen, die sie aber nicht wahrnehmen können, gerade weil sie nicht als Subjekte zählen; es sind die Rechte, die sie nur erlangen können, indem sie diese trotzdem – und gerade deshalb – für sich in Anspruch nehmen. Es handelt sich mithin nicht nur um eine Frage der Legitimität, wer dazu berechtigt ist und wer nicht. Denn das Subjekt, das sich behaupten wird, steht ja noch nicht fest. Weder gesellt sich einfach nur noch ein weiteres, bereits existierendes hinzu, noch erschließt es sich in bereits etablierten Kategorien wie der des Individuums (wie im soziologischen Denken), des Menschen (anthropologisch betrachtet), der jetzt als dieser bestimmte leibhaftige Einlass ins Recht begehrt, oder des autonomen Subjekts (wie im liberalen Recht). Unbestimmt lässt Rancière das Subjekt, das er selbst noch nicht kennt, indem er es als ein kollektives beziehungsweise ein multiples: als eine Vielheit konzipiert. Auch die Bühne, auf der diese Vielheit ihre Stimme erhebt, will erst hergestellt werden, jenseits der etablierten Orte wie dem Parlament oder dem Gericht mit den ihr eigenen, vorgegebenen Regeln des Sprechens. Die erfolgreiche Artikulation eines Unvernehmens wird die politische Landschaft verändern, sie verschiebt die Kategorien legitimer Zugehörigkeit – und des zuvor Gedachten.

In der Frage, wer oder was das Subjekt der Menschenrechte überhaupt ist und sein kann, lässt sich nun mit und gegen Rancière noch einen Schritt weiter, über den Menschen der Menschenrechte hinausdenken. Tatsächlich ist eine solche Form der Kritik in der Theorie und Praxis längst angekommen. Nicht nur

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wurden historisch immer mehr Rechte erkämpft und etabliert – Freiheitsrechte, politische Teilnahmerechte, soziale Leistungsrechte – und mit ihnen erweiterte Verletzlichkeiten anerkannt –, sondern auch ganz neue, nicht-menschliche Entitäten ins Spiel gebracht, in jüngster Zeit insbesondere die subjektiven Rechte der Natur beziehungsweise natürlicher Entitäten wie Pflanzen, Tiere, Berge, Flüsse oder Ökosysteme. Gleichwohl folgt auch diese Logik der politischen Einforderung von Rechten immer noch den Regeln des liberalen Rechts. Denn sie ist auf die Einschreibung identifizierbarer Entitäten – und von immer mehr Entitäten – in das Recht ausgerichtet. Sie verbleibt mithin beim Rechtssubjekt, das für seine Interessen eintritt – oder dem man dazu, weil es selbst nicht sprechen kann, verhelfen will.

Demgegenüber möchte ich einen anderen Weg vorschlagen, der das Subjekt, und insbesondere die Menschen – oder die Menschheit – der Menschenrechte selbst ins Verhältnis setzt. Am Beispiel des Urbizids, wie er sich zur Zeit des Schreibens dieses Artikels gerade im russischen Krieg gegen die Ukraine abspielt, lässt sich illustrieren, was damit gemeint sein könnte. Der Urbizid (wörtlich: „Stadtmord") ist kein neues Phänomen. Vielmehr wurden die Städte des Gegners in der Geschichte kriegerischer Auseinandersetzungen zerstört, seit es sie gibt. Seine spezifische Bedeutung erhält der Begriff hingegen in dem Verständnis, dass es um die Stadt selbst geht. Der Urbizid funktioniert über den Angriff auf die Architektur beziehungsweise das Gebaute. Er trifft die Menschen direkt und indirekt, indem er ihre Häuser, die Infrastruktur, die ganze Stadt zerstört. Wohnhäuser, Theater, Krankenhäuser, die von Raketen attackiert werden, werden dabei selbst zum Medium und zeitigen eine symbolische wie ganz materielle Wirkung. Städte zu bombardieren erzeugt Terror, es versetzt die Bewohner:innen in Angst und Schrecken; es beraubt sie elementarer Lebensgrundlagen: der medizinischen Versorgung, der Versorgung mit Wasser und Nahrung, und nicht zuletzt ihrer Behausung; es ist ein Angriff auf die Kultur, auf die Art und Weise

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

des Zusammenlebens; und es setzt ein Signal der Macht, der Beherrschung, der Vernichtung. Die Zerstörung des Akademischen Drama Theaters von Mariupol im März 2022 kurz nach der russischen Invasion zeigt das beispielhaft: Es war die Zerstörung eines Symbols kulturellen Lebens, eines Herzstücks der Stadt; es war zugleich der Angriff auf eine Notunterkunft, in der schon ganze Familien Schutz vor den Bomben gesucht hatten; und es war der Beginn, wie eine Vorwarnung und der Vollzug der Vernichtung der gesamten Stadt Mariupol, die bis Ende Mai dem Erdboden gleichgemacht wurde. Der Angriff auf das Drama Theater war ein Angriff auf das Gefüge der Stadt.

Der Urbizid betrifft demnach die verschiedensten Dimensionen des Lebens: vom schieren Überleben bis hin zu den unterschiedlichen Weisen, das Leben zu leben und das Zusammenleben zu gestalten. Die Stadt ist von Menschen gebaut, darin ist sie mehr als der einzelne Mensch, aber sie ist auch mehr als die Gesellschaft. Sie ist das Konglomerat von Architektur, Infrastruktur und urbanem Zusammenleben, das die Stadt erst ermöglicht – und das der Urbizid vernichtet. Er weist so zugleich darauf, wie Menschen nicht nur auf Mitmenschen (und weitere nicht-menschliche Lebewesen) angewiesen sind, sondern auch auf die Dinge und Artefakte um sie herum. In Beziehung zu den Menschen bewirkt die Architektur, die gebaute Welt, ihrerseits etwas: Sie verzückt in ihrer Schönheit; sie stellt den Raum her, an dem eine Vielheit zusammenkommen oder aber auch Abstand voneinander halten kann; als Ruine erinnert sie an den Terror der Bombardierung und die Zerstörung von Leben; sie ist Projektionsfläche für eine andere Zukunft.

Urbizid ist kein stehender Rechtsbegriff, als Problem ist er jedoch bereits in verschiedenen Bestimmungen des Rechts, insbesondere des humanitären Völkerrechts eingelassen, etwa im Verbot, zivile beziehungsweise kulturelle Objekte ohne militärische Notwendigkeit zu zerstören; im Prinzip der Verhältnismäßigkeit und der Unterscheidung von ziviler Bevölkerung und Kämpfern,

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

das zum Beispiel im Falle eines militärischen Angriffs auf ein dicht besiedeltes Gebiet greift; oder auch im Recht auf eine angemessene Behausung, das seinerseits von der Angewiesenheit der Menschen auf ihre gebaute Umwelt spricht. Internationale Bemühungen, die derzeit darauf zielen, den Gebrauch von Sprengstoffwaffen in dicht besiedelten Gebieten politisch und rechtlich zu ächten, geben dem Problem des Urbizids indirekt statt. Eine Kritik des Rechts setzt indes noch früher an: indem sie das Problem, das der Begriff des Urbizids aufwirft, das Denken des Urbizids auf das Denken des Rechts überträgt; indem sie sich mit anderen Worten nicht länger nur auf den Menschen, die Bürger, die Individuen, die Lebewesen, die Dinge als Rechtssubjekte konzentriert, sondern Verhältnisse selbst in den Blick nimmt.

Freilich denkt das Recht bereits in Verhältnissen, allen voran im anspruchsvollen Begriff der Verhältnismäßigkeit. Doch die zentrale Figur des Rechtssubjekts – und des Menschen – zu dezentrieren, erfordert mehr. Es hieße einerseits einzusehen, dass Menschen nichts ohne ein anderes sind: ohne andere Menschen, andere Lebewesen, ohne Gebautes und so fort. Menschen werden immer erst zu solchen, und manchmal hilft ihnen das Recht dabei. Es hieße andererseits aber etwa auch, die Zerstörung von Architektur nicht mehr nur als die Zerstörung eines kulturellen Erbes der Menschheit, und die Zerstörung von Natur nicht in erster Linie als die der Lebensgrundlagen der Menschen zu begreifen. Es hieße, von der Selbstzentrierung der Menschen Abstand zu nehmen, und das bedeutet im Umkehrschluss freilich auch, sich gerade nicht vom Denken und der Fähigkeit, auf menschengemachte Probleme zu antworten und antworten zu müssen, zu verabschieden. Allerdings muss das Recht jetzt vielleicht nicht mehr so sehr auf den Menschen der Menschenrechte warten, sondern sich vielmehr mit der Frage beschäftigen, was eigentlich das Lebensmilieu ist und wessen Leben es ist, das es zu schützen gilt. Vielleicht verschwindet der Mensch in diesem Gefüge am Ende dann doch – so wie schon das berühmte Gesicht am Meeresufer im Sand.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Daniel Loick

Recht, *race* und relationale Subjektivierung

Am 25. Mai 2020 wurden in den USA zwei Videos gedreht, die in kürzester Zeit weltweit zirkulierten.[1] Das erste stammt aus Minneapolis und zeigt den Mord an George Floyd, einem 46-jährigen schwarzen Mann, durch den weißen Polizisten Derek Chauvin. Die neun Minuten, in denen Chauvin – unter Beihilfe von drei anderen Polizisten – auf dem Nacken seines mit Handschellen gefesselten Opfers kniete, während dieses um sein Leben flehte, wurden zum Symbol der rassistischen Unterdrückung, welche die Gewaltagenturen des bürgerlichen Rechtsstaats repräsentieren. Recht – auch das moderne, aufgeklärte, liberale, demokratische Recht – *unterwirft*.

Das zweite Video stammt aus dem New Yorker Central Park und zeigt die verbale Auseinandersetzung zwischen einer weißen Frau, Amy Cooper, und einem schwarzen Mann, Christian Cooper (nicht miteinander verwandt). Amy Cooper ließ ihren Hund in einem Bereich des Parks frei herumlaufen, in dem dies nicht erlaubt ist. Als sie von Christian Cooper, einem Vogelbeobachter, höflich gebeten wird, ihrem Hund die Leine anzulegen, um die Vögel nicht zu stören, droht sie zunächst damit, die Polizei zu rufen und tut dies dann auch wirklich. Auf dem Video ist zu sehen, wie sie unter gespielten Tränen behauptet, sie und ihr Hund würden „von einem afro-amerikanischen Mann" bedroht. Obwohl eigentlich sie es war, die das Gesetz gebrochen hatte,

1 Zu diesen Videos, siehe auch mein Gespräch mit Vanessa E. Thompson, Loick/Thompson (2020).

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wusste Amy Cooper in diesem Moment genau, dass sie sich auf die Polizei würde verlassen können – dass sie die Gewaltmittel des Staates zur Durchsetzung ihrer eigenen Privatinteressen einsetzen konnte. YouTube ist voll mit ähnlichen Videos, in denen weiße Menschen die Polizei rufen, um vermeintliche oder tatsächliche Regelverstöße von schwarzen Menschen sanktionieren zu lassen: Limonade verkaufen, zu langsam golfen, im Schwimmbad Socken tragen, im Starbucks sitzen, dies sind einige der bekannteren Fälle, in denen weiße Menschen es in Kauf nehmen, dass sie mit ihrem Anruf bei der Polizei das Leben schwarzer Menschen aufs Spiel setzen. Recht – auch das zwangsbewehrte, gewaltbasierte, repressive, tödliche Recht – *ermächtigt*.

Recht ist beides, unterwerfend und ermächtigend. Es ermächtigt die einen, in dem es die anderen unterwirft. Obwohl das Recht formal gesehen gleich ist, wirkt es also ungleich: Manche haben mehr Rechte als andere, manche können ihre Rechte besser durchsetzen als andere, manche werden schärfer bestraft als andere. Karl Liebknecht bezeichnete dies als „Klassenjustiz“[2]: Reiche werden vom Gesetz bevorzugt – nicht nur deshalb, weil sie sich bessere Anwälte leisten und vor Gericht in schickeren Anzügen erscheinen können, sondern auch weil ihre Interessen es sind, die von den Gesetzen geschützt werden (der Grund, warum die Polizei George Floyd festnahm, war der Verdacht, er habe Zigaretten mit einem gefälschten 20-Dollar-Schein bezahlt). Was Liebknecht für die Klasse argumentiert hat, gilt auch für andere Herrschafts- und Ungleichheitsachsen. Die Gesetze – und diejenigen, die sie schreiben, interpretieren und durchsetzen – haben nicht nur einen Klassenbias, sondern auch einen *race*-bias. Gerichte, Richter:innen und Vollstreckungsbeamte sind vorwiegend weiß, Gesetze und Verordnungen treffen rassifizierte Bevölkerungen auf ungleiche Weise.

2 Liebknecht (1985), 17–42.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Das Recht ist aber nicht nur ungleich, sondern auch relational: Es verändert das Verhältnis der Rechtssubjekte untereinander. Es gibt nicht nur einigen *mehr* Rechte als anderen, sondern auch Rechte *über* sie. Das Recht erzeugt legitime Ansprüche, es erzeugt „Titel". Diese spezifische normative Grammatik schlägt sich auch in der Affektstruktur, den Interpretationsmustern und der Moral des Rechtssubjekts nieder. Es nimmt die Welt durch die Brille von Ansprüchen und Verpflichtungen wahr. Dies impliziert auch ein subjektives Berechtigungsgefühl, ein „entitlement". Diese Gewissheit, auf die eigene Willkür ein „Recht" zu haben, erscheint heute ebenso unantastbar wie im Mittelalter der Anspruch des Souveräns auf den Thron von Gottes Gnaden.

Dieses affektive Attachment an die eigenen Ansprüche ist zum einen die Voraussetzung dafür, das Leid der anderen so umzucodieren, dass es nicht in meine Zuständigkeit fällt: Es „geht mich nichts an". (Ich bin zum Beispiel nicht verpflichtet, einer wohnungslosen Person zu helfen). Die Intersubjektivität der Rechtssubjekte ist eine der allgemeinen Indifferenz, die es uns erlaubt, uns auf unsere egoistischen Privatinteressen zu kaprizieren und die uns von den Bedürfnissen der anderen abschirmt. Das Entitlement des Rechts geht aber noch weiter. Es erzeugt nicht nur ein Desinteresse an den Anderen, sondern zum anderen auch ein aktives Interesse an der schmerzvollen Aufrechterhaltung der Ordnung selbst. Es autorisiert das Begehren danach, dass andere – diejenigen, die als störend oder anmaßend empfunden werden – diszipliniert oder exkludiert werden.[3]

Nietzsche beschreibt näher die Affektgenese des „souveränen Subjekts". Um Rechtssubjekt zu sein, also am gesellschaftlichen Leben teilnehmen zu können, muss der Menschen gelernt haben, zu versprechen und Versprechen zu halten. Hierfür musste er handfeste Gewalt über sich ergehen lassen. Mithilfe der „socialen

3 Für eine phänomenologische Beschreibung der hegemonialen Identifikation mit dem polizeilichen Blick siehe Guenther (2019).

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Zwangsjacke" wurde ihm, wie Nietzsche sagt, „ein Gedächtnis gemacht".[4] Für die im Rahmen seiner Sozialisation zur juristischen Person erlittenen Schmerzen belohnt es sich durch Empfindungen des Stolzes und des Hochmuts. Dieses Überlegenheitsgefühl erlaubt es den Rechtssubjekten auch, das Strafrecht und die Polizei nicht etwa als Bedrohung der eigenen Souveränität, sondern als Instrument für die eigenen Verachtungsaffekte zu begreifen. Der strafende Staat ist darum nicht eine Kränkung, sondern eine Ermächtigung des souveränen Individuums. „Vermittelst der ‚Strafe' am Schuldner", schreibt Nietzsche, „nimmt der Gläubiger an einem *Herren-Rechte* theil: endlich kommt auch er ein Mal zu dem erhebenden Gefühle, ein Wesen als ein ‚Unter-sich' verachten und misshandeln zu dürfen – oder wenigstens, im Falle die eigentliche Strafgewalt, der Strafvollzug schon an die ‚Obrigkeit' übergegangen ist, es verachtet und misshandelt zu *sehen*."[5] Es ist dieses Herren-Recht, das Amy Cooper ausübte – sie rief nicht deshalb die Polizei, weil sie wirklich glaubte, ihren Hund im Park laufen lassen zu dürfen, sondern weil sie das erhebende Gefühl verspüren wollte, ein „Unter-sich" gemaßregelt zu sehen.

Nietzsche bietet auch eine Theorie dazu, welche Menschen besonders dazu prädestiniert sind, diesen Verachtungsaffekt zu mobilisieren: Es sind die „schmächtigen Windhunde", diejenigen, die „versprechen, ohne es zu dürfen".[6] Das Strafbedürfnis des Rechtssubjekts richtet sich vor allem gegen Hochstapler und Trittbrettfahrer, gegen Subjekte, die das Privileg der Rechtssubjektivität in Anspruch nehmen, ohne dafür eigentlich befugt zu sein. Dies sind die Menschen, die verdächtigt werden, dass ihnen noch nicht ausreichend ein Gedächtnis gemacht wurde und denen daher die Kontrolle und Selbstbeherrschung fehlt, derer es zur Ausübung des Rechts bedarf.

4 Nietzsche (1999), 293 (II.2).
5 Ebd., 300 (II.5).
6 Ebd., 294 (II.2).

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Saidiya Hartman hat in ihrer Studie *Scenes of Subjection* detailliert gezeigt, dass nach der offiziellen Abschaffung der Versklavung schwarze Menschen einer ganzen Reihe von pädagogischen Techniken ausgesetzt waren, die ihnen beibringen sollten, dass sie neben Rechten fortan auch Pflichten haben und eine dementsprechende Lebensführung wählen sollten.[7] Diese Disziplinierungsmaßnahmen gingen mit rechtlichen Regelungen einher, die die weiße Verfügungsgewalt über schwarze Leben weiterhin sicherstellen sollten; die rassistischen Black Codes erlaubten es beispielsweise in Mississippi jeder weißen Person, eine schwarze Person zu verhaften, wenn diese vorzeitig ihren Arbeitsvertrag kündigte.

Von hier lässt sich eine Kontinuitätslinie bis zum ungleichen Zugang zu den Mitteln der Staatsgewalt im gegenwärtigen *racial capitalism* ziehen. Wenn weiße Menschen die Polizei rufen, um vermeintliche oder reale Regelverstöße von *people of color* anzuzeigen, so erscheint auch ihnen noch schwarzes Leben als etwas, über das sie willkürlich disponieren können. Kapitalismus ist nicht das gleiche wie Sklaverei – aber in der Relationalität des Juridismus zeigt sich, was Hartman die gespenstischen „afterlives of slavery" nennt. Dazu passt die Überlegenheitsbehauptung europäischer Selbst- und Weltverhältnisse: Das weiße Rechtssubjekt ist zivilisiert, kontrolliert und rational, während störende Individuen häufig als wild, unzivilisiert und aufmüpfig konstruiert werden.

Es gibt kein subjektives Recht ohne Rechtssubjekte und es gibt keine Rechtssubjekte ohne eine Sozialisation, die in Menschen einerseits Affekte der Fügsamkeit, andererseits des stolzen Triumphs erzeugt. Dieser Triumph, so zeigt Nietzsche, impliziert eine Hierarchie: Er ist nicht nur die Freude, etwas erreicht zu haben, sondern ein *Privilegium* erreicht zu haben, also etwas, das nicht alle haben. Der Status der „schmächtigen Windhunde" kann

7 Vgl. Hartman (1997) v. a. Kap. 4 und 5; dazu Loick (2021).

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

verschiedenen Gruppen zugewiesen werden – der hysterischen Frau, der faulen Drogennutzerin, dem bedrohlichen Ausländer – aber in einer postkolonialen kapitalistischen Gesellschaft erfolgt diese Zuweisung regelmäßig nach rassistischen und klassistischen Regeln.

Wenn das moderne Recht notwendigerweise differentiell und relational ist, wenn es notwendigerweise ermächtigt, indem es unterwirft, dann kann es nie eine wahrhaft freie und gleiche Gemeinschaft von Rechtssubjekten geben. Immer, wenn es gelingt, eine Gruppe in das Recht zu inkludieren, muss der Status der schmächtigen Windhunde auf eine neue marginalisierte Gruppe übergehen. Jede Ermächtigung im Medium des Rechts ist durch eine weitere Unterwerfung erkauft. Echte Befreiung bedeutet daher auch Befreiung *vom* Recht – und Befreiung von einer Subjektformation, in der die Menschen ihre Freiheit nur darin zu finden vermögen, andere bestraft zu sehen.

Literatur

Guenther, Lisa (2019), 'Seeing Like a Cop: A Critical Phenomenology of Whiteness as Property,' in Emily Lee (Hg.), *Race and Phenomenology*, Lanham: Rowman & Littlefield.

Hartman, Saidiya (1997), Scenes of Subjection. Terror, Slavery, and Self-Making in Nineteenth-Century America, Oxford: Oxford University Press.

Liebknecht, Karl (1985), Rechtsstaat und Klassenjustiz, in: ders., Gesammelte Reden und Schriften, Bd. 2, Berlin: Dietz, 17–42.

Loick, Daniel, Thompson, Vanessa E. (2020), Breathing and Unbreathing: The Chokeholds of Racism, Youtube: https://www.youtube.com/watch?v=zCCacz5N33M

Loick, Daniel (2021), Das Anrecht auf Grausamkeit. Recht und Affekt; Moria, abolitionistische Strategien, in: Kritische Justiz 54, 48–60.

Nietzsche, Friedrich (1999), Zur Genealogie der Moral. Kritische Studienausgabe Bd. 5, München: dtv.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Carolina Alves Vestena

Rechtskämpfe auf einem unwegsamen Terrain

Wenn soziale Antagonismen als Rechtskämpfe ausgetragen werden, ändert sich das Terrain dieser sozialen Kämpfe maßgeblich. Rechtsverfahren und die Verarbeitung von Konflikten durch ein spezifisches Personal sind charakteristisch für dieses Terrain und seine eigene Feldlogik. Jurist:innen sind also diejenigen, die sich zwischen einer universalistischen Vorstellung von Rechtsnormen und dem Anwendungsbereich konkreter Gesetze bewegen. Gleichzeitig versuchen sie die Auslegung der Normen und die Lösung des Falls unter Berücksichtigung gegensätzlicher Interessen zu beeinflussen. Das formale Prinzip, „*Vor dem Gesetz sind alle gleich*", bestimmt einerseits die diskursiven Auseinandersetzungen *im* Recht. Andererseits gibt es faktisch und historisch Anlass für Rechtskritik, die anschaulich macht, inwiefern nur *wenige* statt tatsächlich *alle* einen privilegierten Zugang zu diesem undurchsichtigen Terrain haben.

Die Kritik des Rechts trifft den Kern des Problems, wenn sie die herrschaftsstabilisierende Wirkung und auch die *Unwegsamkeit* des Rechts – vor allem zugunsten von progressiven Interessen – mit Skepsis beurteilt. Um das Recht produktiv *in Bewegung* zu bringen, wird um vieles gerungen, nicht zuletzt darum, wer über die Interpretation der Normen entscheiden darf. Das juristische Wissen, das die Hauptgrundlage jenes juridischen Urteils darstellt, hängt explizit mit der Disqualifikation des allgemeinen Wissens zusammen. Die Diskrepanz zwischen der spontanen „Sicht der Dinge" von Lai:innen und dem Wissen der Jurist:innen ist

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nach Bourdieus Auffassung kein Zufall, sondern Ausdruck eines hierarchischen Verhältnisses zwischen konträren Weltansichten.

Die Legitimität der Rechtsordnung basiert jedoch auf dem Versprechen, gesellschaftliche Widersprüche zu neutralisieren, indem diese in eine unparteiische Grammatik überführt werden und Rechtsexpert:innen soziale Konflikte entlang neutraler prozessualer Verfahren verhandeln. Werden aber gesellschaftliche Ungleichheiten, gender-basierte oder rassifizierte Ausschlussmechanismen mit Rekurs auf das Recht bekämpft, wirken die errungenen rechtlichen Antworten in der Regel nur begrenzt: in erster Linie lösen sie neue Konflikte aus und sind daher der Ausgangspunkt weiterer rechtspolitischer Auseinandersetzungen.

Historische Erfahrungen, wie die weltweiten juristischen Streite um die Anerkennung der gleichgeschlechtlichen Ehe, die erkämpften Garantien von Arbeitnehmer:innenrechtsschutz oder die Auseinandersetzungen um die Rechte von Geflüchteten vor internationalen Gerichtshöfen sind Beispiele dafür, dass das Recht Mittel für die Artikulation progressiver Forderungen ist, aber auch als Terrain fungieren kann, auf dem diese mit Erfolg erkämpft werden. Auf den „vertrackteren" Charakter des Rechts zu verweisen, wie Ingeborg Maus die Rechtsform als ihr Äquivalent die Wertform bezeichnet, ohne die Potenziale, die sich aufgrund seiner Ambivalenz entfalten, abzusprechen, kann die Aufgabe einer Rechtskritik sein, die sich gerade mit den nicht-konformen Momenten des Rechts befasst.

Der erkämpfte Zugang zum Recht und die Rolle progressiver Bewegungen

Die Austragung von Konflikten *mit* Rekurs auf das Recht und *auf* dem juridischen Terrain verlangt jedoch weder eine Überwindung seiner charakteristischen Distinktionen noch ein deutliches Überschreiten der Feldgrenzen. Die juristische Argumentation

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

in Form von Auslegung, Kommentar und richterlichen Entscheidungen ist einerseits das Bezugsgerüst für die Organisation der Hegemonie mithilfe des Rechts. Auf diese Weise werden Ergebnisse früherer Rechtskämpfe in der Rechtsprechung abgesichert. Andererseits können Akteur:innen, die sich für soziale Transformation einsetzen, das Recht als Resonanzraum ihrer kollektiven Ansprüche nutzen. Akteur:innen, die ihre Forderungen primär durch Proteste, Demonstrationen und weitere kollektive Aktionsrepertoires artikulieren, können strategische Vorteile aus juristisch abgesicherten Positionen ziehen. Denken wir hier an die wesentliche Rolle von Freiheitsrechten, wie die Vereinigungsfreiheit oder das Recht auf körperliche Unversehrtheit bei Demonstrationen oder Aktionen des zivilen Ungehorsams.

Soziale Transformation setzt Kritik an den bestehenden sozialen Hierarchien und Herrschaftsverhältnissen voraus. Sie hängt auch mit Durchsetzung politischer Agenden zusammen, die soziale Bewegungen sichtbar und für die gesamte Gesellschaft nachvollziehbar machen. Dafür verarbeiten sie ihre Strategien diskursiv und anhand kreativer Repertoires. Gesellschaftskritische soziale Bewegungen befördern in der Regel gegenhegemoniale Projekte, die sich nur mit Widerstand durchsetzen lassen. Wenn Bewegungen normalisierte Lebensweisen, hegemoniale Weltansichten und gesellschaftliche Hierarchien hinterfragen, kann der Weg zu allmählichen, fast unvorhergesehen Transformationen des Alltagsverstands geebnet werden.

Das Recht bleibt hier von seinem Umfeld nicht unberührt: Rechtskämpfe sind die objektive Erscheinung sozialer Kämpfe im juridischen Feld. Sie versetzen gesellschaftliche Antagonismen in eine eigene Logik des Rechts hinein. Wie soziale Kämpfe auf dem juristischen Terrain ausgehen, hängt daher von gesellschaftlichen Konstellationen ab, auf deren Basis progressive Projekte ausgehandelt werden.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die Wege in ein unwegsames Terrain

Die Fähigkeit der Bewegungen, die Zugangsbarriere des Rechts herauszufordern, ist für Rechtskämpfe entscheidend. Auf diesem unwegsamen Terrain bleiben strukturelle Ungleichheiten und Herrschaftsverhältnisse in der Regel unangetastet. Die prozessualen Verfahrensfilter dienen als formale Legitimation der rechtlichen Entscheidungen und bilden gleichzeitig Eintrittsschranken, die diejenigen fernhalten, die der *juristischen Welt* nicht angehören. Es existieren selten Rechtsbereiche und Gerichtsbarkeiten, die die Möglichkeit der eigenen Repräsentation vor Gericht vorsehen. Deshalb ist die Kooperation zwischen Bewegungen und Rechtsexpert:innen eine Voraussetzung für progressive Rechtskämpfe. Bei solchen Fällen stellen sich engagierte Jurist:innen die Aufgabe, die kollektiven Forderungen sozialer Bewegungen für potenzielle Unterstützer:innen nachvollzierbar und anschlussfähig zu machen, um die Erfolgschancen der (Rechts-)Mobilisierung zu steigern. Jedoch können sich Rechtsexpert:innen aus der Eigenlogik des Feldes nicht komplett abkoppeln, auch wenn sie mit sozialen Bewegungen kooperieren: Ihre Legitimität als Vertreter:innen der Bewegungen basiert auf der Aufrechterhaltung typischer professioneller Distinktionen. Eine organische und nicht paternalistische Kooperation zwischen zwei so unterschiedlichen Polen ist keine Selbstverständlichkeit, sondern eine zusätzliche Herausforderung.

Diese Herausforderung können Rechtsexpert:innen aber meistern, indem sie ihre eigene Rolle angesichts der intrinsischen Ambivalenz des Rechts reflektieren und ihre Tätigkeit an der Schnittstelle zwischen Recht und Politik ausüben, ohne den Protagonismus autonomer Bewegungen im Namen der Gepflogenheiten des Feldes aufs Spiel zu setzen. Progressive Bewegungen sind für Rechtskämpfe wesentliche Akteur:innen, denn ohne sie mangelt es an Übersetzungsarbeit zwischen persönlichen Erfahrungen

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

und kollektiven Vorstellungen von Transformation, die in Form von Forderungen nach Rechten abgesichert werden können.

Soziale Bewegungen gehen mit den wohl bekannten strukturellen Grenzen des Rechts heute und früher pragmatisch um. Rechtliche Strategien können in Mobilisierungsprozessen produktiv sein, wenn sie die Bedingungen für die breitere politische Organisierung oder für die Vernetzung verschiedener Akteur:innen verstärken. Juristische Erfolge können die Laufbahn breiterer Kämpfe beeinflussen und diese nicht trotz, sondern genau wegen der Ambivalenz des Rechts in eine produktive Richtung lenken.

In Zeiten der Zunahme autoritärer Tendenzen, in der progressive Kämpfe mithilfe des Rechts und auf dem juridischen Terrain die Ausnahme zu werden scheinen, ist es besonders relevant, sich die Ergebnisse früher Rechtskämpfe in der Forschung und Praxis bewusst zu machen – auch wenn und genau weil diese vorübergehend sind. Somit können Bewegungen aus ihren Erfahrungen lernen und auf ihre Erfolge für die bereits anstehenden Auseinandersetzungen noch strategischer zurückgreifen.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Christian Schmidt

Rechtsfreie Räume

„Es darf keine rechtsfreien Räume geben!“ Dieser Schlachtruf ertönt immer wieder und in den verschiedensten Zusammenhängen. Meist wird damit mehr Polizei auf der Straße gefordert. Endlich sollen die staatlichen Ordnungskräfte die eine oder die andere Form kriminellen Verhaltens eindämmen – mitunter aber auch nur solches Verhalten, das als kriminell empfunden wird.

Tödliche Bandenkämpfe, Zwangsprostitution und Menschenhandel oder Kinderpornografie im Darknet sind Beispiele, bei denen die Forderungen, Recht und Gesetz durchzusetzen, selten Widerspruch fürchten müssen. Die Ablehnung von Morden und sexualisierter Gewalt machen den Wunsch plausibel, dass hier den Grundnormen gesellschaftlichen Zusammenlebens mit allem Nachdruck Geltung verschafft wird. Widerspruch beginnt sich nur zu regen, wenn die Strafverfolgungsbehörden ihre Wunschlisten präsentieren, welche Befugnisse und Instrumente nötig seien, um in den rechtsfreien Räumen eine effektive Kontrolle zu installieren. Offenkundig sind Räume, die nicht länger rechtsfrei sind, in hohem Maße überwach- und kontrollierbar.

Überwachung und Kontrolle sind aber gleich auf mehreren Ebenen problematisch. So treffen Aufmerksamkeit und Repression *erstens* nicht alle in gleichem Maße. Wer aus dem Raster des „Normalen“ fällt, sei es als sogenannte:r „Bunte:r“ in den Zonen rechter Hegemonie, sei es als „Nicht-Weiße:r“ in einer rassistischen Gesellschaft, sei es als „sexuell anders Denkende:r“ angesichts herrschender sexistisch-heteronormativer Geschlechterver-

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

hältnisse, sei es als „sozial Schwache:r“ oder „Bildungsferne:r“ erfährt die besondere Aufmerksamkeit, die jedes noch so kleine Vergehen erfasst und bestraft, während der Schutz vor den Übergriffen der rechten, weißen, heterosexuellen „Normalen“ und der mit Real- und Sozialkapital Ausgestatteten in aller Regel trotzdem ausbleibt oder zumindest sehr lückenhaft ist.

Wie aber sollen sich die „Anomalen“ gegen Übergriffe, vor denen Polizei und Justiz nicht schützen, zur Wehr setzen, wenn ihnen jede Bereitschaft zur Verteidigung als Gewaltneigung, Waffenbesitz, Vertragsbruch, Leistungserschleichung, Diebstahl, kurz als Rechtsverletzung ausgelegt wird? Der Raum ihrer Selbstverteidigung wird als rechtsfreier Raum bekämpft. Der Raum ihrer Bedrohung bleibt aber offen.

Die Aufmerksamkeit, die Überwachung und Kontrolle erzeugen, schafft zudem *zweitens* neue Tatbestände und nötigt zu immer weitergehenden Regulierungen. Die Fotografien nackter Kinder beim Spielen und die exhibitionistischen Experimente Heranwachsender geraten gleichermaßen in den Strudel des Kampfes gegen Kinderpornografie. International erregten in dieser Hinsicht die Ermittlungen um Nan Goldins „Edda and Klara belly dancing“ einiges Aufsehen, das zunächst beschlagnahmt und später nach juristischer Prüfung als unproblematisch wieder freigegeben wurde. Die Verschärfung der Strafvorschriften bei Kinderpornografie führte in Deutschland dazu, dass eine Beurteilung als Bagatellverstoß nicht mehr möglich war und eine Vielzahl von Verfahren gegen Jugendliche durchgeführt werden musste, deren „Vergehen“ mit Kinderpornografie nur unter formalen Gesichtspunkten etwas zu tun hatten.

Überwachung und Kontrolle verschieben hier unwillkürlich die Grenzen staatlicher Intervention. Wo einstmals das Recht Räume der privaten Lebensgestaltung, von Kunst, Wissenschaft, Politik und Moral bewusst von seinen Regelungen ausnahm,

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

führt das Schließen rechtsfreier Räume zu Grenzverschiebungen, die weit über den anfänglichen Regelungsbedarf hinausgehen.

Drittens dient die Schließung „rechtsfreier Räume" immer wieder auch der Einhegung und Entscheidung gesellschaftlicher und politischer Konflikte. Dadurch, dass die Besetzung von leerstehenden Häusern seit den neunziger Jahren des 20. Jahrhunderts durch massive Polizeieinsätze verhindert wird, sind die Fragen von Wohnungsmangel, Spekulation mit Wohnraum und galoppierenden Mietsteigerungen nicht gelöst worden. Der Einsatz staatlicher Gewalt wurde und wird als Durchsetzung der rechtsstaatlichen Ordnung gerechtfertigt. Diese Rechtfertigung verdeckte aber, dass damit eine Vielzahl an politischen Konflikten einseitig entschieden wurden.

Die Kehrseite davon, politische Konflikte durch den Einsatz staatlicher Gewalt zu entscheiden, ist *viertens* die Überführung gesellschaftlicher Auseinandersetzungen in eine verrechtlichte, entpolitisierte Form. Entpolitisieren bedeutet dabei zum einen die Einhegung von Konflikten, sprich: das Begrenzen ihrer Reichweite. Zum anderen bedeutet Entpolitisieren das Erzwingen von Organisationsformen, in denen Repräsentation und Hierarchie die Mobilisierung sowie die gemeinsame Entwicklung und Erfahrung der Auseinandersetzungen verdrängen.

So hat hinsichtlich der Einhegung der Konflikte die Verrechtlichung der Arbeitskämpfe den einstigen Klassenkampf in eine Vielzahl von Auseinandersetzungsformen zersplittert: gewerkschaftliche Tarifauseinandersetzungen (die keine allgemeinen politischen Forderungen zum Gegenstand haben dürfen), die betriebliche Mitbestimmung (bei der die Betriebsräte nicht zu Streiks aufrufen dürfen) und für alle übergreifenden sozial- und gesellschaftspolitischen Probleme die Parteipolitik (die ebenfalls ohne ein Streikrecht auskommen muss). Hinsichtlich ihrer eigenen Struktur organisierten sich Gewerkschaften und Parteien in dem Maße um, in dem über die Forderungen von Arbeiter:in-

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nen in Kommissionen, Vorständen, Aufsichtsräten und vergleichbaren Gremien oder in parlamentarischen Ausschüssen entschieden wurde. Sie bildeten hierarchische Apparate aus, ernannten Repräsentant:innen und mobilisierten ihre Mitglieder nur noch zur Unterstützung dieser Funktionär:innen.

Rechtsfreie Räume zu schließen, heißt also in vielen Fällen, dass politische Konflikte und die Formen der Auseinandersetzung um diese Konflikte recodiert werden. An die Stelle der Problematisierungen, Aushandlungen und Kämpfe, bei denen Fragen der Legalität und gesetzliche Regelungen überhaupt nur eine untergeordnete oder gar keine Rolle spielen, tritt deren Verrechtlichung.

Die Strategie der Verrechtlichung hat dabei für alle an ihr Beteiligten ihren je eigenen Reiz. Aus einer *juristischen Perspektive* liegt sie nahe, denn das Recht hat aus sich heraus kein Außen. Der „rechtsleere" Raum ist juristisch gesehen entweder eine gesetzgeberisch oder durch Gerichtsurteile zu schließende Rechtslücke oder – wie im Fall der bürgerlichen Rechte – ein ausdrücklich rechtlich definierter Freiraum. Und schließlich kann der „rechtsleere" Raum auch noch ein Gebiet bezeichnen, auf das es – wie bei inneren Einstellungen – keinen verlässlichen Zugriff von außen gibt.

Die bewusst eröffneten Freiräume für Wissenschaft, Kunst, Öffentlichkeit, politische Vereinigungen etc. sind aber nicht nur rechtlich definiert, sie stehen immer auch in der Gefahr durch normative Erwartungen ausgehöhlt zu werden: Wissenschaftsfreiheit ja, aber nur, wenn die vertretenen Positionen sich mit der besonderen Verfassungstreue des Berufsbeamtentums vertragen. Kunstfreiheit ja, aber nur in den Grenzen des guten Geschmacks, die mal mehr mal weniger weit gezogen sind, sich aber in jedem Fall verengen, wenn öffentliche Gelder fließen. Und auch die inneren Einstellungen entziehen sich den Strategien der Verrechtlichung nur so lange, wie sie keinen Ausdruck finden. Gedanken, die nicht artikuliert werden, sind aber keine.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Der Verrechtlichung als Regulierung und Kontrolle rechtsfreier Räume steht allerdings nicht nur aus juristischer Perspektive wenig im Wege. Sie erscheint auch *politischen Akteur:innen* attraktiv, die sich durch diese Strategie erhoffen, die geballte Macht des Staates für ihre Ziele nutzen zu können. Rassismus, Antisemitismus und andere Formen der Diskriminierung, Ausbeutung und Umweltzerstörung einfach zu verbieten scheint verführerisch. Und die entsprechenden Verbote entfalten zweifelsohne auch Wirkungen. Aber Rassismus und Antisemitismus verschwinden durch sie so wenig, wie die verschiedentlichen Verbote von Syphilis und AIDS in Diktaturen diese Krankheiten bekämpft haben. Antisemitismus – um nur das prominenteste Beispiel der jüngsten Zeit zu nennen – lässt sich nicht abschieben. Im Gegenteil, die Verrechtlichung schneidet oft notwendige gesellschaftliche Auseinandersetzungen ab und blockiert sie, wenn statt über die Sache über die Grenzen der bürgerlichen Freiheiten gestritten wird.

Ein Nebeneffekt dieser Strategie ist die Moralisierung und *Politisierung des Rechts*. Recht – das wurde schon gesagt – ist immer durchdrungen von moralischen und politischen Normalitätsvorstellungen. Je offener Recht aber als Strategie zur Durchsetzung moralischer und politischer Programmatiken eingesetzt wird, umso stärker wird es zum bloßen Instrument. Es verliert damit seine besondere Bindekraft. Rechtliche Urteile werden nur noch als Meinungsäußerungen wahrgenommen, und das Recht büßt auch den letzten Schutzcharakter ein. um dessen willen Verrechtlichung angestrebt wurde.

Damit erweist sich die Strategie der Verrechtlichung als ineffektiv und letztlich sogar kontraproduktiv. Auf dem Weg zu diesem bedrückenden Ergebnis fordert sie aber einen hohen Preis. Um sich in das Rechtssystem einzufügen und die Staatsmacht überhaupt für sich mobilisieren zu können, müssen politische Forderungen und moralische Überzeugungen in die Sprache des Rechts übersetzt werden. Eine solche Übersetzung erfordert in

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

aller Regel die Hilfe von Expert:innen, die durch eine lange Ausbildung darauf trainiert wurden, die Grenzen des Rechts zu beachten sowie seine spezifischen Argumentationsfiguren und seine besondere Logik zu respektieren. Die Zurichtung, die in der juristischen Ausbildung erfolgt, überträgt sich damit auf den politischen Raum. Verrechtlichte Forderungen müssen sich an ihrer Kompatibilität – ihrer Einfügbarkeit in das Netz bestehender rechtlicher Normen – messen lassen. Sie erfüllen damit immer schon ein Möglichkeitskriterium, dass den Entwicklungsraum gesellschaftlichen Zusammenlebens einschränkt.

Verrechtlichung ist ein Herrschaftsinstrument. Ließe sie sich einfach für jeden beliebigen Zweck einsetzen, wäre dieses Instrument nicht so effektiv, wie es tatsächlich ist. Verrechtlichung funktioniert dort am besten, wo sie bestehenden Verhältnisse stützt und dominante Kräfteverhältnisse auf Dauer stellt. Dass es unter diesen Bedingungen attraktiv erscheint, rechtlichen Schutz zu suchen, ist verständlich. Insofern ist auch die berühmte Formulierung richtig, dass es unmöglich sei, Rechte nicht haben zu wollen. Aber aus dieser Abhängigkeit sollte nicht folgen, dass Rechte zu haben schon alles ist, was politische Forderungen beinhalten können. Die Kritik des Rechts muss stattdessen darauf zielen, die gesellschaftlichen und politischen Räume zu öffnen. Unter dem Schlachtruf: „Es soll mehr rechtsfreie Räume geben!", muss es ihr darum gehen, diese Räume von der Einengung und Tyrannei durch das Recht zu befreien.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Part V: Defending the Rule of Law During Democratic Crises – *Die Verteidigung des Rechtsstaats in demokratischen Krisen*

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Anat Rosenberg

Affective Propaganda and Liberal Legalism in Israel

Democratic Meltdown

What happens when critique of the legal system escalates into a threat, and what does it take to keep the rule of law alive? Israel's recent democratic crisis points us in unexpected directions: the rule of law needs affective propaganda. If so, liberal legalism's traditional association with reason as distinct from affect, and with the public legal system as distinct from for-profit media systems, is untenable, a conclusion that should send us in new normative, theoretical and historical directions. I am at an early stage of a book on this contemporary history, and provide here initial reflections.

Israel's 37th government came to power on December 29, 2022. On January 4, 2023, Yariv Levin, the Minister of Justice, announced the coalition's plan for constitutional and legal changes in a live broadcast and sent shock waves through the country. Set against Israel's lack of an entrenched constitution or other familiar constraints on the executive, the plan aimed to scale back the power of courts and legal advisers in governmental departments, and thus render governmental power virtually unchecked. It included a restructuring of the judicial nominations committee so as to bring nominations under political control; immunizing Basic Laws from judicial review (with no limitations on what they might include or the process of their enactment) and severely

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

limiting the review of ordinary legislation; an override power for the coalition to reinstate legislation that has been struck down as unconstitutional; an annulment of the reasonableness review of governmental and ministerial decisions; and a severe weakening of governmental legal advisers. Principles of separation of powers and judicial independence were under threat. Next in line, according to the new coalition's plans, were substantive values of individual liberty and equality. The justifications for the overhaul combined critiques of judicial activism and dissatisfaction with the legal system with populist majoritarian arguments and deep-state discourses. Behind them was a concrete constellation of interests and ideologies that led to the most religious and right-wing coalition in Israel's history, formed with a narrow but secure majority following the country's fifth elections in under four years. The overhaul was on one level generic, familiar globally from autocratic legalist protocols, yet also singularly entangled with Israel's history.

Large sections of the public perceived an authoritarian regime in the making, and suddenly realized how effectively mass persuasion had turned against the liberal rule of law.[1] The media was full of material that represented the legal system, legal expertise and the Supreme Court in particular as a danger to national security, national identity, and as per autocratic protocols, also governmentality. However, as scholarship on mass persuasion and propaganda shows, it typically builds on existing views and sentiments. Discontent with legal institutions and especially with a liberal activism in the Supreme Court had been festering for years, and critique was running wild. With the new coalition it became a practical plan. The depth of the crisis clarified that

1 It bears noting that government speakers, including Levin, argued that their plan aligned with the rule of law. However, the actual measures promoted exceeded arguments for needed reforms in the legal system, and breached not only their opponents' ideas about the rule of law, but standard philosophical accounts of it as well.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

if the cultural-industrial media system and the affective field it spins are abandoned by liberal legalism, they remain a level playing field for other agendas. As Kim Lane Scheppele warned in an influential article on autocratic legalism, "[l]iberal and democratic constitutionalism cannot remain an elite ideal that has no resonance in the general public; that leaves this public ripe for autocratic legalists to sweep them away."[2] Israel's Right had been propagating its ideas for years without encountering an alternative popular resonance. However, this changed after the coalition's plans became clear.

Over the next forty weeks, Israel saw huge numbers of people turning to the virtual and real streets.[3] The protests, or as more popularly referred to, "the protest," for it was a powerful assemblage, relied on mediated mass persuasion to reclaim, reframe, and ultimately forge a commitment to liberal legalism among diverse individuals and groups. Its propaganda addressed a neglect of public sentiment and any *felt* connections to the rule of law that had occurred over years. It discovered and nurtured a liberal affective store, hence the repeated chant: "the liberal bear has awoken."

Protest campaigns revealed the role of affective propaganda in preserving the liberal rule of law.[4] What follows explains this phenomenon by examining a type of affective propaganda that centered on Israel's Declaration of Independence, formally the

2 Scheppele (2018), 545–84.

3 Estimates are that 2–2.5 million (in a population of 9.76 million) participated at least once over the period, across the country.

4 To avoid misunderstanding, it bears emphasis that I examine "propaganda" as mediated mass persuasion connected with ideals, while "affective propaganda" emphasizes the mobilization of affects in that context, but there is no *necessary* element of manipulation or misinformation. I propose that in mediatized societies, propaganda is more productively studied as a structural phenomenon than a consequence of manipulative intent. For a discussion of theories of propaganda, see for example, Benkler et al. (2018).

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Declaration of the Establishment of the State of Israel, 1948. There is of course a dark irony writing about it in March 2024. The protest halted on October 7, 2023 with the devastating Hamas onslaught on Israel. In the war conditions and deepening political crisis since, the long-term effects of the propaganda I discuss and the future of Israel are all too clouded. Yet, history always bears lessons worth learning.

From Declaration to Scroll

Set against the government's plans, protest propaganda framed the Declaration as a source for the state's commitment to liberal democratic norms, particularly norms of equality that the overhaul threatened. The Declaration does not mention liberal democracy, but it provides that the State of Israel "will ensure complete equality of social and political rights to all its inhabitants irrespective of religion, race or sex," which became key.[5]

Treating the Declaration as a liberal-democratic text was not new. From its inception, it responded to formal legal needs of the state's establishment alongside aspirational ones that set out a vision of a people. Taken as the basis for Israel's identity as Jewish *and* democratic, the Declaration had been hung in state schools, made its way into Israel's limited bill of rights, and provides a standard reference in constitutional and administrative law. The Supreme Court's jurisprudence includes repeated references to the Declaration as the state's identity document. Yet, until recent history it had not been a popular icon nor key to mundane legal consciousness. Recent events led to a reshaping of the Declaration's status both legally and affectively, and created a profound juris-affective hold.

5 For the full text see The Knesset (n.d.).

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

We can begin this story backward, a year after the overhaul announcement: On January 1, 2024, the Supreme Court published its decision on the only major constitutional change that Israel's government had managed to pass, which had attempted to annul the reasonableness review. In response to petitions, the court declared that it was authorized to substantively review and strike down constitutional amendments, in a resounding 13/15 majority decision.[6] The Declaration features prominently in the decision, in which eleven judges drew on it as a normative source. Seven of them, led by the then-president Esther Hayut, viewed it within a bundle of "constitutional data" that defines the state as Jewish and democratic, and thereby limits the legislator's constitutional power. The thesis consolidated a collective memory of the state's identity in which the Declaration is ground zero. Two more judges saw the Declaration as a stand-alone binding text. Two others did not decide between these options. Having grounded the limits of the legislator's power and the court's authority, eight judges stroke down the amendment as an unauthorized attempt to undermine the state's democratic character (while three of the minority adopted a narrow interpretation that would preserve some reasonableness review), and so the amendment failed. [7]

The legal drama cannot, however, be read merely at the level of the court, which was the tip of a normative iceberg with a broad basis in the public sphere. The court has in fact become solidifying for and solidified by a popular if still precarious liberal passion that protest propaganda circulated, a mode of mass normativity that carries independent historical significance.

The protest drew two disparate elements closer together: the status of the Declaration as a normative document, and reveren-

6 This position solidified an earlier obiter statement to this effect.

7 HCJ 5658/23 *Movement for Quality Government v. Knesset*. The amendment passed on July 24, 2023.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tial *feeling*. For example, Figure 1 shows it printed in huge size and hung on a building at Reichman university. Staff and students were invited to add their signatures to the original signatories, and many engaged in this symbolic gesture.

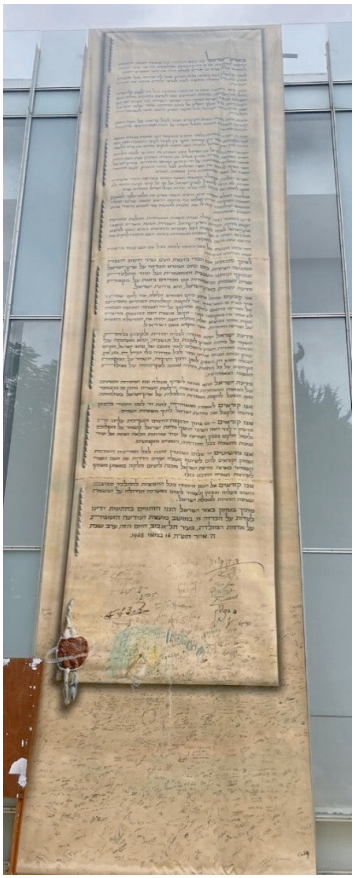

Figure 1: Israel's Declaration of Independence hung on a faculty building at Reichman University, signed by staff and students.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Figure 2 is a capture from a video posted on the protest Facebook page Democracy Now. The video shows a march that took place on the Jewish New Year from *Independence Hall*, the location of the original reading of the Declaration, to the main protest site on Kaplan Street, renamed by the Tel Aviv Municipality "Democracy Square." Protesters, wearing festive white, also the dress code for men on the Sabbath in religious communities, carried a huge copy of the Declaration above their heads. Its size required a literal mass of people to gather under its wings, while the carrying gesture motioned to the heavens. Like signing rituals, this too had become a familiar gesture in the year's protests. Other ceremonies of re-commitment and sacralization included an installation of the "Independence Scroll Rock" on the road to Jerusalem by the protest organization *Independence Scroll Loyalists*; mass broadcasts of the original 1948 reading by Israel's first PM David Ben Gurion with an energetic soundtrack; a printing of the national flag merged with the Declaration (see Figure 3), and more.

Figure 2: Protest march, Tel Aviv, September 17, 2023. Original video by Dov Gazit. Watch video at: https://fb.watch/pRYkJ0Fadc/.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Figure 3: Protesters with state flags on which the Declaration of Independence was printed, circa May 2023. Eran Cohen.

In one sense this would seem a classic case of Robert Cover's Nomos and Narrative, whereby decalogue and scripture, percept and narrative merged, and the Declaration moved from forgotten background into a world to be lived in.[8] Such modes of veneration glossed over historical as well as normative complexities. As a historical document, the Declaration's significance was above all the establishment of the Jewish state, and with no little political maneuvering. In the protest it became sacred scroll of liberal-democratic norms to be cherished beyond historical and historiographical controversy. Similarly, long-standing disagreements about its legal implications and indeed about the contradictions of the Jewish-Democratic duo, were not addressed, hence in effect smoothed in order to submit to a common idea and keywords, if not language, and turn the Declaration into a locus of identity. This open combination of the sacred and the liberal revealed the limits of liberalism's association with reason, and its needs

8 Cover (1983), 4.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

for enchantment.[9] If historian Yoram Shachar is correct that the Declaration has long been iconized and therefore subjected to simplifications and active non-reading, recent history has radicalized these phenomena through popularization.[10]

Group reverence was bolstered by rage at what was perceived, or framed, as blasphemous speech. The clearest example was protest responses to the hearing on the reasonableness doctrine. In the oral argument in the Supreme Court on September 12, 2023, the government's private counsel argued that the Declaration was a nonrepresentative and hurried document. The hearing was broadcast live and watched by hundreds of thousands of people. The dismissive attitude, intended to counter the petitioners' position that the Declaration grounded the court's authority to review constitutional amendments, was met outside the court by large-scale propaganda that redoubled on the Declaration's already substantive presence in the protest.

Figure 4 shows an AI-generated image circulated by one of the protest leaders, Moshe Radman. It featured PM Benjamin Netanyahu tearing the national flag, with the text shown below. Beyond the controversial legal history provided in the text, notice the easy movement from "declaration" to the sacred concept of "scroll," and the rhetoric of despair and dismay in the face of an attack on its meaning.

9 This process may be unique to group- as opposed state-wide formation, where, as Sanford Levinson has observed regarding the American constitution, a civil religion implies fragmentation rather than unity. Levinson (2011).

10 Shachar (2022).

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

The Declaration of Independence's status as a constitutive document had been a consensus since the establishment of the state – starting with the broad agreement upon its signature, continuing with the many actions that followed in consequence (the Declaration of Independence, the Constitutive Assembly and so forth), and culminating in the implications for Basic Laws such as the Basic Law: Human Dignity and Liberty and others.

The Scroll was approved and signed by the founding fathers of Israel – Ben Gurion, Ben Zvi, Golda, Remez, Sharett and others, and has been recognized by the courts from its inception as a constitutive document.

Already in 1948, the President of the Supreme Court Zemora stated that it is "a document expressing the people's vision" and its core beliefs.

This was reiterated in the Kol Ha'am case, as Agranat wrote: "The Declaration… does not consist of any constitutional law laying down in first any rule regarding the maintaining or repeal of any ordinances or laws but insofar as it expresses the vision of the people and its faith… we are bound to pay attention to the matters set forth in it when we come to interpret and give meaning to the laws of the State."
And henceforth again and again the importance of the Scroll was recognized by Israel's parliaments, governments, legal advisors, courts etc.

But then the Government of Destruction came, a government that decided to burn all that is good, and argued before the High Court of Justice that the Scroll of Independence is a document signed hastily and is nonbinding on the parliament.

How low will be go? How much more suffering and ruin should be sustained in this country until the last of the hypnotized realize that Netanyahu and his gang of extremists are ruining the country. They have made the army leftists, the police and secret security traitors, the parliament a rag to clean the floor with, and the economy's locomotive [i.e. the high-tech sector – A.R.] a horse-drawn carriage. How much damage in eight months, how much?!

Figure 4: September 12, 2023, Radman WhatsApp communities. Protest image and text responding to an argument in the Supreme Court.[11]

11 Translation of the original Hebrew WhatsApp message by the author.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Figure 5 shows another image shared in multiple protest groups on the same date. It features Ben Gurion reading the Declaration from the original footage, with the ironic statement: "I am reading some random document we wrote hurriedly." The canonical event of the state's establishment in collective memory is contrasted with the government's dismissive argument in angry ridicule. The juxtaposition of this highly regarded historical image and the state's disparaging denial of the Declaration's worth performed a fall from grace for a mass audience.

Figure 5: Protest image responding to an argument in the Supreme Court, September 12, 2023.

Mediation

As the images demonstrate, reverential identification with the historical source of Israel's liberal legalism was mediated by digital and physical media, and by performative acts of allegiance that united bodies in shared spaces. The Declaration was printed on

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

cloth in huge sizes, carried, signed, and cherished in ritualistic forms. Attempts to dismiss it were translated into images of ruin and a fall from grace. Mediation has now become second nature, as Nick Couldry and Andreas Hepp argue. Media infrastructures have become the stuff of the social world, and the more intense social life feels, the greater its recursive dependence on technological media of communication.[12] Media includes, alongside the digital, also signs, symbols, and meaningful matter and bodies in the physical world, and the movement between digital and physical gatherings.[13] Israel's recent history suggests the centrality of these insights for the liberal rule of law. Turning to media, however, also requires a rethinking of Cover's theory, which has been so central to critical legal studies, and which on its face is immediately relevant for this history too. I note briefly key limitations.

First, Cover's distinction between material reality and the imaginations that plot the normative universe is insufficient to account for the mediated nature of propaganda, which reveals the inseparability of the material and the ideational. The physical world of energy and mass was not separate from the imagination that remade the Declaration's normativity, nor parallel to it – they were entangled.

Second, Cover's frequent references to the profundity of cultural content that constitutes a nomos, to "history, fiction, tragedy, comedy," must also be revised.[14] Cultural depths were replaced with the immediacy of media messages characterized by textual brevity and a dominance of visual imagery in which the AI black-boxing was involved. This concentration led to one's expecting multiple rather than single messages, and the demand for an

12 Couldry/Hepp (2017). Law and media scholars also attend legal aspects of mediatization. See for example Petersen (2022).

13 E.g., Gerbaudo (2012).

14 Cover (1983), 10.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

immediate response: feel, move, protest. A vision was forged in media that Cover's account hardly fathomed. After all, his key example of cultural text was the Bible.

Third, Cover described liberal legalism as "weak" forces intended to ensure the coexistence of particularist worlds of strong normative meaning. However, in the face of a threat to the liberal framework itself, liberalism became a system of strong meaning rising to resist particularist ones it could no longer contain, and that were no longer content themselves with a nomian insularity but rather set to destroy liberalism. Meanwhile, there was also a manifest attempt to keep the liberal framework sufficiently universal for conflicting visions of protest subgroups to coexist. This attempt was full of fissures that I cannot address here. However, I emphasize that the formal features of media propaganda must inform our understanding of the generative power as well as precarity of this mode of sustaining the liberal rule of law.

The last two points reflect the instability of distinctions between the serious and the frivolous, depth and surface, as the lightness of media messages enables a profound affective hold. This leads to a final point. Cover argued that the ultimate responsibility for constitutional vision lay with the courts, and hoped they would legitimize social movements that enrich the nomos. Yet, if the affective propaganda of the protest was not just a vision that the judges who ruled on the reasonableness doctrine could choose, but instead the enabling condition of their opinions, we can reverse Cover and consider a media- and affect-based theory of constitutional visions.

The dependence of the rule of law on affect and its inseparability from the propagandist capabilities of commercial media, are not necessarily attractive as a normative conclusion, yet there they were. Affective propaganda injected liberal legalism with value in the face of depreciating forces and temporarily saved it. The tools that made critique into a weapon were turned around and at least

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

for a while gave the liberal rule of law an affective popularity with which to battle populism. Its future, however, remains to be seen.

Literature

Benkler, Yochai, Robert Faris, and Harold Roberts (2018). *Network, Propaganda: Manipulation, Disinformation, and Radicalization in American Politics*. Oxford: Oxford University Press.

Couldry, Nick and Andreas Hepp (2017). *The Mediated Construction of Reality*. Cambridge: Polity.

Cover, Robert M. (1983). "The Supreme Court. 1982 Term. Foreword: Nomos and Narrative." *Harvard Law Review* 97.1: 4–65.

Gerbaudo, Paolo (2012). *Tweets and the Street: Social Media and Contemporary Activism*. London: Pluto Press.

Levinson, Sanford (2011). *Constitutional Faith*. Princeton: Princeton University Press.

Petersen, Jennifer (2022). *How Machines Came to Speak: Media Technologies and Freedom of Speech*. Durham: Duke University Press.

Scheppele, Kim L. (2018). "Autocratic Legalism." *University of Chicago Law Review* 85.2: 545–584.

Shachar, Yoram (2022). *Dignity, Liberty and Honest Labor: Drafting the Declaration of Independence*. Beersheba: Ben Gurion Institute & Berg Institute.

The Knesset (n.d.). "Declaration of Independence." *The Knesset*. n.d. Web. <https://main.
knesset.gov.il/en/about/pages/declaration.aspx> (19 Mar. 2025).

Cases and Legislation

HCJ 5658/23 *Movement for Quality Government v. Knesset*.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Jonas Heller

Chefsache:

Die Entkräftung des Rechts durch gegenstaatliche Souveränität

As you know, I am not a politician. Donald Trump, 2016

For me the state is an enemy, as are the politicians who live off it. Javier Milei, 2023

Im Jahr 2004 diagnostizierte Judith Butler ein Wiederaufleben staatlicher Souveränität unter veränderten Bedingungen und in neuer Gestalt. In einer Zeit, in der staatliche Macht nicht mehr in einer Einheit gebündelt sei, sondern in ein Set von „Taktiken und Zielen" diffundiere, lasse sich Souveränität nicht mehr *einer* Person oder exekutiven Spitze zuschreiben, sondern rücke eine Ebene tiefer. Souveränität verteile sich auf eine Vielzahl an „kleinen Souveränen", die als Beamte in staatlichen Einrichtungen tätig sind.[1] In ihrer Beschreibung und Kritik einer bürokratisierten Souveränität konzentriert sich Butler hauptsächlich auf die USA. Zwei Jahrzehnte später haben dort und nicht nur dort Entwicklungen Einzug gehalten, die quer zu Butlers Diagnose stehen. Staatspräsidenten wie Donald Trump und Javier Milei stehen für eine Haltung des Regierens, die dieses nicht in Bürokratien streut, sondern die Verfügungsgewalt in einer Person konzentriert.

Damit scheint ein Konzept von Souveränität wieder aktuell zu werden, für dessen Analyse und Affirmation der autoritäre, an-

1 Butler (2012 [2004]), 75.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tisemitische und nationalsozialistische Staatsrechtler Carl Schmitt berüchtigt ist: Souveränität als die Kraft, politische Einheit durch autoritäre Entscheidung zu garantieren. Augenfällig wird Souveränität nach Schmitt im Regieren per Dekret, für das sowohl Trump als auch Milei Sympathien hegen. Während Trump im Dezember 2023 ankündigte, (nur) den ersten Tag einer allfälligen zweiten Präsidentschaft als Diktator abzuwickeln,[2] hat Milei im selben Monat seine Amtszeit mit dem Versuch begonnen, eine umfassende Notverordnung (*Decreto de Necesidad y Urgencia* 70/2023) auf den Weg zu bringen.[3]

Sehen wir also eine Rückkehr jener zentralisierten Form der Souveränität, deren Verlust Butler zufolge kleine Verwaltungssouveräne kompensierten, oder handelt es sich um ein Oberflächenphänomen, das in Wahrheit auf keinen Bruch hindeutet? Ich möchte im Folgenden zeigen: weder noch. Die Form von Souveränität und Ausnahmezustand, für die – bei allen Unterschieden – Trump und Milei stehen, lässt sich weder durch Schmitts noch durch Butlers Modell fassen. In dieser veränderten Form der Souveränität verbindet sich vielmehr der exekutive Personalismus des ersten Modells mit einem bevölkerungsverwaltenden Managerialismus des zweiten. Zugleich unterscheidet sie sich von beiden Modellen darin, dass sie im Namen einer schrankenlosen Freiheit der Individuen auf eine problematische Gleichheit zielt.

I. Souveränität im Namen des Staates

Für Carl Schmitt ist Souveränität ein staatliches Phänomen in dem allgemeinen Sinne, dass sie stets an einen politischen „*status* von Einheit und Ordnung" gebunden ist.[4] Einheit und Ordnung

2 Vgl. Gold (2023).
3 Vgl. Thomaser (2024).
4 Schmitt (2010 [1928]), 4 (Hervorhebung im Original).

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

stehen dabei nicht nebeneinander, sondern hängen zusammen. Eine politische Ordnung existiert nach Schmitt nur, wenn die Gruppe von Menschen, die sie bilden, nach innen und außen eine stabile Einheit darstellt. Diese Einheit beruht für Schmitt immer auf einer kollektiv bindenden Entscheidung, die die Ordnung in ihrer jeweiligen Form bestimmt und in ihrem Bestehen bestätigt.[5] Verbindlich könne eine solche Entscheidung wiederum nur sein, wenn sie auf eine einheitliche Instanz zurückgeht, d. h. als *personale* Entscheidung erfolgt. Souveränität ist nach Schmitt ein Einheitsbegriff in der doppelten Hinsicht, dass die Entscheidung einer in sich einheitlichen Instanz die Einheit der Ordnung begründet und erhält. Diese den Souveränitätsbegriff ausmachende zweifache Einheit ist unausgesetzt wirksam, solange eine politische Ordnung besteht. Nur im Ausnahmefall aber tritt sie in ihrer Doppelgestalt sichtbar hervor: Wenn der Souverän den Ausnahmezustand erklärt, um den Zerfall der Ordnung zu verhindern, verbinden sich, so Schmitt, Einheit der Entscheidung und Einheit der Ordnung in ein und demselben souveränen Akt.

Schmitt hat diesen Akt mit beträchtlichem stilistischen Aufwand als „die Kraft des wirklichen Lebens" beschrieben, die den verkrusteten Normen-Apparat des Rechtssystems durchbricht, indem sie die geschriebene Verfassung suspendiert.[6] Dabei ist die Entscheidung, zumindest in Schmitts Schriften der 1920er Jahre, keine selbständige, sich alles unterordnende Kraft, sondern ein Mittel zum Erhalt der politischen Ordnung. Dieser kommt vor der Entscheidung, die ihr dient, ein Vorrang zu.[7] Zugleich ist jede kollektive Ordnung in ihrer Gründung und zu ihrer Erhaltung von Entscheidungen abhängig. Weil diese mit der Ordnung verbundenen Entscheidungen sich nicht auf rechtliche Normen

5 Vgl. Schmitt (2009 [1922]), 13–16.

6 Ebd., 21.

7 In der nationalsozialistischen Periode kehrt Schmitt dies um und schreibt der autoritären Entscheidung einen Primat vor der Ordnung zu, vgl. Schmitt (2006 [1934]), 23–24. Dazu näher Heller (2018), 69–75.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

reduzieren lassen,[8] ist Ordnung für Schmitt ein wesentlich politischer, kein normativer Begriff. Die maßgebende Ordnung, welche die kollektiv verbindlichen Entscheidungen ausgibt und dadurch Souveränität ausübt, war der seit dem 16. Jahrhundert sich herausbildende Nationalstaat, der im 20. Jahrhundert, so Schmitt, seine Bedeutung als „Ordnungsbegriff" verlor.[9] Das postulierte Ende der nationalstaatlichen Epoche impliziert für Schmitt dabei nicht zwingend ein Ende, ja nicht einmal eine Veränderung von Souveränität. Es bedeutet nur, dass die Fähigkeit, durch verbindliche Entscheidungen einen „*status* von Einheit und Ordnung" zu bilden, an eine andere politische Formation übergeht – oder das Chaos des Bürgerkriegs eintritt.[10]

II. Souveränität im Schatten des Staates

Im Unterschied zu Schmitt hat Judith Butler den Ausgang des 20. und den Anfang des 21. Jahrhunderts nicht als Ende nationalstaatlicher Souveränität, sondern als ihre Modifikation gedeutet. In einer historischen Perspektive, die sich an Michel Foucaults Arbeiten zu Regierungstechniken orientiert, beschreibt Butler einen Wandel nationalstaatlicher Souveränität. Dieser Wandel erfolgt so, dass ein neues Modell der Machtausübung ein altes nicht ersetzt, sondern sich in dieses einlagert.[11] So tritt im Staat unter die Ebene der souveränen Exekutive eine neue Souveränität der Verwaltung. Trägerinnen dieser neuen Souveränität sind nicht Regierungschefs, sondern Beamtinnen.

Am Beispiel von US-Militärtribunalen innerhalb des Landes und in Guantanamo Bay nach den Terroranschlägen vom 11. Sep-

8 Vgl. Schmitt (2009 [1922]), 38.
9 Vgl. Schmitt (1958), 376 und 378.
10 Vgl. Schmitt (1997 [1950]), 30.
11 Vgl. zu dieser Logik des Wandels Foucault (2012), 132–135.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tember 2001 zeigt Butler, wie Beamte, die weder Richterinnen noch gewählte Vertreter sind, eine massive Entscheidungsgewalt ausüben: Sie bestimmen nicht nur über Freiheit oder Unfreiheit, Folter oder Schonung, sondern elementarer noch darüber, ob Menschen und Menschengruppen überhaupt rechtliche Ansprüche zugestanden werden oder nicht. Die Souveränität der Beamtinnen besteht darin, dass ihre Entscheidungen nicht an ordentliche Gerichtsverfahren geknüpft sind, sondern die Verfügung darüber beinhalten, ob und inwieweit Menschen überhaupt ein Verfahren gewährt wird. Das Vorenthalten von Rechtsansprüchen wird durch die Vermutung begründet, dass die betroffenen Individuen oder Gruppen besonders gefährlich sind. Diese Vermutung muss weder in eine bestimmte Anklage münden noch durch belastbare Beweise erhärtet werden.[12] Indem er sich auf eine nationale Bedrohung beruft und Grundrechte beschränkt oder aussetzt, erinnert ein solch „launischer Prozeduralismus“[13] durchaus an die Souveränität des von Schmitt beschriebenen Ausnahmezustands.

Es bestehen allerdings zugleich wichtige Unterschiede hinsichtlich des *Ursprungs*, der *Funktion* und des *Umfangs* dieser Beamtensouveränität: 1) Diese Form der Souveränität entsteht nicht kraft eigener Entscheidung der Beamtinnen, sondern ist an letztere von der Exekutive delegiert. 2) Sie hat nicht den Zweck, die Rechtsordnung zu begründen oder zu erhalten, sondern macht das Recht zum bloßen Mittel von Taktiken der Sanktion und Steuerung und operiert somit auf dem Feld jener Techniken, die Foucault mit dem Begriff der Gouvernementalität belegt hat. Die Militärtribunale, in denen diese Souveränität besonders drastisch zum Zug kommt, etablieren ein sekundäres Justizsystem, in dem das Recht nicht an Normen gebunden ist, sondern im Modus des Managements gehandhabt wird. Bevölkerungen werden dadurch

12 Vgl. Butler (2012 [2004]), 78, 89–90, 97 und 105.
13 Ebd., 111.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

verwaltet, dass bestimmte Gruppen von Menschen gezielt aus dem Bereich rechtlicher Ansprüche ausgeschlossen werden. 3) Diese Souveränität ist nicht ungeteilt in ihrer Ausübung, sondern breit aufgefächert in bürokratischen Apparaten. Und sie ist nicht unanfechtbar in ihren Verfügungen, sondern stets revidierbar durch die staatliche Exekutive, der sie untersteht.[14]

Die Souveränität der Beamten operiert gleichsam im Schatten jener Staatsregierung, von der sie verliehen wird. Dabei bedeutet diese verwaltende Souveränität keine Schwächung, sondern eine Stütze der regierenden Souveränität: Die verwaltende Souveränität bringt den Machtanspruch der souveränen Exekutive – samt der Missachtung von Rechtsnormen, in der sich dieser Anspruch ausdrückt – in der Verästelung der Apparate und Orte zur Geltung. Schmitt hatte die Diffusion von Entscheidungsmacht jenseits der Exekutive als das Ende der Souveränität des Nationalstaates benannt (und bedauert). Butler hingegen sieht in den weitreichenden Befugnissen der Verwaltung und in ihren rechtsentziehenden Maßnahmen die staatliche Souveränität in ihrer unerbittlichsten Form wiederbelebt und ausgedehnt.

III. Souveränität gegen den Staat

Mit Präsidenten wie Donald Trump, Javier Milei, Jair Bolsonaro, Viktor Orbán und anderen scheint die Affirmation souveränen Entscheidens mit aller Nachdrücklichkeit aus dem Schatten auf die erleuchtete Bühne des Regierungshandelns zurückzukehren. Damit stellt sich die Frage, ob statt einer bloßen Wiederbelebung aus der zweiten Reihe, wie Butler es beschreibt, die Souveränität nicht vielmehr mit jenem Anspruch auf zentralisierte Erstrangigkeit zurück ist, dem Schmitt das Wort redete. Im Modell Schmitts ist Souveränität eine Sache der großen Politik: die wirkungsvolle

14 Vgl. ebd., 72, 75, 81–82, 87, 111–112 und 114.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Geste einer Regierungserklärung, die die rechtlichen Normen im Namen der politischen Lage verwirft. Es ist eine Politik des Staates gegen die Norm und zugunsten der Ordnung. Trägerin dieser Politik ist keine Behörde und schon gar kein Parlament, sondern eine Person.

Die Ordnung, die erhalten werden soll, und die Person, die sie erhält, versteht Schmitt in einem sehr bestimmten Sinn. Zum einen wendet er sich gegen eine liberale Auffassung von Ordnung, zum anderen gegen ein individualistisches Bild der Person. Die Entscheidung, in der sich Souveränität vollzieht, ergeht nicht aus Vorlieben, Geschmack oder Launen; und sie folgt nicht dem Motto eines Komme-was-wolle, sondern zielt auf die Beibehaltung der geordneten Verhältnisse eines stabilen staatlichen Normalzustands (wie immer dieser sich historisch genauer gestaltet). So offen die genannten Regierungschefs Ausnahmemaßnahmen als Mittel des Regierens befürworten, so wenig orientieren sie sich dabei an dem von Schmitt genannten Zweck der Erhaltung oder gar Stärkung der staatlichen Ordnung.

Das Ziel der von Milei angestrebten Notverordnung, wie er sie nach seinem Amtsantritt im Dezember 2023 präsentiert hatte, liege darin, durch weitgehende Privatisierungsmaßnahmen „dem Einzelnen Freiheit und Autonomie zurückzugeben und sie dem Staat zu entreißen".[15] Das präsidiale Maßnahmenhandeln richtet sich nicht darauf, den Staat als Ordnungsinstanz zu sichern, sondern eine Entstaatlichung der Ordnung zu betreiben. Der Ausnahmezustand wird zum Mittel *gegen* staatliche Politik. Diesem libertären Vorhaben entspricht es, sich als Nicht-Politiker zu inszenieren und sich dezidiert individualistisch zu geben. So hatte Trump im Zuge des Präsidentschaftswahlkampfs 2016 auf zahlreichen Veranstaltungen wiederholt, kein Politiker zu sein und sich nicht präsidial zu verhalten. Stattdessen betont er einen

15 Zitiert nach Hollensteiner (2023).

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

maskulinistischen Individualismus, den er vor allem im Erfolg als Geschäftsmann realisiert sieht.[16] Von einem Schmittschen Souveränitätsverständnis ist dies weit entfernt. Nicht der geschäftliche Deal des Privatiers, sondern die politische Tat, die jeden Partikularismus der Einheit des Staates unterwirft, bildet nach Schmitt den Kern der Souveränität. Mit Schmitts Modell hat das neue Modell zwar das Pathos exekutiven Entscheidens gemeinsam. Es unterscheidet sich von jenem allerdings darin, dass es den Staat nicht bewahren will, sondern sich gegen ihn als Institution richtet.

Von der Souveränität der Verwaltung, die Butler analysiert, weicht das neue Modell gleich in zweifacher Hinsicht ab. Zum einen durch die Monopolisierung von Entscheidungsgewalt, zum anderen durch die Schwächung des Staates, seiner Behörden und Beamtinnen. Doch wird dabei die verwaltende Souveränität nicht auf ganzer Linie verworfen. Vielmehr wird ein maßgeblicher Aspekt in veränderter Form übernommen: die Bevölkerungsregulierung im Stile des Managements. Neu ist, dass dieses Management nicht so sehr delegiert als vielmehr zur Chefsache erklärt wird. Neu ist auch das Kriterium, d. h. die organisierende Unterscheidung, die diese Regulierung von Bevölkerung leitet. Die Regulierung erfolgt nicht nach einem streng politischen Gesichtspunkt. Sie richtet sich nicht allein gegen die der „Gefährlichkeit" Verdächtigten, sondern auch gegen die der „Unproduktivität" Bezichtigten.

Im Zuge des Präsidentschaftswahlkampfs im Jahr 2023 kündigte Milei an, es sei das Ende eines Kastenmodells erreicht, das auf der Grausamkeit beruhe, dass es ein Recht gebe, wo ein Bedürfnis bestehe, ohne dass daran gedacht werde, dass jemand für dieses Recht zu zahlen habe. Die Spitze erreiche dieses Modell in dem Konzept sozialer Gerechtigkeit, das deshalb ungerecht sei,

16 Vgl. Schrock et al. (2018), 13–15; Geismer (2018), 48–55.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

weil es eine ungleiche Behandlung vor dem Recht impliziere.[17] In der „eigenen" Bevölkerung und in der ausländischen ohnehin wird unterschieden zwischen denen, die leisten und zahlen, und denen, die brauchen und beziehen. Diejenigen, die brauchen, statt zu leisten, werden als diejenigen identifiziert, die das Land weder braucht noch sich leisten kann. Die hier sich abzeichnende Souveränität gegen den Staat richtet sich gegen diejenigen, die Sozialleistungen beanspruchen – und gegen die staatlichen Institutionen, die sie gewähren.

Besonders bemerkenswert ist, dass in Argentinien, einem Land, das im Jahr 2022 eine Armutsquote von geschätzt 40 Prozent hatte,[18] ein Präsidentschaftskandidat, der offen eine derartige Agenda vertritt, durch eine demokratischen Mehrheit gewählt wurde (im Unterschied zu den „kleinen Souveränen" ohne demokratische Legitimation). Die neue Exekutivsouveränität, die allerdings die Bevölkerung weiterhin wie Personal verwaltet – eine Souveränität der *human resources* – wird mitunter von jenen getragen, die von der Bevölkerungsregulierung im Namen der Deregulation zuerst und zutiefst getroffen werden. Wie lässt sich diese Allianz der entgegengesetzten Interessen verstehen? Ein Grund mag sein, dass die durch Prekarität und Abstiegsangst verursachte Einengung von Spielräumen und Wirkungsmöglichkeiten mit einem Versprechen absoluter Freiheit vom Staat resoniert, das Präsidenten von Bolsonaro bis Trump mustergültig verkörpern. Es handelt sich, mit Max Horkheimer formuliert, um eine „Manipulation d[er] Revolte" durch die Herrschenden.[19] Die Prekarität der Armen wird nicht behoben, sondern in die Verantwortung der Einzelnen gestellt, zur Sache ihrer jeweiligen Freiheit erklärt und dadurch verfestigt. Aus einer libertären Perspektive lässt sich Freiheit nicht durch gemeinsame Entscheidungen und schon gar

17 Milei (2023).
18 Vgl. World Bank (2023).
19 Horkheimer (1991 [1946]), 107.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nicht durch kollektive Güter, sondern nur durch individuelle Wahlmöglichkeiten erlangen.[20]

Gerade diese Individualität des Entscheidens, die sich um politische Prozesse ebenso wenig kümmert wie um soziale Fragen, tritt in den souveränen Figuren scharf hervor, die wie Trump oder Milei an der Spitze des Staates gegen den Staat regieren – und gegen jede damit verbundene Idee von Allgemeinheit.[21] Im Unterschied zum alten Modell personaler Souveränität wird keine staatliche Einheit als „homogenes Medium" der Rechtsgeltung angestrebt.[22] Und doch zielt die propagierte Freiheit, die die Individuen dissonant voneinander ausüben sollen, keineswegs auf heterogene Lebensweisen, sondern ebenfalls auf eine Homogenisierung: auf ein Land aus Individuen, die alle aus eigener Kraft, mit eigenem Einsatz und auf eigenes Risiko dem ökonomischen Erwerb nachgehen.

Autonomie bedeutet hier Selbstversorgung, radikale Unabhängigkeit von irgendwie gearteter öffentlicher Daseinsvorsorge. Auf die Notwendigkeit, allein für sich selbst sorgen zu können, werden alle konditioniert. Darin werden sie zu Gleichen. Mileis Notverordnung wurde unter dem Titel veröffentlicht: „Grundlagen für den Wiederaufbau der argentinischen Wirtschaft". Die „Grundlage", die unter Umgehung normal geltenden Rechts hergestellt werden sollte, ist die Homogenität einer von staatlichen Gesetzen unbehelligten Bevölkerung, die aus für sich selbst sorgenden Einzelnen besteht. Die individuelle Freiheit, die das neue souveräne Ausnahmehandeln verkörpert und verspricht, hat eine repressive Gleichheit zum Resultat. Zu einer „repressiven Egalität" kam es nach Horkheimer und Adorno im Nationalsozialismus, weil aus der „Gleichheit des Rechts" das „Unrecht durch die

20 Vgl. Brown (2018), 13–14; Amlinger/Nachtwey (2023), 108 und 110–111.
21 Vgl. zur Verwerfung der „Idee der Allgemeinheit" auch Slobodian (2023), 17.
22 Schmitt (2006 [1921]), 133–134.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Gleichen" hervorging.[23] Im neuen Souveränitätsmodell besteht repressive Gleichheit hingegen nicht so sehr in der Gewalt, die von Gleichen zugefügt wird, sondern im Zwang zur Gleichheit, unter den die Individuen durch eine im Namen der Freiheit erfolgende Aussetzung des Rechts unterworfen werden.

Die souveräne Suspension des Rechts erfüllt so einen verwaltenden Zweck. Die Bevölkerung soll zu einer Summe individueller Leistungsträgerinnen werden. Exekutives Entscheiden und Verwalten von Bevölkerung gehen in der veränderten Souveränität miteinander einher. Charakteristisch für die neue, gegenstaatliche Gestalt des souveränen Ausnahmehandelns ist die Verbindung einer Spielart des personalen Moments mit einer managerialen Logik. Diese manageriale Logik unterscheidet sich von bloßem Bürokratismus, weil sie die Bevölkerung als Ganzes reguliert. Die Ungleichheit vor dem Gesetz, als die diese Souveränität jede sozialstaatliche Garantie begreift und bekämpft, soll mittels souveräner Erlasse durch einen homogenen Individualismus ohne Gesetz ersetzt werden.

Literatur

Amlinger, Carolin/Nachtwey, Oliver (2023), Libertär und autoritär. Wie das Ich auf Kosten der Gemeinschaft regiert, in: Blätter für deutsche und internationale Politik 68.2, 107–117.

Brown, Wendy (2018), Neoliberalism's Frankenstein. Authoritarian Freedom in Twenty-First Century "Democracies", in: Brown, Wendy/Gordon, Peter E./Pensky, Max (Hg.), Authoritarianism. Three Inquiries in Critical Theory, Chicago: The University of Chicago Press, 7–44.

Butler, Judith (2012 [2004]), Unbegrenzte Haft, in: dies., Gefährdetes Leben. Politische Essays, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 69–120.

Foucault, Michel (2012), Der Wille zum Wissen. Sexualität und Wahrheit I, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

23 Horkheimer/Adorno (2008 [1944]), 19.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Geismer, Lily (2018), Napoleons in Pinstripes. The Rise of the Business Mogul as Politician, in: New Labor Forum 27.2, 48–55.

Gold, Michael (2023), Trump Says He Wouldn't Be a Dictator, 'Except for Day 1', in: The New York Times (5.12.2023), https://www.nytimes.com/2023/12/05/us/politics/trump-fox-news-abuse-power.html (07.04.2025).

Heller, Jonas (2018), Mensch und Maßnahme. Zur Dialektik von Ausnahmezustand und Menschenrechten, Weilerswist: Velbrück.

Hollensteiner, Stephan (2023), Heftige Debatten in Argentinien um Mileis Mega-Dekret, in: amerika21 (25.12.2023), https://amerika21.de/2023/12/267451/debatten-argentinien-milei-mega-dekret (07.04.2025).

Horkheimer, Max 1991 [1946]), Zur Kritik der instrumentellen Vernunft, in: ders., Gesammelte Schriften, Bd. 6, Frankfurt am Main: Fischer, 21–186.

Horkheimer, Max/Adorno, Theodor W. (2008 [1944]), Dialektik der Aufklärung. Philosophische Fragmente, Frankfurt am Main: Fischer.

Milei, Javier (2023), Javier Milei and his beliefs – in his own words, in: Buenos Aires Times (21.08.2023), https://www.batimes.com.ar/news/argentina/javier-milei-and-his-beliefs-in-his-own-words.phtml (07.04.2025).

Schmitt, Carl (1958), Staat als ein konkreter, an eine geschichtliche Epoche gebundener Begriff (1941), in: ders., Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924–1954. Materialien zu einer Verfassungslehre, Berlin: Duncker & Humblot, 375–385.

_____ (1997 [1950]), Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum, Berlin: Duncker & Humblot.

_____ (2006 [1921]), Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf, Berlin: Duncker & Humblot.

_____ (2006 [1934]), Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, Berlin: Duncker & Humblot.

_____ (2009 [1922]), Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität, Berlin: Duncker & Humblot.

_____ (2010 [1928]), Verfassungslehre, Berlin: Duncker & Humblot.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Schrock, Douglas/Adams, Alexander/Bausback, Ryan/Dignam, Pierce/Dowd-Arrow, Benjamin/Erichsen, Kristen/Gentile, Haley (2018), Trumping the Establishment: Anti-Establishment Theatrics and Resonance in the 2016 U.S. Presidential Election, in: Race, Gender & Class 25.3/4, 7–6.

Slobodian, Quinn (2023), Kapitalismus ohne Demokratie. Wie Marktradikale die Welt in Mikronationen, Privatstädte und Steueroasen zerlegen wollen, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Thomaser, Sonja (2024), Milei sieht Argentinien „kurz vor dem Absturz" – jetzt startet Generalstreik gegen seine „Schocktherapie", in: Frankfurter Rundschau (22.01.2024), https://www.fr.de/politik/argentinien-milei-generalstreik-rechtspopulismus-neoliberalismus-schocktherapie-mega-dekret-zr-92789042.html (07.04.2025).

World Bank (2023): Poverty and Equity Brief Argentina (04/2023), in: World Bank Group – Poverty & Equity, https://databankfiles.worldbank.org/public/ddpext_download/poverty/987B9C90-CB9F-4D93-AE8C-750588BF00QA/current/Global_POVEQ_ARG.pdf (07.04.2025).

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Ralph Grunewald

The Mundane Tasks of Any Legal System and the Vanishing Promise of Legal Certainty

> Do not accuse injustice of usurping the place of the law, but the law of permitting that usurpation.[1]

The Case of Michelle Carter and Conrad Roy

In *Commonwealth v. Carter* (2016), a Massachusetts Juvenile Court found Michelle Carter guilty of involuntary manslaughter for encouraging her boyfriend, Conrad Roy, to commit suicide. The case garnered scholarly attention and has also been turned into a successful true crime show (Netflix, *The Girl from Plainville*). In 2014, 18-year-old Conrad Roy committed suicide by carbon monoxide asphyxiation. Michelle Carter described Conrad Roy as her boyfriend, although their relationship existed mainly through the exchange of hundreds of text messages in which they discussed their lives and struggles. Conrad frequently expressed his desire to commit suicide — something he had attempted before. Initially, Carter had tried to talk Conrad out of it, but she changed her mind after he convinced her that nothing else could relieve his suffering. She then urged him to go through with his plan. One night, Conrad drove his truck to a parking lot and started a gas-powered pump with the intent to kill himself. At one point, he exited the vehicle and called Michelle.

1 Rudolph von Jhering (1915), 76.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

She asked him to get back into the car. Conrad did and then died. Michelle was charged with and convicted of involuntary — wanton and reckless — manslaughter. She received a sentence of fifteen months in prison.

This case stands out not only because it was the first time a court had found that words alone are sufficient to constitute a charge of manslaughter. Legal commentators also argued that the court had gone beyond established legal doctrines. Taken together, these alterations in legal practice render this case an example for a larger issue that permeates the U.S. American justice system: the erosion of legal certainty. To make that comprehensible, I need to address a doctrinal problem in the *Commonwealth v. Carter* decision, the question of whether Michelle Carter caused Conrads's death in the legal sense. Typically, a (criminal) actor is responsible for their own behavior, like taking a gun and killing someone) but not for someone else's. If A puts a gun on the kitchen counter and B takes it and kills C, A cannot be charged with a homicide because "proximate" cause is missing. The same would be true if B committed suicide. Based on this doctrine, Michelle cannot be considered accountable for Conrad's suicide. If a state wants to make helping someone to commit suicide a crime, they need to enact an assisted suicide law. Such a law did not exist in Massachusetts. The judge in *Carter,* however, found that "where one's actions created a life-threatening risk to another, there would be a duty to take reasonable steps to alleviate the risk," meaning that once Conrad had exited the car, Michelle Carter had a "self-created duty" to help, which she recklessly failed to fulfill. No other U.S. American case[2] exists in which the

2 Other legal systems, like the German one, have established doctrine that attaches a duty to help in certain previous behaviors ("*Ingerenz*"). In the United States, an omission can be the basis for criminal liability when there is a statutory duty, a special relationship, a contractual duty, or a voluntary assumption of care that secludes the person, thereby preventing others from rendering aid. None of these apply here.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

victim committed suicide, and the defendant was convicted of homicide on the basis of only verbal encouragement.

The court did not provide much legal support for its decision and may have been motivated more by the case narrative and Michelle's presumed character than establishing a new doctrine. Michelle Carter is described as a young woman who "badgered [Conrad] back into the gas-infused truck." The Massachusetts Supreme Court stated that she was not a "person offering support, comfort, and even assistance to a mature adult who … has decided to end his or her life," rather, Michelle is portrayed as being on a "systematic campaign of coercion on which the virtually present defendant embarked […] that targeted the equivocating young victim's insecurities and acted to subvert his willpower in favor of her own."[3] The state stressed that Michelle had callously violated not only Conrad's trust but also that of his parents. During sentencing, Conrad's family explained that Michelle "has not shown any remorse. The fact that he was convinced to […] kill himself is unimaginable. Where was her humanity?"[4]

As a matter of law, none of these considerations should have substantively mattered. What becomes clear is that common law judges are much freer than their civil law counterparts to create new laws by changing the understanding of existing ones. Presumably referring to the common law system, Stanley Fish defines legal interpretation as "what happens when the meanings embedded in an object or text are set aside in favor of the meanings demanded by some angled, partisan object."[5] Civil law systems reduce these risks by using a more formalistic approach to the letter of law, providing it with a "more palpable manifestation of its basic claim to be perdurable and general […] standing as a point of reference in relation which change can be assessed and

3 *Commonwealth v. Carter*, 474 Mass.624, 639 (2016).
4 Rosenblatt (2017).
5 Fish (1994), 142.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

controlled."[6] Michelle, arguably, had no point of reference and no way of knowing that she had a legal (and not only a social and moral) obligation to help.

Legal Certainty as Fair Warning

The principle that a penal statute must define punishable conduct and the penalty with sufficient precision is commonly accepted as a basic requirement of the rule of law — regardless of the respective legal tradition in civil or common law. The U.S. Supreme Court has repeatedly stated that the Fifth Amendment's Due Process Clause requires the law to provide notice of what it prohibits and what punishment it prescribes for violations. The law must provide "fair warning [...] in language that the common world will understand, of what the law intends to do if a certain line is passed. To make the warning fair, so far as possible the line should be clear."[7] People of "common intelligence" should not need to "guess at its meaning."[8] The law and not some person's individual moral compass must provide that direction.[9]

At least in theory, fair notice empowers individuals to shape their actions according to (or against) the law. Of course, "it is not likely that a criminal will carefully consider the text of the law before he murders or steals [but] a fair warning should be given to the world in language that the common world will understand."[10] This serves the prohibition of vague or unknowable requirements and the prohibition of ex post facto laws.[11] Due process also precludes the "novel construction" of statutes — otherwise known

6 Fish (1994), 143.
7 *McBoyle v. United States*, 283 U.S. 25, 27 (1931).
8 *Bouie v. City of Columbia*, 378 U.S. 347, 350–51 (1964).
9 See Fish (1994), 142.
10 *McBoyle v. United States*, 283 U.S. 25, 27 (1931).
11 *United States v. Lanier*, 520 U.S. 259, 266–67 (1997).

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

as the anti-retroactivity doctrine — which expands the scope of conduct that can be prosecuted under a statute if "neither the statute nor any prior judicial decision ha[d] fairly disclosed [the defendant's conduct] to be within its scope."[12] Was the law as it existed at the time of Michelle Carter's conduct clear enough for her to know that telling someone who wants to commit suicide to go through with it would be considered unintentional homicide? Could she have known that what she did was wanton and reckless — not at the moment, when she initially convinced Conrad to get in the car with a gas-powered engine running, but when she sent him *back* to the vehicle? Would anyone (lawyer or not) be able to deduce from the Massachusetts homicide laws that Michelle's conduct is in violation of that law? If not, the law's reach would be unknowable.[13] To argue that for the sake of justice, wrongdoers like Michelle Cater must be punished turns the idea of justice on its head, because it is a requirement of justice that the "law be certain and sure, that it not be interpreted and applied one way here and now, another way elsewhere and tomorrow."[14]

As mundane as this sounds, a judge's everyday task is to give an existing law its shape. Law cannot uphold itself. It needs agents that have internalized a duty to the law and nothing else, not punitive desires, bias, or pressure from the executive.

The Struggle for Law

The question of how law is afforded its own right to exist and how it comes to life is as timely as it is old. In 1872, the German legal scholar Rudolf von Jhering gave a talk with the title "Der Kampf ums Recht" (The Struggle [or better: the Fight or Battle]

12 *United States v. Lanier*, 520 U.S. 259, 266 (1997).
13 See *United States v. Jackson*, 55 F.4th 846 (11th Cir. 2022).
14 Radbruch (2006), 6.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

for Law) to practicing lawyers for whom the struggle for law was not a philosophical, abstract question but rather a daily task. In everyday trials concerning individual, private rights, von Jhering saw the "grand and the sublime in the moral order of the world,"[15] asserting that the "law is not mere theory, but living force."[16] The mundane case stands for the larger system:

> Concrete law not only receives life and strength from abstract law, but gives it back, in turn, the life it has received. It is of the nature of the law to be realized in practice. A principle of law never applied in practice, or which has lost its force, no longer deserves the name.[17]

Regardless of what brings someone to court, the struggle for law has one goal: the "opposition to arbitrariness."[18] But what is arbitrary? In von Jhering's view, it is the dissonance of the existing law and the "sentiment of legal right"[19] (the *Rechtsgefühl*.)[20] "When the imperfection of legal institutions refuses him satisfaction [...], the struggle for law becomes a struggle against the law."[21]

The concept of *Rechtsgefühl* does not propose vigilante justice, a revolt against existing law when an individual feels the law is not correct. Rather, it is "a catalyst for legal reform when it functions to disturb and challenge existing legal norms,"[22] it is "understood within inner-juristic discourse."[23] *Rechtsgefühl* is what must motivate the individual to bring their case to court.

---

15 Rudolph von Jhering (1915), 78.
16 Rudolph von Jhering (1915), 2.
17 Rudolph von Jhering (1915), 70. Although von Jhering was a private law scholar, his main arguments, as expressed in this text, are universally applicable.
18 Rudolph von Jhering (1915),79.
19 Rudolph von Jhering (1915),72.
20 A better translation would be the "feeling for law and justice." Olson (2023), 23.
21 Rudolph von Jhering (1915), 94.
22 Olson (2023), 25.
23 Olson (2023), 26.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

It should also motivate reform, but it is not reform in itself or a justification for lawlessness.[24] In that sense, it almost seems foreboding (of the near and more distant future) when von Jhering warns that the law

> must be defended, if the law itself is not to become a mockery and a word without meaning. When the legal right of the individual is sacrificed, the law is sacrificed likewise. Law must be considered and upheld free of the individual's evil intent or motivation.[25]

Shylock, the moneylender in Shakespeare's *Merchant of Venice*, is mentioned by von Jhering as an example. Although it was "hatred and revenge" that initiated Shylock's suit, he must be judged in accordance with the law. If he were denied the law, this would be a denial of the law itself:

> It is no longer the Jew demanding his pound of flesh; it is the law of Venice itself knocking at the door of Justice; for his rights and the law of Venice are one and the same; they both stand or fall together.[26]

The problem here is bias, not in the law but in those who apply it and the ways in which bias can be legalized. In a different text, von Jhering imagines a "dialectical-hydraulic interpretation press [through which] one extracts from each passage what is necessary. [And through] the dialectical infiltration apparatus […] thoughts, presuppositions, and limitations that were completely foreign to the writer of the [law] are forced into it."[27] Law, any law, can become pretext for an agenda. Shylock and Michelle Carter may have had despicable motives, but in the application of law

24 There are certainly exceptions, where, for instance, "there is not even an attempt at justice, where equality, the core of justice, is deliberately betrayed in the issuance of positive law, then [a law] is not merely 'flawed law', it lacks completely the very nature of law." Radbruch (2006), 7.

25 Rudolph von Jhering (1915), 85.

26 Rudolph von Jhering (1915), 87.

27 Von Jhering (1884), 262. Translation my own.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

their motivations should not matter, especially since they both had outsider status. Laws must serve those on the fringes because they have no clout, no leverage, or anything else that gives their status stability. They cannot rely on a powerful community that shares their values or understands them. Law is what allows them to anticipate the consequences of their actions.

The Mundane Task of Maintaining Predictability

Predictability and consistency in the application of law lend legal systems legitimacy, because they signal a nation's commitment to the rule of law. This is true for our lowest and highest courts. In the controversial decision *Planned Parenthood v. Casey* (1992), the Supreme Court decided not to overrule *Roe v. Wade* (1973) — not because the Justices supported abortion but because they found that the "promise of constancy once given binds the Court for as long as the power to standby the decision survives and the understanding of the issue has not changed so fundamentally as to render that commitment obsolete."[28] For some Justices, like Souter, legal certainty was more important than personal conviction. Much in line with von Jhering, Souter said that a

> presumption in favor of stare decisis of standing by the resolution of an issue reached in a prior case is necessary not only to accomplish the mundane tasks of any legal system but to realize our hope for a stable society aspiring to the rule of law.[29]

As much as all of the Justices agreed that legal change is and should be possible, such change needs process and the consideration of the voices of those who are affected. Courts are the wrong places to initiate such broad sweeping changes.

---

28 *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833, 868 (1992).

29 Announcement of the decision, available at "Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey" (n.d.), https://www.oyez.org/cases/1991/91-744.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

In *Casey*, the Justices were explicit in sending out a warning "to all who have tried to turn this Court into yet another political branch."[30] A little over thirty years later, the line between politics and the rule of law is much less sharp. During the beginning of 2025, Deputy Attorney General Emil Bove directed Danielle Sassoon (United States Attorney for the Southern District of New York) to dismiss the indictment against the Mayor of New York City, Eric Adams. Bove stressed that prosecutors have a duty to make good-faith arguments in support of the Executive Branch's positions. Sassoon could not see any good-faith basis for Bove's position and argued that impartial enforcement of the law is the bedrock of federal prosecutions, and that the rule of law depends upon the evenhanded administration of justice, insulated from political influence. This is probably what von Jhering meant when he wrote that "without resistance to what is unjust, the law would deny itself."[31]

Commonwealth v. Carter is not an isolated case in which legal certainty was insufficiently considered. In March 2024, James and Jennifer Crumbley were convicted of involuntary manslaughter over their failure to prevent their teenage son from killing four fellow students and wounding seven others in a school shooting in Michigan. The element of causation was again interpreted broadly and against established doctrine. In Georgia, in September 2024, Colin Gray, the father of the suspected Apalachee High School shooter, was charged with second-degree murder and other crimes. Since Michigan case law does not bind Georgia courts, Colin Gray did not get a "fair warning." The way all of these cases have been handled is indicative of a tendency in the United States to treat certain public health issues with the instruments of criminal justice, i.e., to find someone who is "accountable,"

30 *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833, 924 (1992) (Blackmun dissent).

31 Rudolf von Jhering (1872), 2 (not translated in the English version).

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

when the underlying issue is more complex and requires a more tailored solution.[32] That is arguably true for the Court's decision *in Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* (2022), the case that overruled *Roe v. Wade*. The majority did not feel bound by the "promise of constancy once given" (see above) and deferred to state legislatures for how abortion should be handled. The effect was that the moment *Dobbs* became law, certainty for women vanished. For instance, the state of Wisconsin has had a law against abortion since 1849.[33] This statute could not be enforced under *Roe*. To regulate abortions after *Roe*, Wisconsin enacted multiple statutes to govern the "who, what, where, when, and how" of abortion.[34] As *Dobbs* took effect in 2022, Wisconsin's old law prohibiting abortions was "triggered" back into action,[35] but stood in conflict with all the statutes that were enacted with the implicit understanding of abortion being legal. So, there is a law that says that "destroy[ing] the life of an unborn child is a felony," and there is a law that, for example, says that an "abortion may not be performed … unless the woman … has given voluntary and informed written consent."[36] In that situation of legal limbo, some district attorneys pledged not to enforce the old prohibition — others said they would. This only increased uncertainty because of the discretionary nature of the decision to prosecute or not and the difficulty in predicting in what county what kind of law would be enforced. In July 2025, the Wisconsin Supreme Court took up a case in which the Attorney General of Wisconsin (and others) sought declaratory judgment that the old Wisconsin law does not in fact ban abortions. In a 4–3 decision, the court held

32 According to the Center for Disease Control, suicide is a serious public health problem. The same is true for gun violence, see Villarreal et al. (2022).

33 WIS. STAT. § 940.04(1).

34 *Kaul v. Urmanski*, 2025 WI 32, p. 3.

35 Thirteen states enacted so called "trigger laws" that would automatically ban abortion if *Roe v. Wade* were overturned. Eight states still have their pre-*Roe v. Wade* abortion bans on the books.

36 WIS. STAT. § 253.10(3)(a).

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

that the many statutes enacted over the last fifty years "impliedly repealed" Wisconsin's abortion ban and that therefore the old law cannot be enforced.[37] That provides some (ostensibly temporary) clarity, yet the issue of an implied repeal is a question of statutory interpretation and not legislation and can easily swing the other way as soon as the composition of the court changes. Regardless of where one stands in the matter of choice, everyone involved in that legal process must "lend each other a hand in the common work, opposition to arbitrariness."[38]

Power can assert a "must of compulsion, it never serves as a basis for the ought of obligation for legal validity."[39] It is a particular deficit of the common law model that notions of popular justice can seep into the foundations of courts when they should be the one place in which the duty is to due process and nothing else.

The responsibility for this state of affairs falls not only on those who transgress the law, but also on those who do not have the courage to assert legal validity and the rule of law.[40]

Literature

Center for Disease Control, *Facts About Suicide*. https://www.cdc.gov/suicide/facts/.

Fish, Stanley E. (1994). *There's No Such Thing as Free Speech, and It's a Good Thing Too*. Oxford: Oxford University Press.

37 Kaul v. Urmanski, 2025 WI 32, p. 2.
38 Rudolph von Jhering (1915), 79.
39 Radbruch (2006), 6.
40 See Rudolph von Jhering (1915), 76.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Olson, Greta (2023). "Why Rechtsgefühle? The Turn to Emotion and Affect in Legal Studies: What Are Impassioned Feelings About Law and Justice, and Why Are They Pertinent?" *Feelings About Law/Justice: The Relevance of Affect to the Development of Law in Pluralistic Legal Cultures*. Ed. Thorsten Keiser, Greta Olson, and Franz Reimer. Baden-Baden: Nomos, 17–53.

Radbruch, Gustav (2006). "Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law." *Oxford Journal of Legal Studies* 26.1: 1–11.

Rosenblatt, Kalhan (2017). *Michelle Carter, Convicted in Texting-Suicide Case, Sentenced to 15 Months in Jail*. NBC News.

Villarreal, S., Kim, R., Wagner, E., Somayaji, N., Davis, A., & Crifasi, C. K. (2024). *Gun Violence in the United States 2022: Examining the Burden Among Children and Teens*. Johns Hopkins Center for Gun Violence Solutions. Johns Hopkins Bloomberg School of Public Health.

von Jhering, Rudolf (1872). *Der Kampf um's Recht*. Wien: Verlag der G.J. Manz'schen Buchhandlung.

_____ (1872). *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*. Leipzig: Von Breitkopf und Härtel.

_____ (1915). *The Struggle for Law*. With the assistance of John J. Lalor. Chicago: Callaghan and Company.

Cases and Legislation

Commonwealth v. Carter, 474 Mass. 624.

Dobbs v. Jackson Women's Health Organization, 597 U.S. 215 (2022).

Bouie v. City of Columbia, 378 U.S. 347, 350–51 (1964).

Kaul v. Urmanski, 2025 WI 32.

McBoyle v. United States, 283 U.S. 25, 27 (1931).

Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey, 505 U.S. 833, 868 (1992).

United States v. Lainer, 520 U.S. 259, 266–67 (1997).

United States v. Jackson, 55 F.4th 846 (11th Cir. 2022).

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Sara Gebh[*]

Subversion durch Recht:

Radikaldemokratie und der Entfremdungseffekt alternativer Ordnungen

Spätestens seit Marx hat Entfremdung einen schlechten Ruf. Entweder im engen politökonomischen Sinne als Verlust der Kontrolle über das Produkt der eigenen Arbeit, des Bezugs zum Arbeitsprozess selbst und in der Folge als Hindernis für kollektive Identität und Solidarität. Oder allgemeiner als Störung von Authentizität, persönlicher Verwirklichung und Selbst- sowie Weltverhältnis. Den Zustand von Entfremdung gilt es zu überwinden, so die übliche Empfehlung. Dies gilt allerdings nicht für die Demokratie. Im Gegenteil: Sie soll, ja muss, sich immer wieder fremd werden. Ist sie zu sehr mit sich im Reinen, verliert sie den Impuls, ihre etablierten Prozeduren und Strukturen zu hinterfragen. Doch Demokratie bedeutet genau das: kontinuierliche Demokratisierung. Die demokratischen Prinzipien von Freiheit, Gleichheit und Solidarität sind nie final realisierbar, sondern bilden den Horizont, auf den sich demokratische Praxis zuzubewegen versucht. Gerade in dieser prinzipiellen Unerreichbarkeit liegt das emanzipative Momentum – das Gegengift zur lethargischen Selbstzufriedenheit, zu der jede Ordnung tendiert.

* Funded by the European Union (ERC, PREDEF, 101055015). Views and opinions expressed are however those of the author(s) only and do not necessarily reflect those of the European Union or the European Research Council Executive Agency. Neither the European Union nor the granting authority can be held responsible for them.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Diese Dynamik, die bestehende Strukturen immer wieder zugunsten einer Vertiefung demokratischer Prinzipien aufzubrechen versucht, entsteht nicht von selbst, sondern muss aktiv erzeugt werden. Eine Konfrontation mit dem Anderen, das Infragestellen vermeintlicher Selbstverständlichkeiten, kurz: die Irritation des Status Quo sind Wege, um Demokratie beweglich zu halten. Das, was vorher offensichtlich erschien, wird zu einer Möglichkeit unter vielen. Fundamente, die unerschütterlich wirkten, bekommen Risse. Entfremdung, in diesem Sinne, ist das Lebenselixier von Demokratie. Wird ihre Ordnung unangreifbar, hört sie auf, Demokratie zu sein.

Radikaldemokratisches Denken hat es sich zur Aufgabe gemacht, auf die Unabschließbarkeit des demokratischen Projekts hinzuweisen, die Produktivität dieser Kontingenzaffirmation zu demonstrieren und Ressourcen für die Irritation von Ordnung zu identifizieren. Das Recht findet sich jedoch bislang selten unter ihnen. Mehr noch, in Fremd- sowie Selbstbeschreibungen wird oft eine grundsätzliche Inkompatibilität konstatiert. Demokratie, radikal gedacht, so der Tenor, lässt sich nur schwer in Recht gießen. Oder noch deutlicher: Wo Recht ist, kann keine Radikaldemokratie sein. Und wo Radikaldemokratie auftaucht, hat Recht nichts zu suchen. Es stimmt, dass die Spannungen zwischen radikaldemokratischem Denken und Recht nicht von der Hand zu weisen sind. Verstanden als positives Recht dient es der Ordnung von Gesellschaft, während Radikaldemokratie genau diese Ordnung irritieren will. Radikaldemokratie affirmiert Kontingenz, Recht reduziert sie. Und während Radikaldemokratie den Wert von Konflikt betont, dient Recht der Vermeidung oder Beilegung desselben. Der Gegensatz zwischen einem Verständnis von Demokratie, das bestehende Strukturen, auch und gerade rechtliche Strukturen, als provisorisch und veränderbar versteht, und dem Anspruch von Recht, verbindliche und dauerhafte Regeln zu schaffen, in anderen Worten: der Gegensatz von Öffnung

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

und Schließung, ist offensichtlich. Subversion und Recht scheinen nicht zusammenzupassen.

Eine solch absolute Unvereinbarkeit ist jedoch nicht der einzige Weg, das Verhältnis von Radikaldemokratie und Recht zu bestimmen. Im Gegenteil. Recht kann als Ressource für die Entfremdung von und die Kritik an bestehenden Herrschafts- und Repressionsverhältnissen dienen. Dieses bisher unausgeschöpfte subversive Potenzial des Rechts speist sich aus drei Quellen: erstens der *Offenlegung* der Distanz zwischen Anspruch und Wirklichkeit des Rechts in der Gegenwart, zweitens der *Rekonstruktion* vergangenen Rechts und drittens der *Antizipation* zukünftigen Rechts. Ein gut erforschtes Beispiel für erstere Strategie ist ziviler Ungehorsam. Zivil ungehorsame Praktiken brechen auf der einen Seite wissentlich Recht, ihre Illegalität ist konstitutiv. Auf der anderen Seite beanspruchen sie Legitimität gerade mit Bezug auf das Recht, oder besser: auf den „Geist der Gesetze". Die tatsächliche Gestalt des Rechts wird seinem eigentlichen Anspruch gegenübergestellt, der sich entweder an der Auslegung einer ursprünglichen Formulierung orientiert (häufig der Verfassung, wie beispielsweise im US-amerikanischen Kontext) oder sich auf universelle Rechtskonzeptionen wie die Menschenrechte bezieht (beobachtbar in Protesten der Klimabewegung sowie Aktionen der zivilen Seenotrettung). In der Kluft zwischen Anspruch und Wirklichkeit liegt das emanzipatorische Potenzial eines solchen kritischen Bezugs auf das Recht. Das Aufzeigen der nicht eingelösten Versprechen der Demokratie löst eine Distanzierung von der aktuellen Ordnung aus, die mindestens zu einer Überprüfung der Selbstverständlichkeiten führt und transformativ sein kann. Der Bezug auf ein Ideal von Recht, an das real existierende Ausprägungen nicht heranreichen, kann Machtverhältnisse grundlegend verschieben.

Eine bisher weniger reflektierte Variante, Subversion und Recht zusammenzudenken, setzt auf die Konfrontation mit einer radikal anderen Vorstellung von Recht. Um Ressourcen für die-

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

se Strategie zu identifizieren, lohnt es sich, über den liberal verfassten Tellerrand der Gegenwart hinauszublicken und den Entfremdungseffekt vergangener sowie zukünftiger Ordnungen zu nutzen. Die zweite Quelle der Entfremdung, die Rekonstruktion vergangenen Rechts, erfordert, dass sich radikaldemokratische Theoriebildung für globale ideengeschichtliche Forschung öffnet. Über den historischen Erkenntnisgewinn hinaus kann die Auseinandersetzung mit juridischen Institutionen, Rechtssystemen und Gesetzen aus vergangen Zeitperioden auf alternative Formen des möglicherweise demokratischen Zusammenlebens hinweisen, losgelöst von der tatsächlichen Verfasstheit der Gegenwart. Eine Geschichte vergessener Institutionen, insbesondere wenn sie potentiell demokratie-vertiefende Funktionen aktiv ausweist, hat das Potenzial, politische Selbstverständlichkeiten grundlegend zu erschüttern. Die Konfrontation beispielsweise mit dem Solonischen *Stasis*-Gesetz, das politische Rechte an die aktive Teilhabe im öffentlichen Leben insbesondere in Zeiten des Konflikts (genauer: der *Stasis*) bindet, lässt die übliche Konzeption von Bürgerschaft – gebunden an ein Territorium, eine zentrale Gewalt und bestimmte Bevölkerungsgruppe – als nur eine Möglichkeit unter vielen erscheinen. Wer zum *demos* gehört, erscheint im Lichte der historischen Rekonstruktion verschiedenster Definitionen kontingent und veränderbar. Eine systematische Exploration vergangener alternativer Vorstellungen von Recht und die aktive Rückbindung an die Kritik gegenwärtiger Herrschaftsverhältnisse birgt bisher unausgeschöpftes Potenzial für das subversive Projekt der Radikaldemokratie.

Eben solches liegt, drittens, auch in der Erforschung aktueller Praktiken der Präfiguration und des Pre-Enactments, die eine zukünftige emanzipatorische Gestalt des Rechts antizipieren, brach. Insbesondere im Rahmen zivilgesellschaftlich organisierter Gegen-Tribunale, wie dem Tribunal *NSU-Komplex auflösen* oder dem *International Monsanto Tribunal*, werden eine radikal andere Gerechtigkeitsvorstellung und bis dato nichtexistierende Straf-

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tatbestände wie beispielsweise der Ökozid vorweggenommen. Durch die Aneignung des bekannten Formats des Gerichtsverfahrens gehen diese Projekte jedoch über ein rein utopisches Unterfangen hinaus und demonstrieren ihren gegenwartskritischen Anspruch. Die auch qualitativ-empirische Untersuchung solcher Praktiken abseits des politischen Systems in engerem Sinne birgt das Potenzial die jetzige Verfasstheit der gesellschaftlichen Ordnung infrage zu stellen. Sie können subversiv wirken – gerade aufgrund ihres Bezugs auf das Recht.

Der Vorteil ersterer Strategie, der Offenlegung eines nicht eingelösten Gerechtigkeitsversprechens, ist, dass die kritische Stoßrichtung unmittelbar einleuchtet und oft direkte Anwendbarkeit verspricht. Häufig geht es bei zivilem Ungehorsam um konkrete Gesetzesänderungen oder -auslegungen. Diese mögen zwar umfassend sein und doch bewegen sie sich innerhalb des etablierten politischen Gefüges. Der Vorteil der Konfrontations-Strategie sowohl mit vergangenem als auch mit antizipiertem Recht ist das ungleich größere Irritationspotenzial, dessen subversive Wirkung an die grundlegenden Strukturen der liberal-demokratischen Konstitution des politischen Gemeinwesens heranreicht. Solche Forschung muss allerdings – wenn sie sich nicht damit zufriedengibt, ein Kuriositätenkabinett besonders abwegiger juridischen Institutionen, rechtlichen Normen und Gesetzen zusammenzustellen – über das bloße Aufzeigen radikaler Alternativen hinausgehen und den Bezug sowie die Differenz zur bestehenden Ordnung möglichst konkret ausbuchstabieren. Nur dann kann sie das Irritationspotenzial radikal anderer Rechtsvorstellungen nutzen.

Eingesetzt als Quelle der Entfremdung kann Recht also subversiv sein. Es hat nicht nur einen stabilisierenden Effekt auf den Status Quo, sondern wird ebenso zum Zweck seiner Kritik, Erschütterung und Transformation eingesetzt. Insbesondere radikale Demokratietheorie vernachlässigt eine zentrale Ressource zur Irritation der bestehenden Ordnung, wenn sie sich der

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Idee von Ordnung, rechtlichen Normen und juridischen Institutionen gänzlich verschließt. Stattdessen gilt es, durch einen kontrafaktischen Bezug auf das Recht – entweder im Sinne des Aufzeigens der Distanz zwischen Anspruch und Wirklichkeit, der Rekonstruktion vergangener Rechtsverständnisse oder der Antizipation eines radikal anderen Rechts in der Zukunft – einen Entfremdungseffekt auszulösen und dessen kritisches Potenzial auszuschöpfen. Demokratie radikal zu denken, bedeutet dann nicht mehr nur Subversion des Rechts, sondern auch Subversion *durch* Recht.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Part VI: Pluralizing Law / Law's Pluralities – *Die Vielfalt des Rechts*

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Gerlov van Engelenhoven

Law, Justice and the Problem of Universalizability:

The Case of *adat* Law

Introduction

The following is a brief reflection on the Indonesian legal pluralist concept of *adat*, as a point of entry into that which I regard a central topic of the critique of law: the relationship between law and justice. *Adat* is originally an Arabic term meaning "custom" or "habit," and was introduced by Islamic merchants throughout the Indonesian archipelago from the 1200s onward. The term was used as a way to refer to indigenous customs that could not be incorporated into Islamic law. Therefore, rather than referring to a particular system of laws, *adat* denoted Islamic law's indeterminate opposite: that is, the wide variety of indigenous practices which, other than this generalizing label of "custom," remained undefined. The concept's flexibility of definition was an issue of concern for Dutch colonial jurists at the start of the twentieth century, who struggled to codify *adat* and turn it into formal law.

By analyzing this contradictory struggle to define the apparently undefinable, I aim to show that the case of *adat* is an exemplary case for the critique of law, in that it points toward a fundamental problem of law, that is, its relationship to justice. Jacques Derrida (2002) theorizes justice as an "aporia," a vanishing point of law, something that is never here, but is always to come. He bases his ideas on those of Walter Benjamin (1921), who

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

argues that the problem of justice, for law, is that it cannot be universalized. Justice differs between contexts and is, moreover, in the eye of the beholder. Following the work of Greta Olson (2022), an additional argument is that justice is often more a matter of *legality* than it is of law, that is, more of affect than of reason. Justice and injustice are often *felt* rather than understood or decided. Through my analysis of *adat*'s resistance to universalization, I will develop my argument that the critique of law is the attempt to understand law not in its universal, but in its situational and affective dimensions.

Vollenhoven's Dilemma

The jurist Cornelis van Vollenhoven (1847–1933) was the central force behind Dutch legal scholarship's interest in *adat* at the turn of the twentieth century. At the time, the consensus was that *adat*'s apparent incoherence was a reason to discredit the phenomenon as irrelevant to Dutch law. The premise of the critique was that *adat* as such did not exist, but was a negating term, describing disparate phenomena in terms of what they were not.[1] Vollenhoven started disputing this premise from 1901 onward, when he established the chair of Adat Law at Leiden University. From this position, Vollenhoven and his students, collectively known as the Adat Law School, advocated a pluralistic system of law in the colony, where *adat* and European law would be applied together. Their plea was heard in 1919, when the government adopted a pluralistic approach to colonial law. Article 75 of the government regulation for the colony of that year stated that *adat* should even take precedence over European law in deciding local matters, whenever possible.[2]

1 Burns (1989).
2 Fasseur (2007).

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

However, the project of pluralizing colonial law gave rise to immediate practical problems. The central problem was that of codification. In order to incorporate *adat* into colonial jurisdiction, it had to be translated into an applicable system that would be comprehensible to Dutch legislators. This task was near impossible because of the way in which *adat*'s meanings and functions were entirely negotiable and situational. Vollenhoven himself admitted frequently in his writings that there is no "sharp and rigid line" that "separates legal usage from other popular usage" of the term. In fact, the borderline is "so vague that it is often difficult, and sometimes impossible, to distinguish the one from the other."[3] *Adat* was associated with customs in the widest sense possible, from hospitality rules toward outsiders to questions of guilt and retribution, and everything in between, but differently in each locale, and in each instance researched.

Therefore, codifying *adat* was a contradictory project to the extent that it implied universalizing a non-universalizable phenomenon. Vollenhoven's dilemma was between codifying *adat* and thereby destroying its flexibility, or retaining its flexibility by not codifying it. The first option would turn *adat* into Western law, and would thus defeat the purpose of plurality. The second option would leave things as they were, with *adat* and Western law existing parallel to one another without productive interaction. This would also defeat the purpose of plurality.

Controversy

Despite the contradictory premise of his project, Vollenhoven worked on the codification and the general comprehension of *adat* in all its forms until his death in 1933. His reputation at the time was controversial. Government officials frequently received

3 Vollenhoven (1906), 5.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

polemic open letters from him, in which he attacked new legislation which they had introduced in the colony. His publications often took on the tone of manifestos, asking for procedures of massive proportions as a way to attempt the impossible: fix *adat* while retaining its flexibility. For example, he suggested to repeal each *adat* codification automatically after a decade or so, in order to respect the changeable nature of the phenomenon in native society.[4] In other words, the only way to codify *adat*, was to start over entirely every few years.

These and similar unusual requests gave him the reputation of a hopeless romantic.[5] One common interpretation of Vollenhoven's legacy is as a self-fulfilling prophecy: *adat law* as a Dutch invention, the forceful integration of practiced custom into written code, turning *adat* into something it was not, namely law.[6] What was invoked as *adat* law by the colonial courts was often far removed from *adat* as practiced in local communities.[7]

Adat as Multiplicity

To me, the biggest issue in translating Vollenhoven's epic project into formal law is that the central question is shifted in the process. Colonial courts of the early twentieth century attempting to incorporate *adat* law into their practice, were interested in the question of essence, that is, of *what?* What is *adat*? What is it supposed to be or do, or dictate? However, Vollenhoven's question was never *what is adat*? It was always *who is doing adat, under which circumstances and for which purposes?* Vollenhoven's acknowledgment of adat's negotiable and situational character

4 Fasseur (2007), 58; Bräuchler (2010), 20.
5 Benda-Beckmann (2011).
6 Jaspan (1965).
7 Benda-Beckmann (2011).

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

resembles the Deleuzian idea of *multiplicity*. This concept "designates a domain where the Idea, of its own accord, is much closer to the accident than to the abstract essence, and can only be determined with the questions who? how? how much? where and when?"[8]

Vollenhoven's work was very much in line with the idea of *adat* as an accident rather than an essence. His understanding of *adat* was as something that only made sense in concrete contexts. For it to work, it had to be invented on the spot by officials endowed with the right to do so by their community.[9] Such practice fundamentally clashed with the idea of colonial courts chaired by Dutch jurists trying to distill abstract, universal principles from these contextual, singular events.

Law and Justice as Multiplicity

As mentioned at the start of this paper, the problem that *adat* posed for Dutch law is thus very similar to the problem which, in critical legal theory, the concept of justice poses for Western law. "Laws require universality", argues Werner Hamacher (1991). "Justice, however, consists essentially in being adjusted to suit situations." Therefore, "just ends always apply to one singular situation alone," which is why "only singular laws may be regarded as just."[10] In other words, justice could thus be seen as a multiplicity too, much like *adat*. The appropriate questions to ask about justice would than not be *what is (in)justice*, but *whose (in)justice is this*; *under which circumstances does it exist and for how long*; *why is it pursued*; and so on. Such questions acknowledge justice's

8 Deleuze (1967), 92.
9 Fitzpatrick (1997).
10 Hamacher (1991), 1144–1145.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

affective dimension.[11] They acknowledge that justice and injustice are not only in the eye of the beholder, they are in the gut of the undergoer.

Stathis Gourgouris (1997) goes a step further and argues that law itself cannot be universalized, that law is always situational and singular, and only works as a society-wide system because people *pretend* that it can be universalized: "This impossible passage from the personal to the universal" is the moment "of the subject fictionalizing itself as a legal entity."[12] What this means is that for society to function, law's universalizability must be forcefully willed into existence, often despite evidence to the contrary. For example, in Vollenhoven's time, Dutch jurists understood Western law as universally applicable. Yet clearly it was not very applicable in the colonies. Nevertheless, that did not stop colonial jurists from applying their law there. Vollenhoven may have been a rare case of a colonial jurist attempting to move Western law closer to local custom, rather than local custom closer to Western law.

Adat and the Critique of Law

Since Indonesian independence, in 1949, *adat* has followed a long and multifaceted trajectory. It was instrumentalized as a tool for oppressive nationalism by the Suharto regime (1967–1998). It was used as the flagship of regional diversity by several Indonesian human rights organizations during the Reformation Era (1998 onward). It has even become a cultural identity marker for Indonesian diasporic communities in the Netherlands from the mid-twentieth century onward.[13] Despite many attempts at codification and instrumentalization, *adat* has always remained elusory,

11 Olson (2022).
12 Gourgouris (1997), 144–145.
13 Engelenhoven (2021).

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

appearing in new legal and social contexts in whichever form *feels right*.

These insights about *adat* can be used as a way to reflect on law as such, too. Like *adat*, law itself is also not static and it is not universal. Instead, its logic is always based in the needs of whoever is shaping it in a particular time and place, for better or worse. To me, the critique of law is the pursuit of law's limits. It is the ongoing reflection on law's successes and shortcomings, in order to improve it and bring it closer to the needs of a given society. To critique law is thus to approach it as multiplicity, and in context. It is not to explore what it is or what it should be, but to explore who is shaping it, who is executing it on behalf of whom, and in defiance of whom, for which reasons and under which circumstances. Finally, it is to become receptive of law's affective dimensions: what does law do to people and how? What do people want from law and why?

Literature

Benda-Beckmann, Franz and Keebet von Benda-Beckmann (2011). "Myths and stereotypes about adat law: a reassessment of Van Vollenhoven in the light of current struggles over adat law in Indonesia." *Bijdragen tot de Taal-, Land- en Volkenkunde* 167.2 – 3: 167–95.

Benjamin, Walter (1996[1921]). "The Critique of Violence." *Selected Writings: Volume 1, 1913–1926*. Ed. Marcus Bullock, and Michael W. Jennings. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press. 236–253.

Bräuchler, Birgit (2015). *The Cultural Dimension of Peace: Decentralization and Reconciliation in Indonesia*. London: Palgrave Macmillan.

Burns, Peter (1989). "The Myth of Adat." *Journal of Legal Pluralism* 28: 1–127.

Deleuze, Gilles (1967). "The Method of Dramatisation." *Bulletin de la Société française de Philosophie* LXII: 89–118.

Derrida, Jacques (2002). "Force of Law: The 'Mystical Foundation of Authority'." *Deconstruction and the Possiblity of Justice*. Ed. Drucilla Cornell, Michel Rosenfeld, and David Gray Carlson. London: Routledge. 3–68.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Engelenhoven, Gerlov van (2021). "From Indigenous Customary Law to Diasporic Cultural Heritage: Reappropriations of Adat Throughout the History of Moluccan Postcolonial Migration." *International Journal for the Semiotics of Law* 34: 695–721.

Fasseur, Cees (2007). "Colonial dilemma: Van Vollenhoven and the struggle between adat law and Western law in Indonesia." *The Revival of Tradition in Indonesian Politics: The deployment of adat from colonialism to indigenism*. Ed. Jamie S. Davidson, and David Henley. London: Routledge. 50–67.

Fitzpatrick, Daniel (1997). "Disputes and Pluralism in Modern Indonesian Land Law." *Yale Journal of International Law* 22.1: 171–212.

Gourgouris, Stathis (1997). "Enlightenment and *Paranomia*." *Violence, Identity and Self-Determination*. Ed. Hent de Vries and Samuel Weber. Redwood City: Stanford University Press. 119–49.

Hamacher, Werner (1991). "Affortative, Strike" *Cardozo Law Review* 13.4: 1133–57,

Jaspan, Mervyn Aubrey (1965). "In quest of new law: the perplexity of legal syncretism in Indonesia." *Comparative Studies in Society and History* 7.3: 252–266.

Olson, Greta (2022). *From Law and Literature to Legality and Affect*. Oxford: Oxford University Press.

Vollenhoven, Cornelis van (1981). "Adat, Adat Law, Native Law." 1906. *Van Vollenhoven on Indonesian Adat Law*. Ed. J.F. Holleman. Berlin; Heidelberg: Springer Science+Business Media. 1–6.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Frans-Willem Korsten

Towards an Ecological Legal Culture?

Law's Incapacity to Critically Reconfigure Itself

For anyone following current developments, whether in scholarly circles or in relation to 'the news,' it is evident on a daily basis that no national judiciary or legal system is effectively targeting, let alone correcting, ecological crimes. The same, or worse, holds true for international law. Although the number of laws aimed at protecting 'nature' grows, and more and more natural entities are afforded rights – with entities ranging from animals to rivers, mountains, and regions — ecological destruction has intensified and is widening in scope. Even while restricting myself in what follows to Dutch and Flemish cases as one example of European jurisprudence, the number of yearly cases is difficult to archive.

Cases like the following should be addressed by the judiciary. Dutch farms, that are financially backed or outright owned by a small number of agricultural concerns, have managed to poison much of Dutch soil, which, biologically speaking, is now nigh dead. Since this soil borders on interconnected waterways across the country, only 4 % of Dutch waters are now considered to be healthy. Consequently, The Dutch Compendium for the Environment calculates that biodiversity in the Netherlands is currently at only 15 % of its expected level. Still, this environmental degradation has been met by no substantial legal opposition. Even in instances of environmental degradation that is attributable to specific actors, there has been no effective legal response. In the fair cities of Dordrecht and Antwerp, two factories operating

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

under the names Chemours (formerly DuPont) and 3M (formerly the Minnesota Mining and Manufacturing Company) managed to severely contaminate vast territories and waters – including entire Dutch and Flemish provinces – with per- and polyfluoroalkyl substances (PFAS). Yet the culpable parties have faced no prosecution. Even successful court cases such as the independent grassroots organization Urgenda's multiple lawsuits against the Dutch state between 2015 and 2019, have had little effect. In December 2019, the Dutch Supreme Court ruled that by 2020 the Dutch state had to reduce its CO2 emissions by 25 % below 1990 levels. Thanks to Covid, this target was in fact reached. This isolated legal success, which pertains only to *annual* CO2 emissions, obscures the larger problem of total CO2 accumulation in the atmosphere – which is steadily growing.

Instead of considering ecological crimes in terms of the judiciary's failure to prosecute despite being equipped to do so, I propose that the regional and planetary scale of ecological criminality can only be rendered comprehensible if we acknowledge that existing legal systems are incapable of addressing ecological injustice. These systems were flawed from the outset and have expanded their jurisdiction on the basis of incorrect principles and inadequate practices. To show that this is the case, I briefly describe what is necessary to construct a judiciary that can adequately punish ecological criminals and correct ecological injustices. I then show the difficulty of realizing an alternative from within existing legal frameworks.

I take as my guide here Scott Veitch's *Obligations: New Trajectories in Law* (2022). In this fundamental study, Veitch argues that, since the Enlightenment, legal thinking and practice have come to be dominated by rights discourse, of which human rights are the most prominent. Both historically and conceptually, however, obligations are primary. Yet here is the pivotal issue. In themselves, obligations mean little if they are not embedded in or enforced by a collectively shared culture, understood as what

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Raymond Williams called a "structure of feeling." If a people, for instance, feel obliged to treat animals justly, their culture will determine whether such an obligation also governs the treatment of animals that do not happen to have two eyes, or decide on whether certain animals are sacrosanct (i.e., pets) while others can be slaughtered for commercial purposes (i.e., most other animals). The requirement in Dutch law that cattle must be sedated (ironically, with CO2) before slaughter is embedded in a specific culture, as is the practice of rendering animals unconscious through electrical stunning in halal slaughter. Culture equally underpins the fact that in the Netherlands cattle who have grazed together in meadows are brought to the slaughterhouse at the same time, a practice that makes the animals easier to handle.

In the end, a critical ecological reconfiguration of law would require a full-scale reconfiguration of the legal culture it takes place in, as a structure of feeling. One could, of course, pose the question of whether critique per se is capable of such an endeavor. It is not. It may be equally clear that without critique an alternative legal culture is simply unimaginable.

I. A Shift from a Rights-Dominated Approach to an Obligations-Centered Approach

In 2021, Dutch legal scholars Laura Burgers and Jessica den Outer published *Rights of Nature: Case Studies from Six Continents*, a compendium showing that granting of legal rights to natural entities has become a global phenomenon. The expansion of legal rights documented in *Rights of Nature* provokes the question of what might *limit* this endeavor. Practically speaking, it is easy to see how expanding rights primarily serves to expand the workloads of the judiciary and law firms. These expansions will no doubt reinforce each other in an inflationary dynamic, generating an increase in legal cases that will complicate the already vexed

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

relationship between the judiciary and the executive or state governments. Conceptually speaking, meanwhile, the absurdity of this rights-dominated approach is that it turns entities into legal persons with rights but without obligations. Further, when a river is granted rights, this is ostensibly to protect it against abuse. One could just as much ask whether the air surrounding one's neighborhood should also be made a legal person to protect it against vehicle emissions and neighborhood residents' open hearths. The issue of what limits the volume of air, or the exact size of the neighborhood, cannot be a problem here; law is good at drawing arbitrary lines.

Instead of creating more and more legal absurdities, it makes more sense to recall Ockham's razor and consider human obligations (of all legal subjects and persons) as the basis of legal thinking, practices, and attitudes. Giving rights to a mountain to protect it against pollution is a complex substitute for imposing a simple obligation: that people should not pollute.

II. A Reconsideration of Organized Irresponsibility in Its Intrinsic Relation to Organized Responsibility

The vast majority of ecological crimes go unaddressed due to what can be called "organized irresponsibility." In a 2007 study called *Law and Irresponsibility: On the Legitimation of Human Suffering*, Veitch looked at this problem in the colonial context. As the subtitle suggests, the primarily issue is the consequences for *people* of colonial law's irresponsibility. Yet if we consider the full consequences of the colonial endeavor for the environment and for nature, the scale of law's "organized irresponsibility" becomes mind-boggling. In this context, we must always ask how the organization of irresponsibility can be critically assessed by means of its intrinsic relationship to organized responsibility. Let me emphasize that a reconsideration of this intrinsic relationship

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

does not imply that humans have to be the caretakers of the world. In an ecological context, responsibility means precisely saying farewell to the caretaker fantasy that is, at least within the parameters of existing legal systems, intrinsically patriarchal.

III. A Shift from an Isolated Case-Based Approach to a Relational Chain-Based Approach

Kimberlé Crenshaw coined the concept of intersectionality to challenge the law's habit of isolating cases relating to racial and gender-based discrimination and dealing with these forms of discrimination as if they were separate. Crenshaw looked at two specific cases in which black women brought their employer to court, but judges were not able to connect discrimination based on gender and discrimination based on color, let alone that they were able to take seriously the combination of the two. Analogously, the need for a logic of intersectionality in the ecological context is urgent. To give just one example, consider a Dutch company called OCI N.V., a producer of ammonia, fertilizer, and melamine. The company came to exist following the acquisition of DSM Agro and DSM Melamine, both subsidiaries of the Dutch State Mines (DSM) corporation, by the Egyptian corporation Orascom Construction Industries. In 2015, Orascom Construction Industries was split up, with its construction arm legally listed with Nasdaq Dubai and its fertilizer and chemical arm listed with Euronext Amsterdam as OCI N.V. Since then, OCI N.V. has taken over BioMCN, a producer of methanol, and has initiated a joint venture with the Abu Dhabi National Oil Company (ADNOC) under the name of Fertiglobe to become a global player in the fertilizer market. Tracing this corporate lineage demonstrates how legal responsibilities are displaced over time and distributed across different products. What appears to be one legal entity is in fact many, and a number of legal persons can be shown to be implicated in ecological chains of impact.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Fertilizer is produced by combining methane (found in natural gas) with CO2. This process also creates wastewater, which, in the Netherlands, is discharged into the rivers that supply the country with drinking water. Dutch farmers, almost all of whom use fertilizer, are well aware that rain rinses off up to 90 % of this fertilizer from the soil into waterways. From the perspective of ecological chains of influence, OCI N.V. is, in short, a disaster. Under current law, however, none of this company's activities are seen as being linked to one another. Time and again, the courts have adjudged potentially destructive behavior on the basis of isolated elements and situations, which may explain why a Dutch judge recently decided that OCI N.V. could continue to discharge wastewater in the Meuse River. The judge did not look at chains of linked relations and consequences.

IV. A Substantial Redefinition of Basic Concepts Regarding Nature

This is how soil (*bodem*) is defined in Article 1 of the Dutch *Soil Protection Act*, which was taken up in the new *Environmental Act* (*Omgevingswet*) on 1 January 2024:

"The solid part of the earth with the fluid and gasiform parts and organisms therein."[1]

This definition does not sound complicated unless we compare it with the definition of soil as *grond* (earth/ground). This second definition emerged after the Dutch minister of Housing, Planning, and Environment decided in 2002 that a uniform definition of ground was needed, because the term was defined differently in various laws. The result:

1 Article 1 of the Soil Protection Act, Rijkswaterstaat, Netherland 2013, accessible at https://wetten.overheid.nl/BWBR0003994/2022-05-01#HoofdstukI_Artikel1.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

> Ground: solid material that consists of mineral parts with a maximum grain size of 2 millimeter and organic substance in a proportion and with a structure *such as* is found by nature in the soil, plus shells and gravel as they occur by nature in the soil with a grain size ranging from 2 to 63 millimeter, not being dredge spoil. (my emphasis)

Here, the phrase "such as" hides a conscious and shrewd choice by the responsible experts who coined the definition. If someone assumed that ground, by this definition, can be found in the soil, they would be disappointed to read a state report that explains: "So, there is no ground (*grond*) in the soil (*bodem*)." This 2002 definition explains why, juridically speaking, there is nothing alive in the soil: there are no "organisms" in soil when it is defined as *grond*. This is just one example of how legal definitions facilitate the instrumental use of natural entities and materials. Advancing an ecological legal culture will then require that all definitions be given critical reconsideration and related to one another.

V. A Collective Feeling for Law Based on Relationships Instead of Order

The historiography of European law is clear about the dominant role that Roman law has played in its development. And the historiography of Roman law is clear about its origin in private law, based on the *domus*, with the *pater familias* ruling his household and keeping it in good order. In this case, the Latin *domus* is the equivalent of the Greek *oikos*, which we recognize in both *economy* and *ecology*. Bearing this in mind, there is every reason to be critical of the fact that the term "household" underpins conceptualizations of the *economy* and of *ecology*. The fact that we speak so self-evidently about natural phenomena in terms of *ecology* implies that we somehow cling to the study of the natural environment as a *household*. If it remains a formidable task to unlink Western legal systems from their origins in ideas about

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

how a household is kept in good order by the father, it is an equally daunting challenge to not think about the planet and the natural environment as a human-centered household that must be kept in good order through the law.

The very architecture of Western law and jurisprudence generates a nearly limitless inflation of jurisdiction, which is intrinsically linked to an ever-expanding *domus*: from private to public, from urban to state, from state to globe. To address this inflation – and to work towards an alternative legal culture that lets justice be done to everything that exists and lives on this planet – is more than a matter of critically restructuring existing legal systems. So far, ecologically speaking, contemporary law has proven to be incapable of critically reinventing itself. What is required is a completely different form of what the German legal scholar Rudolf von Jhering called "*Rechtsgefühl*." In *Über die Entstehung des Rechtsgefühles* (1884), Jhering makes clear that in the end a people's feeling for law and justice is a matter of culture, which is not understood as a national culture but as a "structure of feeling." With respect to the independent existence, organic and inorganic, of entities on this planet, the current definitions of *domus* and "order" can no longer be the dominant categories through which affect is mobilized. Instead, the dominant categories should be relationality and planetarity.

In this context, the question is whether law can critique its own *domus*. So far, law has shunned away from this critique.

Literature

Burgers, Laura and Jessica den Outer (2021). *Rights of Nature: Case Studies from Six Continents*, accessible at https://www.embassyofthenorthsea.com/projecten/1993/.

Jhering, Rudolf von (1988[1884]). "Über die Entstehung des Rechtsgefühles." *Rechtsphilosophie oder Rechtstheorie?* Ed. Gerd Roellecke. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 53–76.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Soil Protection Act (2024). "Soil Protection Act. Article 1." Overheid.nl Law Bank, 1 January 2024. Web. <https://wetten.overheid.nl/BWBR0003994/2022-05-01#HoofdstukI_Artikel1> (01 Aug. 2025).

Veitch, Scott (2007). *Law and Irresponsibility: On the Legitimation of Human Suffering*. Abingdon; New York: Routledge-Cavendish.

_____ (2022). *Obligations: New Trajectories in Law*. Oxfordshire: Routledge.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Cheryl Suzack

Countering the Criminalization of Indigenous Land Defenders

Documentary reporting by international human rights bodies that uses source materials such as photographs, interviews, international reports, press releases, and government records share with human rights documentary filmmaking a commitment to the use of visual media and personal narrative to tell the story of Indigenous human rights violations. These sources advance an Indigenous human rights framework in settler-colonial countries by underscoring the significance of the Indigenous voice to understanding human rights abuses. Here I draw particular attention to human rights abuses perpetrated against Indigenous land defenders.

Indigenous land defenders rely on international bodies to monitor the domestic law proceedings that criminalize their land defence practices and tell their story in a way that conveys the precarity of their human rights situation. Through first-hand accounts, these reports disclose the array of state laws and government mechanisms employed against defenders as they strive to enact the Indigenous laws and customary practices that authorize them to govern their unceded territories and to fulfill their "historic legal obligations" by protecting their "social, political, economic, and spiritual institutions."[1] Through their monitoring, international bodies serve notice to states that Indigenous peo-

1 Napoleon (2007).

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ples enact their rights as sovereign nations when they organize in the protection of their homelands using non-violent means. Non-violence is essential to defining the activities of human rights defenders. The definition and scope of their work expresses "the universality of human rights"[2] work and recognizes that this work occurs on behalf of others, thereby affirming these activities as actions that "benefit all of society."[3] State and international protections recognize the risks associated with non-violent action and the vulnerability of persons who, in standing against the violation of human rights, "constitute a direct corporal link between the human rights violations that are taking place and the political action that is being taken to stop them."[4] Not only do land defenders engage in activities that promote and protect a broad spectrum of human rights, they also undertake legitimate forms of opposition to violations that threaten Indigenous law[5] and the human rights' protections to which state parties are obligated.

Visual media in the form of documentary film plays an important role in representing the human costs associated with land defence conflicts. Through the immediacy of portrayals, documentaries bridge the social and political gap that exists between Indigenous peoples who struggle in remote locations and audiences who live far from these sites. By filling the "vacuum"[6] created by the failure of state law to recognize Indigenous peoples' governing authority in locations of "enormous economic" and

2 Fernandez/Patel (2015), 897.
3 UN "Launch."
4 Fernandez/Patel (2015), 906.
5 A report by the Yellowhead Institute concerning the use of injunction applications by Coastal Gaslink applicants demonstrates how Indigenous law is made subsidiary to Canadian law through legal strategies that anonymize, isolate, and disidentify Indigenous land defenders from the sources of their actions within an Indigenous law context. See Yellowhead Institute (2021).
6 Amnesty International (2014), 24.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

"strategic"[7] interest, documentaries afford viewers with the understanding that these sites are areas of human habitation where the state has actively neglected its human rights commitments.[8] By demonstrating the activities associated with enacting sovereign rights and land protection, documentaries convey how Indigenous land defenders overcome divisions that have been brought about by incursions from extractive industries. Land defenders both rebuild and reform laws and lay the groundwork for the ongoing protection of their homelands. One of the most significant achievements of documentary films is to show how, despite the destruction caused by extractive industries, Indigenous lands remain integrated spaces where Indigenous laws, peoples, and lifeways continue to endure.

Wet'suwet'en Opposition to Coastal Gaslink Ltds' Pipeline Construction

Wet'suwet'en land defenders, who opposed the construction of a 670-kilometre pipeline through their ancestral territory, drew international attention to their struggles against police and private security forces when they called upon the United Nations to investigate the militarization, harassment, and criminalization of Wet'suwet'en people: "We … urge relevant UN bodies to conduct a field visit to our territory."[9] Using site visits, interviews, and court records as sources for its report, Amnesty Interna-

7 Torrado (2022), 107.

8 Columbian human rights lawyer Nancy R. Tapias Torrado observes that these areas are not only strategic to government interests and economic sectors, including "mining, renewable energy and agroindustry," but are also places of human habitation that due to their remoteness represent "neglected communities" caused by the state's failure to fulfill its "international human rights obligations" (2022), 107.

9 Submission by Gidimt'en Land Defenders (2022), 5.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tional found that Wet'suwet'en Land Defenders and Hereditary Chiefs had been subject to intimidation, harassment, unlawful surveillance, and arbitrary arrest and detention, "solely for exercising their Indigenous rights and their rights to freedom of expression and peaceful assembly."[10] Investigators noted failures on the part of Coastal Gaslink to obtain the Wet'suwet'en Nation's "collective right" to free, prior, and informed consent, "in violation of the Nation's human rights." They rebuked the company's use of an "overbroad" interlocutory injunction issued by the British Columbia Supreme Court that impeded the Nation's rights to "self-governance," "control of their territories," "freedom of peaceful assembly," and "freedom of movement," in preventing Wet'suwet'en peoples from engaging in uninhibited access to their unceded lands.[11]

The report leverages the authority of international law to affirm the Wet'suwet'en people's struggle through its use of direct accounts and its not reporting in the detached, impersonal style associated with legal neutrality and objectivity. The report's style and content generate a profound sense of discomfort with the appalling treatment to which defenders were subject when arrested by Royal Canadian Mounted Police and taken into custody. I quote directly in the following:

> Only the Indigenous were in shackles, not the media or anybody else. They just had handcuffs. But they had all the Indigenous … in shackles in their underwear appearing in front of the judge.
>
> It was like these SUVs with these steel dog carriers in the back and some people were put in the back seat of the SUV. And then some people were put in the dog cages in the back. … It felt like it was intentional, you know, …like to make an example of the Mohawks.

10 Amnesty International (2023), *Removed* 6.
11 Ibid., 5.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

> I remember there's a big group of [RCMP officers], just talking. And then me and my friend, who is also female, we both looked at the group and then they were pointing at us. And they started making rape jokes. Like rape jokes about us.[12]

At the criminal contempt trial of three Wet'suwet'en land defenders, a member of the Royal Canadian Mounted Police Community-Industry Response Group testified about the behaviour of fellow officers and their "laughing about police violence, mocking arrestees and making derogatory comments about symbols worn by two Indigenous women to honour and remember murdered and missing Indigenous women and girls."[13] Audio tapes confirmed these reports and brought to light recordings of officers "beating an Indigenous arrestee."[14]

The practices detailed in the report exemplify how Indigenous land defenders are shamed, humiliated, and demeaned. Indigenous protectors are clearly targeted through acts of violence that are intended to discourage, dissuade, and weaken their resolve to protect their land.

In describing Wet'suwet'en land defenders' experiences through first-hand accounts, the report permits readers to go "behind the blockades"[15] and act as witnesses to the violations land defenders experience. These accounts invite readers to reflect on the personal impact of conflicts. First-person accounts put a face on human rights' struggles in ways that builds relationships between distant peoples. Such access is vital to understanding the human toll associated with conflicts over Indigenous lands and rights. In furthering our capacity to comprehend the dispute from an Indigenous point of view and to anticipate a future without conflict, land defenders' direct testimony raises uncomfortable

12 Ibid., *Removed* 61, 60, 49.
13 Hosgood (2024).
14 Ibid.
15 Napoleon (2010), 1.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

questions about how Indigenous peoples will live in the aftermath of land-dispute conflicts. How will they restore their lifeways when the disputes end? How will they rebuild relationships that have been broken and desecrated by Indigenous human rights violations?

These questions are central to the goals of Indigenous reconciliation, yet they remain an underexamined area within human rights and post-conflict studies.[16] Reflecting on the repercussions of Indigenous land rights' struggles and the impact these conflicts have on Indigenous communities' attempts to rebuild, Indigenous legal scholar Val Napoleon urges the participation of "many voices" to account for the violations that have occurred and the lives that have been affected. Napoleon writes,

> from the whispers of our grandmothers, to muted voices of despair and to angry shouts across the land. There are no easy answers here, but what is important is to unflinchingly stay within the tensions of the hard politics and with the discomfort they generate.[17]

In the aftermath of these conflicts, when government and industry stakeholders walk away, it is important to understand lingering impacts on the Indigenous community that wreak further discord and damage requiring restoration. It takes time to restore communities and relationships that have been disrupted by these conflicts.

Generating Discomfort by Making Visible 'Invisibilized' Colonial Relations: Documentary Film and Yintah

As a credible source of information gathering, documentary film represents an important tool for exposing the scope of human

16 Nichols/Morales (2023), 1188; Federman/Niezen (2022), 21.
17 Napoleon (2010), 2.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

rights' violations and exploring court and media narratives that exclude the Indigenous point of view about land conflicts. For example, in the wake of reports on the dire human rights situation of land defenders, the United Nations Office of the High Commission called for international support to protect "ordinary men and women" confronting "homicide," "extreme risks" from wide-ranging attempts to "silence their work," and "widespread impunity" by the agents of "mega-projects" who violate their human rights.[18] Human rights lawyer Nancy R. Tapias Torrado characterizes these violations as "silencing practices" that overlook the recognition that "the defense of human rights is a right in itself."[19]

As a response to the challenge posed by silencing practices, producers and directors Jennifer Wickham (Gidimt'en Bear/Wolf Clan, Wet'suwet'en Nation), Brenda Michell (Tsakë ze' K-eltiy of the Unist'ot'en people, Wet'suwet'en Nation), and Michael Toledano (reporter, photographer, and documentarian) released the award-winning documentary, *Yintah*, in March 2024. This feature-length film follows the ten-year struggle of the Wet'suwet'en peoples to protect their land from pipeline trespass by Coastal Gaslink Ltds and other fossil fuel companies. Through the integration of community sources and voices as well as Wet'suwet'en histories, the film models Indigenous human rights obligations that are premised by community consultation and respect for free, prior, and informed consent.

Yintah — meaning "land" — participates in what the producers describe as "de-colonial filmmaking" ("About the Documentary"). Made with the guidance, participation, and authority of Wet'suwet'en clans, hereditary chiefs, and Indigenous land defenders, the film incorporates footage of Indigenous and non-Indigenous direct political actions. The film's de-colonial Indige-

18 U.N. "Launch"; UN "Human Rights Defenders"; Sekaggya (2010); Tzay (2023).

19 Tapias Torrado (2022), 106.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nous standpoint asserts Wet'suwet'en title and governance in the "traditional laws and collective authority of the Wet'suwet'en house groups at the centre of the story" ("About the Documentary"). The storyline focuses on the leadership and activism of two Wet'suwet'en women, *Tsake ze' Howihkat* Freda Huson of the *C'ilhts'ekhyu Clan*, and *Tsake ze' Sleydo'* Molly Wickham of the *Gidimt'en Clan*. By permitting viewers to go "behind the blockades" and have direct access to the ceremonial, political, social, and legal relations that inform and authorize land protection, the film guides the viewer to an understanding of Indigenous law and Wet'suwet'en justice. This form of justice extends beyond the punitive forms of Canadian law to which Indigenous land defenders are made subject. By foregrounding the voices of Wet'suwet'en peoples, the film affords viewers a vision of Indigenous reconciliation premised by the assertion of Indigenous sovereignty and the decolonization of Indigenous history. As Elder and Chief Violet Gellenback notes about the film's impact, "For the first time, it is our own people telling our history" ("About the Documentary Film *Yintah*").

Yintah provides an Indigenous perspective on events in a remote community by documenting and upholding Indigenous human rights in the face of determined acts of aggression against land defenders. Like the voices of Wet'suwet'en peoples, *Yintah* acts as a witness to their struggles. The film participates in the events that occur on the lands and bears witness to the lifeways land defenders are struggling to protect.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Literature

Alec, Frank, Molly Wickham, and Jen Wickham, eds. (2022). "Militarization of Wet'suwet'en Lands and Canada's Ongoing Violations." Gidimt'en Land Defenders, Wet'suwet'en Nation, 7 February 2022.Web. <https://static1.squarespace.com/static/5c51ebf73e2d0957ca117eb5/t/620058664c6ee459921ddd70/1644189799141/Expert+Mechanism+on+the+Rights+of+Indigenous+Peoples+Wet%27suwet%27en+Submission+Jan+2022.pdf> (21 Mar. 2025).

Amnesty International (2024). *Indigenous Peoples' Long Struggle to Defend Their Rights in the Americas*. London: Peter Benenson House. 1–35.

_____ (2023). *Removed From Our Land for Defending It: Criminalization, Intimidation and Harassment of Wet'suwet'en Land Defenders*. London: Peter Benenson House. 1-93.

Federman, Sarah, and Ronald Niezen (2022). "Narrative in the Aftermath of Mass Atrocity." *Narratives of Mass Atrocity: Victims and Perpetrators in the Aftermath*. Ed. Sarah Federman, and Ronald Niezen. Cambridge: Cambridge U.P. 1–33.

Fernandez, Luis E. E., and Champa Patel (2015). "Towards Developing a Critical and Ethical Approach for Better Recognizing and Protecting Human Rights Defenders." *International Journal of Human Rights* 19.7: 896–907.

Hosgood, Amanda F. (2024). "Audio Reveals RCMP Officers Laughed about Beating a Land Defender." *The Tyee*. 19 Jan. 2024. Web. <https://thetyee.ca/News/2024/01/19/RCMP-Officers-Laughed-Beating-Land-Defender/> (21 Mar. 2025).

Napoleon, Val (2010). "Behind the Blockades." *Indigenous Law Journal* 9.1: 1–14.

_____ (2009). "Thinking About Indigenous Legal Orders." Research Paper for the National Centre for First Nations Governance, 18 Jun. 2007. Web. <https://fngovernance.org/wp-content/uploads/2020/09/val_napoleon.pdf> (21 Mar. 2025).

Nash, Kate (2022). "Beyond Suffering, Towards Justice? Human Rights Films and the Critique of Humanitarian Culture." *Human Rights Quarterly* 44: 784–805.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Sekaggya, Margaret (2010). "Report of the Special Rapporteur on the Situation of Human Rights Defenders." United Nations General Assembly, Human Rights Council, 16th Session, 20 Dec. 2010, 1–21. Web. <https://digitallibrary.un.org/record/719453?ln=en&v=pdf> (21 Mar. 2025).

Tzay, Jose F. C. (2023). "Visit to Canada: Report of the Special Rapporteur on the Rights of Indigenous Peoples." United Nations General Assembly Human Rights Council, 54th Session, 24 Jul. 2023, 1–21. Web. <https://digitallibrary.un.org/record/4018291?ln=en&v=pdf> (21 Mar. 2025).

Torrado, Nancy R. T. (2022). "Indigenous Women Leading the Defense of Human Rights from Abuses Related to Mega-Projects: Impacting Corporate Behavior—Overcoming Silencing Practices." *Revue Quebecois De Droits Internationale*: 105–120.

United Nations (2019). "Human Rights Defenders Operating in Conflict and Post-Conflict Situations: Report of the Special Rapporteur on the Situation of Human Rights Defenders." United Nations General Assembly Human Rights Council, 43rd Session, 30 Dec. 2019, 1–21. Web. <https://digitallibrary.un.org/record/3863959?v=%5B%27pdf%27%5D&ln=fr> (21 Mar. 2025).

United Nations (2017). "Launch of the Joint Action Mechanism to Contribute to Protection of Human Rights Defenders in the Americas." *United Nations*. 25 Oct. 2017. Web. <https://www.ohchr.org/en/statements/2017/10/launch-joint-action-mechanism-contribute-protection-human-rights-defenders> (21 Mar. 2025).

Yellowhead Institute (2021). *An Analysis of Coastal Gaslink's Notice of Application for Injunction*. Web. <https://yellowheadinstitute.org/wp-content/uploads/2021/08/coastal-gaslink-injunction-analysis.pdf> (21 Mar. 2025).

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Eva Maria Bredler

Wie ist es, ein Affe zu sein?

> Hohe Herren von der Akademie! Sie erweisen mir die Ehre, mich aufzufordern, der Akademie einen Bericht über mein äffisches Vorleben einzureichen.[1]

Mit diesen Worten beginnt Rotpeter in Kafkas „Ein Bericht für eine Akademie" von 1917 zu schildern, wie er vom Affen zum Menschen wurde.

Knapp hundert Jahre später, 2016, wird Cecilia, eine Schimpansin im Zoo von Mendoza, von einem argentinischen Gericht als Rechtsperson anerkannt.[2] Wie Rotpeter wurde sie vom Affen zur Person, von „res" zur „persona".

Die Grenze zwischen Ding und Person war immer eine verschwommene, die sich von beiden Seiten überschreiten lässt. Das Recht produziert nicht nur nichtmenschliche Personen, sondern auch menschliche Nichtpersonen. So wurden keine hundert Jahre vor Kafkas „Bericht" Sklaven zu Tieren gemacht. 1858 erklärte etwa der Supreme Court des US-amerikanischen Bundesstaates Virginia in *Bailey v. Poindexter* das Testament eines Sklavenhalters für nichtig. Mit dem Testament wollte dieser seinen Sklaven ermöglichen, nach seinem Tod die Freiheit zu wählen. Doch das Gericht befand: Wie Hunde seien auch Sklaven unfähig, rechtswirksam zu handeln. Wenn ein „well-trained and sagacious dog" seinem Besitzer eine Portion Fleisch vom Metzger bringe, sei dies

1 Kafka (1917).

2 Tercer Juzgado de Garantías, Mendoza, 3.11.2016, Az. P-72.254/15.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

keine zivilrechtliche Handlung – Sklaven könnten deshalb ebenso wenig zivilrechtlich wirksam handeln.[3]

Auch heute begegnen uns menschliche Nichtpersonen im Recht: In der US-Militärbasis in Guantánamo, Kuba, werden Menschen weiterhin inhaftiert und gefoltert, ohne Anklage und Prozess, in einem rechtsfreien Raum. Murat Kurnaz, gebürtiger Bremer, 2001 in Pakistan festgenommen und über vier Jahre ohne Anklage in Guantánamo inhaftiert, kämpfte sich in einem langjährigen Prozess seine Menschlichkeit zurück. Er berichtet vor seiner Akademie, dem Ausschuss der UN-Antifolterkonvention:

> „Mir wurde meine Menschlichkeit genommen, ich wurde wie ein Tier behandelt, vom Rest der Welt isoliert, und wusste nicht ob ich je freigelassen würde."[4]

Das Recht eröffnet rechtsfreie Räume, „legal black holes"[5] wie Itamar Mann sie nennt, auch auf hoher See: Geflüchtete ertrinken, weil Staaten sich ihrer Verantwortung zur Seenotrettung entziehen, schutzsuchende Menschen offen zurückdrängen oder Seenotrettung aktiv verhindern.

Dass Menschsein nicht vor unmenschlicher Behandlung schützt, wusste auch Rotpeter. Jeden kitzle das Affentum, jeder könne wieder vom Menschen zum Affen werden, von einer Person zur Nichtperson, zu einem rechtlichen Ding, das keinen Schutz verdient:

> Ihr Affentum, meine Herren, sofern Sie etwas Derartiges hinter sich haben, kann Ihnen nicht ferner sein als mir das meine. An der Ferse aber kitzelt es jeden, der hier auf Erden geht: den kleinen Schimpansen wie den großen Achilles.[6]

---

3 *Bailey v. Poindexter's Ex'r*, 55 Va. 132, (Va. 1858). Lesenswert Dayan (2011), 214.
4 Center for Constitutional Rights (2014) (Übersetzung durch die Autorin).
5 Mann (2018), 347.
6 Kafka (1917).

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Rotpeter wurde allerdings nicht freiwillig zum Menschen. Eine „Jagdexpedition der Firma Hagenbeck" schoss an „der Goldküste" auf ihn, daraufhin erwachte er „in einem Käfig im Zwischendeck des Hagenbeckschen Dampfers", „zum erstenmal in meinem Leben ohne Ausweg". Ein schwarzes Loch. Er entschied sich, ein Mensch zu werden, weil er darin seinen einzigen Ausweg sah „– nun, so hörte ich auf, Affe zu sein."

Wie aber wurde Rotpeter zum Menschen? – oder: Wie wird man zur Rechtsperson?[7] Für Kant liegt die Unterscheidung zwischen res und persona in der Fähigkeit autonomen Handelns, die er mit der Fähigkeit zu moralischem Handeln gleichsetzt. Bei Kafka ist es die Fähigkeit, rauchen und trinken und sprechen zu können.

> Was für ein Sieg dann allerdings […], als ich eines Abends vor großem Zuschauerkreis […] eine vor meinem Käfig versehentlich stehen gelassene Schnapsflasche ergriff, unter steigender Aufmerksamkeit der Gesellschaft sie schulgerecht entkorkte, an den Mund setzte und nun ohne Zögern, ohne Mundverziehen, als Trinker von Fach, mit rund gewälzten Augen, schwappender Kehle, wirklich und wahrhaftig leer trank, nicht mehr als Verzweifelter, sondern als Künstler sie hinwarf, zwar vergaß den Bauch zu streichen, dafür aber, weil ich nicht anders konnte, weil es mich drängte, weil mir die Sinne rauschten, kurz und gut: ‚Halloh!' ausrief, in Menschenlaut ausbrach, mit diesem Ruf in die Menschengemeinschaft sprang.[8]

Das argentinische Gericht findet für die Schimpansin Cecilia einen Mittelweg zwischen Kant und Kafka:

> The human being is a person, a legal person, since he is flesh and bones, is born, suffers and dies, drinks and plays and sleeps and thinks and loves. Most animals and specifically the great apes, are

7 Fischer-Lescano (2018), 4 ff.
8 Kafka (1917).

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

> also flesh and bones, they are born, suffer, drink, play, sleep, have abstraction capacity, love, are gregarious, etc.

Die Anforderungen an Rechtspersönlichkeit sind gewillkürte Ausschlussmechanismen. Sie spiegeln vergangene und gegenwärtige soziale Hierarchien und verfestigen sie so für die Zukunft. Es ist kein Zufall, dass sich marginalisierte Personen wie Frauen, Schwarze oder behinderte Menschen die Anerkennung als Rechtsperson erst erkämpfen mussten – und dass Hagenbeck nicht nur Tiere in Käfige steckte, sondern auch „exotische" Menschen gefangen nahm und in seinen Völkerschauen Ende des 19. Jahrhunderts ausstellte. Ketten und Käfige gibt es für Menschen wie Tiere. Das heißt aber auch: Freiheit für die einen kann Freiheit für die anderen bedeuten – nichtmenschliche Personen können menschliche Nichtpersonen befreien.

So retteten Grüne Leguane 2008 Guantánamo-Häftlinge aus Kuwait. Den Inhaftierten wurde von US-Gerichten rechtliches Gehör verweigert, die Gerichte zeichneten sich nicht zuständig für die Militärbasis auf Kuba und lehnten einen Habeas-corpus-Antrag ab. Doch ihr Anwalt Thomas Wilner trug vor, dass der US-amerikanische Endangered Species Act Grüne Leguane auf Guantánamo Bay schützt. Als die US-Bundesregierung darauf bestand, dass sich die Inhaftierten nicht auf US-Recht berufen könnten, entgegnete Supreme Court Justice David Souter: "What do you mean? Even the iguanas at Guantánamo are protected by U.S. law", und das Gericht ließ das Verfahren zu.[9]

Durch diese Form von *inter species* Solidarität könnten sich auch die schwarzen Löcher der Rechtlosigkeit auf hoher See schließen: Im Juni 2023 beschlossen die UN-Mitgliedstaaten nach fast 20 Jahre andauernden Verhandlungen das Hochseeabkommen. Dieses Abkommen erlaubt es innerhalb des Seerechtsübereinkommens UNCLOS auf hoher See Meeresschutzgebiete einzu-

9 Center for Constitutional Rights (2014), 48, siehe auch Bridle (2022), 296.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

richten. Sollen vom Aussterben bedrohte Haie Rechte haben, aber Personen in Seenot rechtlos sein?

Diese rechtliche *inter species* Solidarität hat jedoch Leistungsgrenzen. Rechte zuzuschreiben stellt nicht das System in Frage, das den Rechtsschutz überhaupt erst erforderlich macht, das Ausbeutung ermöglicht und zugleich rechtfertigt. Auch Rotpeter weiß, dass Rechtspersönlichkeit letztlich eine Fiktion ist, „an sich vielleicht gar nichts":

> Durch eine Anstrengung, die sich bisher auf der Erde nicht wiederholt hat, habe ich die Durchschnittsbildung eines Europäers erreicht. Das wäre an sich vielleicht gar nichts, ist aber insofern doch etwas, als es mir aus dem Käfig half und mir diesen besonderen Ausweg, diesen Menschenausweg verschaffte. […] Ich hatte keinen anderen Weg, immer vorausgesetzt, daß nicht die Freiheit zu wählen war.[10]

Mit Freiheit meint Rotpeter „nicht dieses große Gefühl der Freiheit nach allen Seiten", keine positive Freiheit, sondern nur negative Freiheit als Freiheit vom Käfig. Diesen „Menschenausweg" gab es nur zum Preis der Angleichung – Rotpeter musste nicht nur Mensch werden, sondern die „Durchschnittsbildung eines Europäers" erreichen, um von der – in den Worten Kafkas – „zivilisierten Welt" anerkannt zu werden. Wie Ratna Kapur in „Freedom in a Fishbowl" analysiert, gewähren Menschenrechte Freiheit nur zum Preis der (gleichen) Freiheit.[11] Einerseits erfordern Rechtskämpfe, sich der hegemonialen normativen Ordnung anzupassen, vom Anderen zur Norm zu werden, vom Affen zum zivilisierten Durchschnittseuropäer. Zugleich erschöpfen sich staatliche Menschenrechtsmaßnahmen oft genug in *biopolitics* und *carceral politics*; darin, (andere) Menschen zu disziplinieren und strafrechtlich in Ketten zu legen.

10 Kafka (1917).
11 Kapur (2018).

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Der US-amerikanische Professor und Poet Joshua Bennett plädiert stattdessen für „another, more radical form of sociality, one grounded in the desire for a world without cages or chains“[12], eine Welt ohne Käfige und Ketten, auch ohne Kapurs „fishbowl“.

Wie könnte eine solche Welt aussehen? Bennett nennt das Tier im Anschluss an John Berger ein „Versprechen“. Das Versprechen liege in der Vision eines Rechtssubjekts, das nicht in der Logik von Privateigentum und Unterdrückung wurzele, sondern in „wildness, flight, brotherhood and sisterhood beyond blood.“[13] Denn Freiheit von Ketten und Käfigen ist noch kein Zuhause. Statt Tiere oder andere Entitäten der Menschenrechtsakademie vorzuführen und zu fragen „Inwiefern ist ‚es‘ wie ‚wir‘?“ muss es darum gehen, zuzuhören: Wie ist es, ein Affe zu sein? Rotpeter ist nicht vor die Akademie getreten, um Recht zu bekommen, ein „Urteil“, sondern um seine Geschichte zu teilen und gehört zu werden:

> „Im übrigen [sic] will ich keines Menschen Urteil; ich will nur Kenntnisse verbreiten; ich berichte nur; auch Ihnen, hohe Herren von der Akademie, habe ich nur berichtet.“[14]

Auch das argentinische Gericht bezweifelt das Potenzial der Menschenrechte und formuliert die Zweifel mit einem Zitat von Edgardo Ignacio Saux, einem argentinischen Professor für Zivilrecht:

> The personification of animals, isn't it precisely to put man in the center of the world and rise him as owner of nature? Isn't it a narcissist illusion? Why can't we think that to respect them means leaving them in peace as much as we can and avoid unnecessary cruelty against them instead of making them involuntary actors in the theater of Human Law?[15]

12 Bennett (2020), 3.
13 Bennett (2020), 4.
14 Kafka (1917).
15 Saux (2016), 29.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Es reicht nicht, in das Ensemble des Menschenrechtstheaters neue (unfreiwillige) Akteure aufzunehmen und unbeirrt von der Welt draußen das gleiche Stück aufzuführen, ein Abbild der Welt. Vielmehr braucht es eine andere Sensibilität, eine Ethik der Verantwortung, die die vierte Wand des Menschenrechtstheaters durchbricht und die Ursachen- und Entstehungskontexte rechtlicher Konflikte ausleuchtet. Ein solches „ethical relating, within or between species" ist, wie Donna Haraway schreibt, „knit from the silk-strong thread of ongoing alertness to otherness-in-relation."[16] Darin liegt das Potenzial von relationalen und posthumanistischen (Rechts)Theorien.[17] Radikal andere Beziehungen sind möglich. Das könnte Kafkas Hoffnung vor hundert Jahren gewesen sein, und diese Hoffnung teile ich mit der Richterin María Alejandra Mauricio vom argentinischen Gericht in Mendoza:

> I understand that in the present case the collective good and value is embodied in the wellbeing of Cecilia, a member of the 'community' of individuals of our zoo. This because Cecilia is part of the natural patrimony […], but also her relation with the human community – in my opinion – makes her part of the cultural patrimony of the community. […] Cecilia's present situation moves us. […] If we take care of her wellbeing, it is not Cecilia who will owe us; it is us who will have to thank her for giving us the opportunity to grow as a group and to feel a little more human.[18]

Literatur

Bennett, Joshua (2020), Being Property Once Myself, Cambridge, MA: Harvard University Press.

Bridle, James (2022), Ways of Being, London: Penguin Books.

16 Haraway (2003), 50.

17 Überblick bei Grear (2021).

18 Tercer Juzgado de Garantías, Mendoza, 3.11.2016, Az. P-72.254/15, https://www.nonhumanrights.org/wp-content/uploads/2016/12/Chimpanzee-Cecilia_translation-FINAL-for-website.pdf, 14 f.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Center for Constitutional Rights (2014), Former Guantanamo Detainee Addresses UN Committee Against Torture to Ask for U.S. Accountability and Closure of Prison, https://ccrjustice.org/home/press-center/press-releases/former-guantanamo-detainee-addresses-un-committee-against-torture (03.01.2024).

Columbia Center for Oral History, Columbia University, The Rule Of Law Oral History Project (2010), The Reminiscences of Thomas B. Wilner, http://www.columbia.edu/cu/libraries/inside/ccoh_assets/ccoh_8626509_transcript.pdf (03.01.2024).

Dayan, Colin (2011), The Law is a White Dog: How Legal Rituals Make and Unmake Persons, Princeton, NJ: Princeton University Press.

Fischer-Lescano, Andreas (2018), Natur als Rechtsperson, in: Zeitschrift für Umweltrecht 29, 205–217.

Grear, Anna/Boulot, Emille/Vargas-Roncancio, Iván Darío/Sterlin, Joshua (Hg.) (2021), Posthuman Legalities: New Materialism and Law beyond the Human, Cheltenham, UK: Edward Elgar.

Haraway, Donna (2003), Endangered Species Manifesto, Chicago: Prickly Paradigm Press.

Kafka, Franz (1917), Ein Bericht für eine Akademie, in: Projekt Gutenberg-DE, https://www.projekt-gutenberg.org/kafka/erzaehlg/chap002.html (03.01.2024).

Kapur, Ratna (2018), Gender, Alterity and Human Rights: Freedom in a Fishbowl, Cheltenham, UK; Northampton, MA, USA: Edward Elgar Publishing.

Mann, Itamar (2018), Maritime Legal Black Holes: Migration and Rightlessness in International Law, in: European Journal of International Law 29.2, 347–372.

Edgardo Ignacio (2016), Personificación de los animales. Debate necesario sobre el alcance de categorías jurídicas, in: La Ley 64, 2–5.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Part VII: Reconstructing Law Through Alternative Sources – *Rekonstruktion des Rechts durch alternative Quellen*

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Tim Wihl

Der Kampf mit dem Recht

Es gibt keine juristische Gesellschaftskritik ohne Kampf mit dem Recht. Das gilt im doppelt-doppelten Sinne. Der Kampf mit Hilfe des Rechts ist auch einer gegen das Recht; und der Kampf gegen das Recht kommt nicht ohne den Kampf mit Hilfe des Rechts aus.

Wer das Recht anwendet, ringt mit dessen Fehlern. Er hat einen *inneren* Kampf mit sich selbst auszutragen, weil die ihm angesonnene Distanz die Fähigkeit zur Liebe einschränkt. Nicht aus aufrechter Sorge um das Wohl der Beteiligten soll er handeln, sondern Interessen (als Anwältin) verfolgen oder (richterlich) schlichten, statt die immer wieder aufblitzenden oder gar allgegenwärtigen Leidenschaften ernst zu nehmen.

Und doch ist ungewiss, ob das Recht nicht längst auch ein Ort für Nächstenliebe geworden ist oder zumindest absehbar geworden sein wird. Es stellt sich die Frage, inwiefern das Recht in seiner gegenwärtigen Ausprägung eine dialektische Synthese von Gerechtigkeit und Liebe zu verwirklichen erlaubt oder sogar gebietet. Und daran schließt sich das Rätsel an, was damit gewonnen wäre, außer eine kognitiv-emotionale Dissonanz der Rechtsanwendenden zu mildern. Soll derart auch das Recht zum neuen, gar „hyperpolitischen" Austragungsort eines „sozialen Radikalismus" der Gemeinschaftssuche werden, statt ein Ethos der Distanz und Rollenakzeptanz (Helmuth Plessner) zu begünstigen?

Vielleicht verhält es sich aber so, dass das Recht „immer schon" darauf angelegt ist, dem Anderen in einem anspruchsvollen Sinn ganz horizontal *gerecht zu werden*, statt ihm nur eine

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Gerechtigkeit von oben *widerfahren* zu lassen. Vielleicht wäre der Befund anzunehmen, dass das geschriebene oder bisher judizierte Recht *nie ganz passt* und die Lösung von Fällen gerade darin besteht, mit der Einfühlung in die Besonderheit der Situation erst einmal zu beginnen und so die Gerechtigkeit in ihrer Distanznahme stets schon hinter sich zu lassen. Das von Gustav Radbruch eingeforderte „schlechte Gewissen" aller Strafrichter:innen wäre dann ein verallgemeinerbares Postulat, das durch die Tatsache, dass im Strafverfahren ganz anders als im Zivilprozess eine Motivforschung von Amts wegen stattfindet, noch nicht abgegolten ist. Denn das Bewusstsein von der eigenen Fehlbarkeit bei der Gesamteinschätzung einer Situation müsste notwendig ubiquitär sein.

Das ist weder ein Ausdruck der Defizite der Rechtsform in der beherrschenden Ausprägung als subjektive Rechte, mit Effekten von Atomisierung, Subjektivierung oder Zwang, noch des „Juridismus", sprich: einer inhaltlichen Austrocknung des politisch-sozialen Konfliktaustrags durch autoritär reklamierte Rechtspositionen. Es handelt sich hier um ein vom Form-Inhalt-Komplex verschiedenes Problem jeder Rechtsanwendung in Gestalt einer sozialen *Praxis*, einer Realisation des Rechts als sichtbare und unsichtbare Institution.

Das in der Verarbeitung als Rechtsfall Verlorene wäre erst wieder einzufangen, auch im „Passend-Machen" des Falls (Sabine Müller-Mall), bei dem ein Bewusstsein von dem, was fehlt, als untilgbarer Rest bleibt. Diese Verlusteinsicht erhöht sich tendenziell in der Rechtsentwicklung – als „Materialisierung" im Privatrecht, als Schuldgrundsatz im Strafrecht, dann aber auch im von individuellen Menschen- und Grundrechten dirigierten und seit je herrschafts-, zunehmend auch machtsensiblen öffentlichen Recht; also: allgemein. Denn zunächst regt sich das schlechte Gewissen, dass etwas übersehen wird, im Fall stabil-institutioneller Rollen, ja Herrschaftsstrukturen, dann aber auch bei vorinstitutionell-instabilen, intersektionalen Machtstrukturen.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Führt eine solche Rechtsanwendung mit schlechtem Gewissen, die die „Situation" einzuholen gedenkt, notwendig zu Willkür? Zunächst einmal wäre „gleiche Berücksichtigung und nicht Distanziertheit an sich"[1] Ausdruck eines Willens zu Multiperspektivität und Pluriversalität. Ein Bemühen um tiefes Verstehen von Parteiperspektiven ist gerade nicht mit einer Identifikation zu verwechseln, schon gar nicht mit einem Wunsch nach Einheit oder Vereinigung, wie er die Liebe sonst kennzeichnet. Statt aber die Einzelnen als vereinzelte Instanzen von Universalien zu sehen,[2] darf das Abstandnehmen nur eine Methode unter vielen sein, um „gleiche Berücksichtigung" zu erreichen.[3] Das Ziel der Rechtsanwendung besteht also nicht in der Distanznahme oder Objektivierung, sondern in universaler, totaler Subjektivierung. Auch die Herrschaft des Gesetzes muss sich um das Multiversum bemühen, sonst gerät sie von der „Herrschaft des Rechts" auf den Abweg der „Herrschaft durch das Recht". In letzterer muss die Richterin blind sein, in ersterer spielt sie eine konstitutive Rolle bei der Herstellung des Gesetzes *gemeinsam mit* den Parteien. Das „Telos" der Richterin sollte demnach göttliche Gerechtigkeit sein, also ideale Gerechtigkeit[4] (mithin Liebe); sie sollte sich nicht von vornherein an einem Leitbild der „nicht-idealen Gerechtigkeit" eines Liberalismus des kleineren Übels orientieren: „Die menschliche Gesellschaft kann und sollte Rechtsinstitute entwickeln, die – zumindest bis zu einem gewissen Punkt – persönliche subjektive Orientierungen berücksichtigen oder sie sich sogar zueigen machen."[5]

Ein eindrückliches, paradigmatisches Beispiel bildet das Scheitern der antidiskriminierungsrechtlichen, vermeintlich universalistischen Strategie von *colorblindness*. Daraus konnte man

1 Fullmer (2019), 23–36, 24.
2 Ebd., 29.
3 Ebd., 31.
4 Ebd., 34.
5 Ebd., 35.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

lernen, dass eine *Berücksichtigung* von verschiedenen Bevölkerungsgruppen ohne Willkür möglich und nötig ist.[6] Es ist folglich das Interpersonale als das Zwischenglied von Einzelnen zur Institution nicht zu überspringen, sondern mit dem (institutionellen) Tertium der Gerechtigkeit zu verbinden, als liebende Gerechtigkeit. Das Recht würde als Praxis auf diese Weise ein weniger institutionell-staatliches, dafür aber gesellschaftlicheres, horizontaleres Recht. Die Justiz wäre eine Gewalt der zivilen Gesellschaft, unabhängiger vom Staat.

Die Dialektik von Solidarität-Liebe und Gleichheit unter Fremden, nicht zufällig beide Losungen der modernen Revolution, bildet sich in der juristischen Praxis ab. Das Recht ist dann unerfüllt, solange es nicht in den Menschenrechten ganz und gar aufgehoben ist. Diese bilden das moderne Medium der Liebe im Recht, ein einziges großes und in der Regel unerfülltes, aber unaufgebbares Versprechen.

Die Rechtspraxis ist die Einheit von psychologischer Einheit und Distanzierung, indem sie das Beste für (mindestens) zwei Parteien zu suchen aufgerufen ist. Sie versteht sich daher auch durch die Brille einer *Neuen Politischen Theologie* des Rechts trefflich selbst, nicht dagegen durch die alte Politische Theologie des Ausnahmezustands einer Aussetzung des Rechts. Im Zentrum steht der Gott, der liebt und *nur dadurch* herrscht. In den Worten von Ingolf U. Dalferth: „Ich werde auf genau dieselbe Weise als ein Du gesehen, wie der Andere als ein Du gesehen wird: nicht indem ich ihn meiner Konstruktion seiner selbst unterwerfe, sondern indem ich ihn und mich in Kontrast zu dem sehe, der uns als das konstruiert, was wir wahrhaftig sind: Nachbarn Gottes."[7]

Der Kampf mit dem Recht hat auch eine *äußere* Seite des Widerstands. Hier widersteht nicht das schlechte Gewissen der Rechtsanwendenden der Regelmechanik, sondern es konkretisiert

6 Ebd.
7 Dalferth (2019), 71.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sich im Protest die begriffliche Nähe von Liebe – nicht Gerechtigkeit – und Revolution, eine spezifisch moderne politische Ästhetik des Rechts. Die „wilde Demokratie" sucht sich ihr eigenes Recht, das umfassender, holistisch aufhebt, mit Menschenrechten als Form der Gerechtigkeit und Substanz der Liebe im Recht. Gegen die neue „Staatsphobie" (Nikita Dhawan) wäre zu fragen: *Wie viele kämpferische Demokrat:innen gibt es eigentlich unter gegenwärtigen Verhältnissen der Subjektivierung? Wie kann das Recht Demokratisierung unterstützen, ermöglichen (also nicht nur Ordnungen verteidigen)?*

Der doppelt-doppelte Kampf mit dem Recht mündet radikaler-modern im *postautonomen Recht*. Das Recht folgt in dieser Bewegung der Kunst und anderen Gesellschaftssphären. Darin drückt sich keine Krise, sondern eine Vertiefung der Moderne aus, durch die ein Holismus der Beziehungen und Beziehungsweisen (Fraternitäten, Solidaritäten) endlich ansatzweise sichtbar wird. Das Recht bildet indes seit jeher kein abgeschlossenes Determinationsverhältnis, sondern weist eine notwendige Verbindung zu Staat und/oder Ideologie auf. Jede Prognostik kommt in ihm an ihre Grenzen, insoweit seine Urteile und Entscheidungen nicht *allein* durch die rechtlichen Vorgaben selbst festgelegt sein können.

Wieviel Autonomie wäre jedoch zu verteidigen? Wenn insbesondere moralische Ideologie an die Stelle der juristischen träte, wäre schließlich nichts gewonnen.

Gleiche und vollständige Berücksichtigung als Ideal liebender Gerechtigkeit, die nur selbstreflexiv, also auch nach innen holistisch gelingen kann, ist allerdings von Moral – und umso mehr von Vergebung – klar zu unterscheiden. Man hat sich auf das Recht *geeinigt*. Seine liebende Gerechtigkeit umfassender Berücksichtigung transformiert moderne Subjektivitäten durch das Prisma der demokratischen, idealerweise holistischen Würde. Das erzeugt Begleiteffekte wie ein gelegentliches Aufbäumen der ine-

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

galitären Würdemodelle (um den Status herum) gegen die Vertiefung und den damit einhergehenden pluriversalistischen Gestaltwandel der Moderne. Die Welt der Kommunikation ohne Regeln – antiemanzipatorische Dystopien der „Befreiung" von Wahrheit, Gesellschaft und „Sklavenmoral" – als 1960er-Utopie der Tech-Pioniere (aber nicht von Habermas, der tendenziell herrschaftliches Recht durch soziales Recht ablösen möchte) bezeugt eine gegenwärtige rechtsutopische Alternative zwischen einem autoritären Libertarismus und dem sozialistischen Liberalismus oder liberalen Sozialismus ziviler Kollektive. Die gewaltsame Trennung der Gerechtigkeit von ihrer liebenden Substanz, die mit der ersten Variante einherginge, zerstörte die Gerechtigkeit selber. Schreitet Recht nämlich nicht mehr mit holistischem Fluchtpunkt – oder besser: im Multiversum – voran, etwa zu der Berechtigung auch „der Natur", wird die „Zeit der Monster" (Antonio Gramsci) nicht vergehen. *Soyez réalistes, demandez l´impossible!* ist auch das Motto des (postautonomen) Rechts.

Literatur

Fullmer, Everett (2019), Love, Justice, and Divine Simplicity, in: Dalferth, Ingolf U./Kimball, Trevor (Hg.), Love and Justice, Tübingen: Mohr Siebeck, 23–36.

Dalferth, Ingolf U. (2019), Kierkegaard on True Love, in: Dalferth, Ingolf U./Kimball, Trevor (Hg.), Love and Justice, Tübingen: Mohr Siebeck, 55–71.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Almas Khan

Metacritique and Black Lives Matter Judicial Opinions

At the height of the Black Lives Matter movement in summer 2020, U.S. district court judge Carlton W. Reeves upended judicial opinion conventions in *Jamison v. McClendon*, a case about an African American plaintiff's right to proceed with a lawsuit against a white police officer who conducted a prolonged stop. Judge Reeves opened the opinion with an elegiac catalogue of incidents involving African Americans slain by police, incorporated the plaintiff's perspective into the analysis, criticized governing law on qualified immunity in light of post-Civil War legal history, and expressly referenced the Black Lives Matter movement. Although Judge Reeves felt bound to apply inequitable doctrine in rejecting most of the plaintiff's claims, his "majority dissent" received national media coverage for its formal and substantive audacity.

Judge Reeves's opinion epitomizes a trend in U.S. jurisprudence during the Black Lives Matter era beginning in 2013, with judges using the genre of the judicial opinion not solely to explain and apply the law, but to engage in metacritique. The opinions are a key site to consider how criteria traditionally used to deem judicial opinions canonical have constituted the form as a white space. Black Lives Matter opinions challenge assumptions about the judicial opinion as an authoritative, insular, and impersonal form reinforcing an oppressive status quo. By "breaking the fourth wall" through formal innovations, the opinions collectively instigate readers to re-envision legal epistemology, drawing on insights

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

from critical legal research and other disciplines; the foundations of the U.S. common law system; the purposes of judicial opinions as a quintessential legal genre; and legal education's role in molding future lawyers and shaping the law. Interdisciplinarity has been integral to Black Lives Matter opinions, which commonly cite African American literature, apply insights from narratology, and present inclusive histories. Through tapping into Black intellectual traditions, the opinions embody Black experiences and speak to an audience beyond elite legal circles. As social movement lawyering's influence has extended to the judicial opinion, the form has been democratized to promote racial equality.

African American Literature as a Source of Legal Critique

Literary allusions have a long vintage in U.S. judicial opinions, with purposes ranging from providing a rhetorical flourish to buttressing an argument by appealing to popular authority. White male authors like William Shakespeare and George Orwell have been cited most frequently. Based on a review of fictional allusions in federal circuit court opinions, M. Todd Henderson observes "that "[j]udges primarily cite to novels for concepts about their world, not the world of the criminal, the marginalized, or the less fortunate."[1] Indeed, literary allusions intended to engender sympathy for African Americans have been deliberately excluded from opinions. For example, in *Fisher v. United States* (1946), a Supreme Court case involving an African American defendant who appealed a death sentence for murdering a white woman, Justice Stanley Reed wrote a letter that chided dissenting Justice Felix Frankfurter for potentially inflaming racial tensions. In a draft opinion, Justice Frankfurter had cited Richard Wright's *Native Son* (1940) and *Black Boy* (1945); however, the allusions

1 Henderson (2008), 177.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

are absent from the published dissent. Wright intriguingly used legal records from *Fisher* for his short story "The Man Who Killed a Shadow" (1946), echoing Justice Frankfurter's critique of the majority opinion.

The story of *Fisher*'s afterlife reflects Kenji Yoshino's assertion: "Banished from law as a polluted discourse, literature keeps surfacing in the wake of its enforced departure."[2] Justice Sonia Sotomayor's dissent in *Utah v. Strieff* (2016), a case about the exclusionary rule's scope in the context of the Fourth Amendment's prohibition of "unreasonable searches and seizures," has become acclaimed as a Black Lives Matter opinion in part because of its citation of African American literature. The dissent employs the second person several times and references African American texts in discussing "the talk" parents of color give their children to prevent police brutality. Justice Sotomayor cites W. E. B. Du Bois's *The Souls of Black Folk* (1903), James Baldwin's *The Fire Next Time* (1963), and Ta-Nehisi Coates's *Between the World and Me* (2015). The dissent concludes that the majority opinion "implies that you are not a citizen of a democracy but the subject of a carceral state, just waiting to be cataloged."[3]

Other opinions, such as Virginia Judge David Bernhard's opinion in *Commonwealth v. Shipp* (2020), quote from African American literature to vivify lived experiences. In *Shipp*, Judge Bernhard ruled that an African American defendant's fair trial rights could be compromised by a courtroom display that featured primarily white judges. Judge Bernhard quoted Anthony Ray Hinton's memoir *The Sun Does Shine: How I Found Life, Freedom, and Justice* (2019), particularly Hinton's recollection of "a sea of white faces" on courtroom walls that led him to feel "like an uninvited guest in a rich man's library" while on trial for

2 Yoshino (2005), 1839.
3 *Utah v. Strieff* (2016), 254.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

capital murder.[4] In expanding sources considered legitimate for legal critique, Black Lives Matter opinions broaden perspectives represented in a form that has historically privileged white voices.

Narratives of Racial Surveillance from African American Perspectives

During the antebellum and Jim Crow eras, cases like *Dred Scott v. Sandford* (1857) and *Plessy v. Ferguson* (1896) exemplified the omission of African American perspectives from judicial opinions, with "the people," as referenced in the Constitution's preamble, being defined largely as white people. In *Plessy*, for instance, the Supreme Court upheld separate-but-equal laws on the premise that state legislatures were "at liberty to act with reference to the established usages, customs, and traditions of the people, and with a view to the promotion of their comfort."[5] More recently, interpretive methods like originalism have tended to venerate white "founding fathers" and views of the white public preserved in historical records.

Contrastingly, Black Lives Matter opinions center African American perspectives, notably during "living while Black" incidents in which the official response to seemingly innocuous conduct has caused harm spanning from emotional trauma to death. The federal circuit court's opinion in *Estate of Jones v. City of Martinsburg* (2020), which involved an African American family suing police officers and a municipality for excessive force, juxtaposes narratives of the encounter that led to Wayne Jones's death. While the defendants "portray[ed] Jones as a fleeing, armed suspect," the opinion notes that he was an unhoused man who suf-

4 Hinton (2019), 7.

5 *Plessy v. Ferguson* (1896), 550.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

fered from schizophrenia and only had "a small knife" on him.[6] Moreover, his minor violation of walking on a street, as opposed to in a sidewalk, precipitated the events that culminated in his tragic killing. The opinion recasts the facts from Jones's point-of-view: "What we see is a scared man who is confused about what he did wrong, and an officer that does nothing to alleviate that man's fears. *That* is the broader context in which five officers took Jones's life."[7] Righteous outrage concludes the opinion, with the court denying the officers qualified immunity, as they were expected to act "with respect for the dignity and worth of black lives."[8] The court castigates racist policing practices but envisions its opinion as performing reparative work by humanizing Jones and permitting a grieving family's lawsuit to continue.

While not citing critical race theorists' scholarship on counter-narrativity, the opinion demonstrates how shifting perspectives can reshape the law conceptually and on-the-ground. The use of literary techniques also results in opinions that resonate more with the public, including people of color for whom judicial depictions of race can be epistemologically violent.

Histories of White Supremacist Terrorism and the Long Civil Rights Movement

Recent years have witnessed the U.S. judiciary's growing turn to history in constitutional interpretation, but critical legal history remains marginalized. For example, in *Northeast Ohio Coalition for the Homeless v. Husted* (2016), a federal circuit court upheld restrictive voting laws over a poignant dissent by the late Judge Damon J. Keith. The majority claimed to "deeply respect" the

6 *Estate of Jones v. City of Martinsburg* (2020), 670, 671.
7 Ibid., 671.
8 Ibid., 673.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dissent's graphic history of civil rights revolution martyrs but held that standards "embodied" in the Constitution and Voting Rights Act were outcome determinative.[9]

Black Lives Matter opinions embody people, as opposed to legal abstractions, and *Harness v. Watson* (2022) is another voting rights case in which a federal circuit court dismissed the dissent's appeal to history. The majority upheld the Mississippi Constitution's felony disfranchisement provision despite conceding that the provision was originally enacted to disenfranchise African American voters, reasoning that a subsequent re-enactment of the provision during the civil rights revolution — when the state violently opposed desegregation — removed the initial racist taint. Dissenting Judge James E. Graves, Jr., refuted this account by explaining how "life for Black Mississippians in this era was little better than it had been for their grandparents in 1890."[10] Judge Graves then strikingly turned to the first person in describing his own experiences growing up in Jim Crow Mississippi and later being haunted by the specter of the state flag (which had a Confederate emblem until recently) in his chambers.

The dissent transforms the judicial opinion into a counter-archive of intertwined personal and public histories. Judge Graves links his fate with that of the plaintiffs; after recounting his life history, he declares: "[Roy] Harness and [Kamal] Karriem are Black Mississippians who are disenfranchised and deprived of a right that is the cornerstone of our democracy."[11] The collective pronoun "our" includes readers, who are led to ponder whether a state in which almost a third of African American men are disenfranchised can be meaningfully termed a democracy.

9 *Northeast Ohio Coalition for the Homeless v. Husted* (2016), 638.
10 *Harness v. Watson* (2022), 325.
11 Ibid. (342).

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

***

Through revolutionizing an apex form in common law jurisdictions like the U.S., Black Lives Matter opinions spark reflections on how legal knowledge is produced and whose voices are represented in legal and political systems. The opinions' importance is magnified at a time when states are enacting laws that seek to stifle public conversations about the country's fraught history and inequitable present. As Fran Ansley argues:

> A canon will always to some degree represent the victor's story, the version of national events and ideas most flattering to the powerful and most stabilizing for the status quo. But repressed narratives and 'dangerous opposites' always remain in the canon as well, and they can provide alternative sources of inspiration and understanding.[12]

Literature

Ansley, Fran (2000). "Recognizing Race in the American Legal Canon." *Legal Canons*. Ed. J. M. Balkin, and Sanford Levinson. New York: N.Y.U. Press, 238–265.

Henderson, M. Todd (2008). "Citing Fiction." *Green Bag 2d* 11: 171–85.

Hinton, Anthony R. (2019). *The Sun Does Shine: How I Found Life, Freedom, and Justice*. New York: St. Martin's Press.

Yoshino, Kenji (2005). "The City and the Poet." *Yale Law Journal* 114.8: 1835–96.

Cases and Legislation

Commonwealth v. Shipp, Case No. FE-2020–8 (Va. Cir. Ct. Dec. 20, 2020) (opinion letter). Web. <https://www.fairfaxcounty.gov/circuit/sites/circuit/files/assets/documents/pdf/opinions/fe-2020-8-cw-v-terrance-shipp-jr.pdf> (21 Mar. 2025).

Dred Scott v. Sandford, 60 U.S. 393 (1857).

12 Ansley (2000), 258.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Fisher v. United States, 328 U.S. 463 (1946).

Harness v. Watson, 47 F.4th 296 (5th Cir. 2022) (en banc).

Jamison v. McClendon, 476 F. Supp. 3d 386 (S.D. Miss. 2020).

Northeast Ohio Coalition for the Homeless v. Husted, 837 F.3d 612 (6th Cir. 2016).

Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537 (1896).

Utah v. Strieff, 579 U.S. 232 (2016).

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Karina Theurer

Epistemologische Dekolonisierung – die Überwindung von Eurozentrismus und kolonialem Rassismus als wesentlicher Bestandteil von Reparationen im deutsch-namibischen Versöhnungsprozess

Die deutsche Regierung war im Jahr 2015 die erste weltweit, die sich als Vertreterin einer ehemaligen Kolonialmacht bereit erklärte, in Verhandlungen über die Aufarbeitung der eigenen Kolonialvergangenheit einzutreten. Auch die Regierung unter SPD, Grünen und FDP bekannte sich in ihrem Koalitionsvertrag im Dezember 2021 zum Abschluss eines Versöhnungsabkommens mit Namibia. Weltweit nehmen politische Forderungen nach Reparationen für den transatlantischen Sklavenhandel und für Kolonialverbrechen zu. Die Rolle des Völkerrechts bei der formaljuristischen Legitimierung des Kolonialismus und bei der Verschleierung der kolonialen Gewalt wird von Vertreter*innen der Third World Approaches to International Law (TWAIL) und von Rechtstheoretiker*innen mit postkolonialer oder dekolonialer Perspektive nachgezeichnet und beschrieben. Eine Schlüsselrolle spielt dabei die Überwindung von Eurozentrismus und kolonialem Rassismus. Just die als „naturgegeben" (und somit als außerhalb des historisch kontingenten Rechts liegend) sozial konstruierte rassistische Abwertung von Menschen aufgrund ihrer Hautfarbe diente – vermittelt über die Unterscheidung zwischen „zivilisierten" und „nichtzivilisierten" Menschen – dazu, politische Entitäten außerhalb Europas aus dem Kreis der Rechts-

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

subjekte des neu entstehenden Völkerrechts auszuschließen, und deren Bevölkerungen möglichst rechtlos zu stellen.[1] Mit diesem Ausschluss als Rechtssubjekte einher ging die versuchte Auslöschung ihrer unterschiedlichen Lebensweisen und Gesellschaftsformen. Eurozentrismus führt bis heute dazu, dass viele dieser eigentlich historisch kontingenten Wissensbestände, die während des Kolonialismus weltweit aufoktroyiert wurden bis heute durch Recht reproduziert werden. Beispiele sind Vergeschlechtlichung als wesentlicher gesellschaftlicher Ordnungsfaktor oder die Kommodifizierung praktisch aller materiellen und immateriellen Güter als Bestandteil einer kapitalistischen Lebens- und Produktionsform.

Immer stärker werden die Stimmen, die den universalen Geltungsanspruch des heutigen internationalen Rechts wegen seiner kolonialen Verstrickungen in Frage stellen. Immer weniger sind Positionen vertretbar, die eurozentristisch sind. Dieser Veränderungsdruck führt auch zu diskursiven Verschiebungen in der deutschen Rechtswissenschaft: Der „Geburtsfehler"[2] des internationalen Rechts wird anerkannt und auch die Notwendigkeit, die daraus resultierende strukturelle Exklusion zu überwinden[3]. Sehen wir Recht als Spiegel von Machtverhältnissen, so zeugen die gegenwärtigen Verschiebungen von der Emergenz einer globalen multipolaren Weltordnung.

Fraglich ist, ob das internationale Recht trotz seiner kolonialen Verstrickungen und trotz des bisher noch bestehenden Eurozentrismus so weiterentwickelt werden kann, dass es „andere" Perspektiven und Erwartungen aufnehmen kann. Und vielleicht zu einer Regelungsordnung werden kann, die mehr substanzielle

1 Ausführlich zum namibischen Kontext Theurer (2023), 1146 ff.
2 Kämmerer (2016), 245.
3 Etwa Kämmerer (2016), 239–247; Barskanmaz (2008), 296–302; Fischer-Lescano (2022), 339–367; Gutmann/Hanschmann (2022), 45–66; Zabel (2023), 131–161; Theurer/Kaleck (2020), 11–56.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Gleichheit gewährt und die Einhegung kapitalistischer Ausbeutung ermöglicht. Oder zumindest Konsensfindung für kleinste gemeinsame Nenner in einem globalen Pluriversum eröffnet.[4] Für den Bereich der Menschenrechte hat Makau Mutua das Bild eines Korbes geprägt, in dem die bisher aus einer europäischen Tradition entwickelten bürgerlichen und politischen Individualrechte durch kollektive Menschenrechte ergänzt und wirtschaftliche, soziale und kulturelle Menschenrechte deutlich gestärkt werden müssen. Interessanterweise will sich Mutua dabei nicht auf Staaten als Völkerrechtssubjekte verlassen, sondern plädiert für gesellschaftliche Bottom-up-Rechtsetzungsprozesse.[5] Über die genuin post-/dekoloniale Perspektive hinaus, ermöglicht sein Ansatz deshalb, Wissensbestände und Recht als historisch kontingent wahrzunehmen. Und in einem zweiten Schritt in möglichst breite gesellschaftliche und rechtspolitische Debatten einzusteigen, in denen es darum geht, wie Menschen weltweit zusammenleben möchten und von welchen Rechtsnormen sie dabei geleitet werden möchten.

Weil die rechtlichen Auseinandersetzungen um die Aufarbeitung der Kolonialverbrechen in Namibia und die Frage von Reparationen – sozusagen mit Blick auf eng begrenzte rechtliche Fragen – beispielhaft stehen für die dekoloniale Kritik am Eurozentrismus und aber auch für die Chance, internationales Recht hin zu mehr Inklusion zu verändern, möchte ich eine dieser Schlüsselfragen im Folgenden kurz umreißen:

4 Zum Pluriversum Fischer-Lescano (2020), 22–32.
5 Mutua (2019).

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Der Grundsatz der Intertemporalität als Dreh- und Angelpunkt der Überwindung des Eurozentrismus im Kontext der Aufarbeitung von Kolonialverbrechen

Eine Schlüsselrolle bei der Reproduktion des Eurozentrismus und des kolonialen Rassismus sowie bei der möglichen Überwindung der beiden spielt der Grundsatz der Intertemporalität. Der Grundsatz ist an sich neutral und dient der Rechtssicherheit. Sein erstes Element besagt, dass immer dann, wenn aus heutiger Perspektive eine Situation juristisch beurteilt werden muss, die Jahre oder Jahrzehnte zurück liegt, das zum damaligen Zeitpunkt geltende Recht zugrunde gelegt werden muss. Sein zweites Element ist in der Literatur umstritten und besagt unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des Internationalen Gerichtshofs (IGH) und nach überzeugender Meinung Wheatleys, dass ein einmal entstandenes Recht sich auch an der weiteren Rechtsentwicklung messen lassen muss.[6]

Im konkreten Fall der Reparationsforderungen im deutsch-namibischen Kontext geht es darum, ob und inwiefern die zum Beginn des 20. Jahrhunderts geltenden Rechtsnormen den Ovaherero, Nama, Damara und San Schutz gewährten. Die derzeit noch vom Auswärtigen Amt vertretene Auslegung des Grundsatzes der Intertemporalität geht davon aus, dass alle in der damaligen Kolonie Deutsch-Südwestafrika lebenden Menschen nach damaliger herrschender Meinung zu den „unzivilisierten" Völkern gehörten. Und dass sie deshalb völkerrechtliche Verträge nicht unterzeichnen konnten, die ihnen Schutz hätten vermitteln können. Völkergewohnheitsrecht sei auch nicht anwendbar gewesen, weil es kein internationaler Konflikt gewesen sei.[7] Und

6 Wheatley (2021), 484–509; Internationaler Gerichtshof (1971), 16; Internationaler Gerichtshof (2019), 95.

7 Vekuii Rukoro et al v Federal Republic of Germany Defendants Memorandum of Law in Support of Defendant's Motion to Dismiss, eingereicht am

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

auch Grundsätze der Menschlichkeit und Zivilisation, die in Europa herangezogen worden waren, um den Völkermord an den Armeniern als rechtswidrig zu brandmarken, wurden vom Wissenschaftlichen Dienst des Bundestages als nicht anwendbar erklärt, weil dieser Schutz nach ihrer Ansicht nach herrschender Meinung damals nur für „zivilisierte" Völker gegolten habe.[8]

In unserer strategischen Prozessführung, die eine Klage vor dem namibischen High Court sowie die Einbeziehung von UN-Gremien und Foren umfasst, argumentieren wir, dass diese Auslegung eurozentrisch ist, den kolonialen Rassismus reproduziert und gegebenenfalls sogar einen neuen Akt rassistischer Diskriminierung darstellt.

Das Auswärtige Amt und der Wissenschaftliche Dienst blenden gänzlich aus, dass das europäisch geprägte Völkerrecht erst im Verlauf des 20. Jahrhunderts universal wurde. Davor existierten „andere" Rechtsordnungen. Sehr wahrscheinlich ist von einem globalen Rechtspluralismus auszugehen. Eine nicht-eurozentrische Bestimmung des Rechts der damaligen Zeit müsste sich auf jeden Fall mit der Frage auseinandersetzen, zu welchem Zeitpunkt genau das europäische Völkerrecht das gegebenenfalls zuvor dort geltende Recht ersetzte. Und es müssten Quellen herangezogen werden, die nicht-europäisch sind. Sowohl das Auswärtige Amt als auch der Wissenschaftliche Dienst in seiner Stellungnahme von 2016 zitieren ausschließlich europäische Rechtsgelehrte. Weiterhin blenden sie die Positionen der europäischen Rechtsgelehrten aus, die ihrer Schlussfolgerung entgegenstehen würden. Sowohl das Unterscheidungskriterium zwischen „zivilisierten" und „unzivilisierten" Staaten als auch die Frage der

12. Januar 2018, 17 cv 00062 (LTS), 4–5; Vekuii Rukoro et al v Federal Republic of Germany, Defendants Memorandum of Law in Support of Defendant's Motion to Dismiss, eingereicht am 13. März 2018, 17 cv 00062 (LTS), 7.

8 Wissenschaftliche Dienste – Deutscher Bundestag – WD 2 – 3000 – 112/16 (2016), 9.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Rechtssubjektivität könnte damals noch kontroverser gewesen sein, als es von beiden suggeriert wird. Darüber hinaus wäre wahrscheinlich kaum ein europäischer Rechtsgelehrter so weit gegangen, selbst „unzivilisierten" Menschen jedweden Rechtsschutz abzusprechen. Darauf, dass ein Bewusstsein bestand, gegen Recht zu verstoßen, lässt auch folgendes Zitat von General von Trotha schließen, in dem er erklärt, warum ein Krieg in Afrika nicht nur nach den Genfer Konventionen geführt werden könne.[9]

Schlussfolgerung

Machtverhältnisse und Herrschaft werden durch Recht am effektivsten (re-)produziert, wenn die ihnen zugrunde liegenden Unterschiede als natürlich und außerhalb des Rechts sowie des rechtlichen Zugriffs liegend sozial und kulturell konstruiert sind. Die Betroffenen spüren ihre Ohnmacht, wenn ihre Erfahrungen von Gewalt und Diskriminierung vor Gericht abgetan werden, ihnen der Zugang zum Recht gar gänzlich verwehrt ist, oder rechtswissenschaftliche Forschung keine Ansatzpunkte für strukturelle Gewalt und Ungleichbehandlung im geltenden Recht zu finden vermag. In diesen Momenten wird individuell und kollektiv Macht kommuniziert und Herrschaft gefestigt.

Das transformative Potenzial rechtskritischer Forschung und strategischer Prozessführung liegt folgerichtig in der Sichtbarmachung der Verschleierung der Reproduktion von Herrschaft im Recht. Ein anschaulicher Austragungsort der Kämpfe um Reproduktion und Transformation von Macht ist die Auslegung und

9 „Daß ein Krieg in Afrika sich nicht nur nach den Gesetzen der Genfer Konvention führen lässt, ist selbstverständlich. […] Ein Volk geht nicht so schnell zu Grunde. Die von mir an das Volk der Herero erlassene Proklamation sollte nur einen Gedanken in ihrem Hirn zeitigen, nämlich den, dass ihre Herrschaft beendet war." Lothar von Trotha, Berliner Neueste Nachrichten, 3. Februar 1909; 29. Ausgabe, S. 1.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Anwendung des Grundsatzes der Intertemporalität in rechtlichen Verfahren und rechtswissenschaftlichen Debatten.

Um zu zeigen, dass Deutschland sich aktiv für ein inklusives internationales Recht einsetzt, wäre es ein starkes Zeichen ihrerseits, ihre bisherige eurozentrische Argumentation zu überdenken und dekoloniale Perspektiven einzubeziehen. Bevor die sich verschiebenden globalen Machtverhältnisse sie dazu ohnehin zwingen oder der Internationale Gerichtshof dazu entscheidet.

Literatur

Barskanmaz, Cengiz (2008), Rassismus, Postkolonialismus und Recht – Zu einer deutschen Critical Race Theory?, Kritische Justiz 41.3, 296–302.

Fischer-Lescano, Andreas (2020), Das Pluriversum des Rechts, Merkur 74.4, 22–32.

_____ (2022), Deutschengrundrechte: Ein kolonialistischer Anachronismus, in: Dann, Philipp/Feichtner, Isabel/von Bernstorff, Jochen (Hg.), (Post-)Koloniale Rechtswissenschaft. Geschichte und Gegenwart des Kolonialismus in der deutschen Rechtswissenschaft, Tübingen: Mohr Siebeck, 339–367.

Gutmann, Andreas/Hanschmann, Felix (2022), Staatsorganisationsrecht: deutsche Kolonialgebiete im Verfassungsrecht des Deutschen Reiches, in: Dann, Philipp/Feichtner, Isabel/von Bernstorff, Jochen (Hg.), (Post-)Koloniale Rechtswissenschaft. Geschichte und Gegenwart des Kolonialismus in der deutschen Rechtswissenschaft, Tübingen: Mohr Siebeck, 45–66.

Internationaler Gerichtshof (1971), Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South-West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, ICJ Reports 1971.

Internationaler Gerichtshof (2019), Legal Consequences of the separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, Advisory Opinion, 25 February 2019, ICJ Reports 2019.

Kämmerer, Jörn Axel (2016), Introduction. Imprints of Colonialism in Public International Law: On the Paradoxes of Transition, Journal of the History of International Law 18. 2–3, 239–247.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Mutua, Makau (2019), Podcast: The human rights movement – A truly universal system? Centre for Human Rights. University of Pretoria: https://www.chr.up.ac.za/art-season-1/art-episode-1-prof-makau-mutua (25.07.2025).

Theurer, Karina (2023), Minimum Legal Standards in Negotiation Processes for Colonial Crimes: The Case of Namibia and Germany, in: German Law Journal 24.7, 1146-1168.

Theurer, Karina/Kaleck, Wolfgang (2020), Dekolonisierung des Rechts: Ambivalenzen und Potenzial, in: Theurer, Karina/Kaleck, Wolfgang (Hg.), Dekoloniale Rechtskritik und Rechtspraxis, Baden-Baden: Nomos, 11–56.

Wheatley, Steven (2021), Revisiting the Doctrine of Intertemporal Law, in: Oxford Journal of Legal Studies 41.2, 484–509.

Wissenschaftliche Dienste – Deutscher Bundestag – WD 2 – 3000 – 112/16 (2016), Der Aufstand der Volksgruppen der Herero und Nama in Deutsch-Südwestafrika (1904–1908). Völkerrechtliche Implikationen und haftungsrechtliche Konsequenzen, pdf-Datei.

Zabel, Benno (2023), Politisches Erinnern als Menschenrecht, in: Gardei/Esther, Soeffner/Zabel, Benno (Hg.), Vergangenheitskonstruktionen, Göttingen: Wallstein, 131–161.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Daria Bayer

Reconstructing the House of Law[1]

I.

Recently, I was at a seminar organized by the Harun Farocki Institute and the University of Fine Art Leipzig. Harun Farocki was a documentary film maker, who tried in his work to make social forms and the interaction of social forms plastic. Mostly, art students, photographers, and filmmakers attended, but also some lawyers. The seminar was the starting point of a new research series "Terms & Conditions: The Legal Form of Images."

During the course of the evening, I learnt the reason the organizers had had the urge to start a research series. In recent years, they had remarked a "legal turn" in the arts of a twofold nature. On the one hand, artists have felt more and more restricted "by law" when producing art, as the organizers noted. (As I found out later, this felt sense of restriction not only came from law in the strict sense, *e.g.* from copyright law, but also from other forms of social and political regulation, *i.e.* the question of whether one can publicly make a controversial political statement at a ceremony without being ostracized or censured. Interestingly, the present artists *felt* those social restrictions as legal restrictions.) On the other hand, maybe due to this increasing sense of restriction, law *itself was becoming* more and more of *an unknown catalyzer for*

1 I thank Greta Olson and Jochen Bung for critical and helpful editing and encouragement. Furthermore, I thank Lucia Sommerer, Gwinay Machona, Doreen Mende, Tom Holert, and Alexandra Toland for inspiration.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

artistic production. The organizers postulate that by making the law or the *legal restriction and framing* of art into an object of art, artists have attempted to master law again and to overcome the fear of the unknown, the overwhelming, the hypercomplex.

II.

The law is not only the frame in which art takes place but is the framework for all our social interactions, as materialistic critics since Karl Marx have so plastically pointed out. Thus, the *fear of law* and the *feeling of being restricted by law* exist not only in artists' minds.

There are many reasons to fear the law:

Laws are formulated in technical language. Legal procedures take a very long time. German bureaucracy and courts still work mostly with paper. A lot of paper. It requires long years of training, a strong will, and a great deal of hard studying to master the concepts, procedures, and methods of law. And, moreover, law, through its abstractness, creates and perpetuates injustices.

However, there is hope. Critical legal scholars rise to the aid of enlightened citizens. They try to push wide open the entry door of the house of law. But how? By empowering everyone to get access to the law, *to enter* and *to master the law* and, in the end, to use the law for individual purposes or for the broader goal of social transformation.

Nevertheless, I must wonder as I step out of the opened door that, as a woman, was closed for me for a long time, and look at the massive building from the outside: Is opening the front door to law enough? Will the law or rather the frame of law, that is, the house of law itself, change fundamentally only by inviting more people into the edifice where law takes place? Will not the same prejudices und power structures remain in place even if we adopt

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

an open-door policy to the law? Don't we need to change the whole house of law structurally and to rebuild it?

III.

"For the master's tools will never dismantle the master's house." Audre Lorde spoke these words in 1979.

I think about that sentence as I walk through one of the cities I have been living in during the past few years. This includes Frankfurt, Berlin, and Hamburg. Regardless of which city I wander through in my mind, I always pass construction sites. It seems like the whole city is under constant construction. We reconstruct buildings, streets, and public places. We are used to the noise and willing to invest money and labor in maintenance and reconstruction. So why not reconstruct the house of law from time to time as well?

Construction processes are difficult. They are costly. They take time. Construction efforts can also result in something very different than what was planned. The planning process may already have been rocky. Trying to develop a new (legal) system on the drawing board alone is impossible. Critical legal scholars and artistic visionaries can propose some cornerstones. Still, when it comes to *actually building* the new house of law rather than only dreaming about it, those cornerstones may not be enough. They may not entirely support the ground of the structure as we may find out. Thus, we may need to restart the building process. Every time we restart the building process, which might fail over and over again, we will have to reassess the conditions of the construction process itself. How should we structure this process? Who do we include in it? What materials should we use? Can we make sure that the new house of law that we are constructing is large enough for all present and future citizens and non-citizens? Can we shape the house of law in a way that non-human animals and

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nature can enter? How much time can we allow for the building process? Are we willing to try out new, experimental forms that might reveal a leak somewhere? What about the stability or the frame? Is the roof waterproof?

If we want to test out new forms of thought and production, we must be willing to take risks and to accept failure. This is difficult in a world governed by economic pressure, competition, business interests, perfectionism, and stress. However, if we do not think about changing the forms of thought and production, we risk reproducing the same hierarchies and power asymmetries from which we wish to escape.

IV.

How can we open new spaces for thought in the rebuilding process? In what ways can we perform a critique of law during the "new twenties" of the twenty-first century? Can we escape the vicious circle of recycling thought reproduction?

We might find an answer in experimenting with media like film, performance, or theater. These forms enable spectators to see law as a social phenomenon, as a frame, that is, as Bertolt Brecht put it, open "for access" and reconstruction. By making law the object of the performing arts, or rather, a performing object of art, society and its laws are presented as only one possible option of reality. Acting out a scene inevitably contains the possibility of the same scene being acted out in different ways. The actor does not have to decide on any one performance but can play with differences of meaning. It is therefore no coincidence that many revolutionary plans were probably forged in the backrooms of literary salons and theater basements.

Moreover, the production process of a play or a film, if actors are involved, differs from the production of a classic academic

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

text. Of necessity, the production can only succeed if *all of the* participants work together, share a vision, participate in rehearsals or shoots, and *relate to one another*. Working on a project collectively helps participants to question and sharpen their own ideas and concepts while being forced to make compromises and being inspired by these restrictions.

V.

This is a positive – even a romanticized – interpretation of the performing arts as new forms of legal criticism. However, we should be wary, as Greta Olson reminds us in her groundbreaking essay "De-Americanizing Law and Literature Narratives: Opening up the Story," of naively placing too much hope in forms outside of the law, especially in "the arts." We could classify this "blanket reference" to the arts as a *déformation professionelle* of (critical) legal scholars who seldom take a closer look at the production processes of the (performing) arts themselves to consider what being an artist – from a material point of view – really means.

It means to be ready to live a life of financial insecurity, of instability, and of fighting against meaninglessness, sexism, and ageing on a daily basis. As institutions, public theaters are under economic pressure to produce a certain number of successful plays each year. They are structured in a highly hierarchical way, offer precarious work conditions and contracts that can be terminated at liberty. And the film market is even more dependent on capital than the legal practice is.

V.

Therefore, as critical lawyers, we are privileged. Our legal surroundings offer a stable framework with less precarious condi-

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tions in which to take the risk of producing art than in the art market. We should be willing to take this risk because there is a difference *in form* when we consider the law through the artistic lens as an object of *art*, if we try not only to criticize, but to actively *create* something. In artistic and academic production processes, content and form are equally important, and are completely intertwined. I cannot think solely about form or solely about content because neither content nor form is a priori, or a given. Rather, the form can only be decided on accordingly to the content, and finding the right form is a central part of artistic research. Content conditions form, and form determines content.

VI.

A few weeks after my visit to Leipzig, I was invited to the "Good Practice Salo(o)n" at the Bauhaus University in Weimar. Hosted by the Chair for Artistic Research at the faculty for Art and Design, the "Good Practice Salo(o)n" is part of the faculty's PhD program. Here, again, I was overwhelmed by the genuine interest in law as a framework and as an artistic object. I got the impression that the framework that is given by law, especially through the self-imposed stipulation of a PhD program, was not seen as a restriction at all but rather as a protective shield – a shield that may become even more important given the rise of right extremist politics.

The stipulation is itself a work of art, an attempt to give a frame to the un-frameable process that is artistic research. At the same time, this stipulation leaves room for testing boundaries and questioning the framework as well. Without a frame of some kind, legal or not, the breach of the norm becomes hard to enact in a field in which everything seems possible – art. We need a frame in order to be able to deconstruct it.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

VII.

Reflecting back on the visits to Leipzig and Weimar, I believe that there is a way to conquer the fear of law. This is to accept law for what it is – a tool that is necessary to create a framework for an artistic critique of law. This frame will vary according to the content that it contains and will, ideally, have an inner connection to this content. The frame is there to be destroyed and reconstructed in a constant process of rebuilding. The frame itself performs art.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Laura Petersen

Feet Notes:

Walking as a Technique of Law and Humanities Education

Adapted from my contribution to the roundtable 'Futures of Legal Humanities Education' held at the Law Literature and Humanities Association of Australasia conference 'Legal Imaginaries' at University of Hong Kong on 17 December 2024, organised by Ben Goh and Sabarish Suresh Babu, with co-panelists Ann Genovese, Ben Goh, Peter Goodrich, Shaun McVeigh, Karin van Marle and Honni van Rijswijk. My thanks to Peter Goodrich for coining the title in his summation of the discussion.

As scholars, we do endless formatting of footnotes to finalise our writing. In a recent delirium, I started to think again about the device of the footnote – something which has always fascinated me (and about which I have written before, but I will resist the urge to insert one here). Using footnotes are about authority, about a formal recognition about your sources – a mark that means you are always inheriting and taking on, incorporating the work of others in your work. A footnote is a backwards looking device, pointing to those who have come before. As an early career researcher attempting to stand on the shoulders of giants, these tiny superscript footnote numbers are freighted with that sense of responsibility to the past, as well as a responsibility to ethical scholarship regarding attribution and accuracy.

For this essay, however, the brief from the editors was to not have any footnotes or a bibliography. This was an attempt, I

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

assume, to provoke a different style of writing from contributors – a deliberate ploy to force a different style of thinking. For the form, the medium in which we write (and I include the scholarly apparatus of footnotes as an integral part of the form of scholarly work) matters to the way we are able to express our ideas, and opens up or constrains their possible journey ways.

Often I would like to think about my work as a path to opening up a dialogue with other scholars, or I frame my work in the text explicitly as 'joining a conversation'. But it isn't often I get to be in an actual structured conversation in real-time. Rather writing and scholarship is a delayed and textual conversation that mainly plays out through the footnotes – mini light beacons that say – this is who I have read, this is what I am challenging, this is the time period I was working in, this is what matters for the words I am writing down now, in this place. I feel like footnotes in other people's work are little rabbit holes, beckoning me down below and beyond the page, and my movement between the text and the notes becomes one of careful notation, of discovery, and of finding a way to hold onto and orientate myself, inside and outside of the text. In this piece, therefore, I am trying to work out a different way to take footnotes and to have a scholarly conversation – to talk and create a different *immediacy* of conversation – and to bring that across to the practice of teaching. My area is law and humanities, and I have been trying to work out new ways to think and express ideas with students. My suggestion is to go outside and to go for a walk.

There is something unique about walking – it brings a body through a space, it is rhythmic motion through time. And a walking tour is a unique mediated experience. Going on a walk with a class brings people together into a swarm. It takes a class out and away from chairs, desks, computers, Chat GPT and turns them into individual, vertical, full bodies, present in the streets. And forms of conversation change – people talk to each other differently whilst walking. There is something about a shared

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

horizon, and a shared rhythm – people fall into step with one another – that encourages a different form of discussion.

It also encourages an interaction with the way law acts upon us. During our recent COVID times, walking on the streets became very legible as an act of law – it was a dance with a set choreography. The streets were full of allowed and not-allowed movements and face-coverings and time limits and geographical limits; the manifold ways we live with law become more legible in the landscape. But these movements happen all the time. It is about the noticing, the paying attention to the way the mind and body link with law and link law with the world.

Of course, I know that I walk in different ways to others, and I am able to walk freely as a white able-bodied woman. Even though I don't like to be outside after 10 PM on the streets by myself, walking is not something fraught for me, and I am lucky in this way. Due to the location of my current academic institutions, I am also walking on the (generally) clean, wide footpaths in Melbourne, Australia or strolling along the old, grand boulevards of lake-side Lucerne, Switzerland. There are other institutions where it would obviously be difficult for many reasons to walk off campus, or where there are no footpaths, and so walking with a class is dangerous, or simply impossible.

Nevertheless, for those who can move unhindered, it is important. Part of knowing the law and the world through the body is connected to bodily posture, and the affects involved when we walk. It is to think about and do jurisprudence through the body. It is to practice what we preach. We need to challenge the forms and mediums of legal scholarship and legal teaching and try to stretch and test those boundaries and materials, to move beyond. So my exhortation and suggestion of a creative technique in teaching is to go outside – both the page and the classroom.

To tell some anecdotes about walking now is to challenge the form in which legal stories can be heard – anecdotes by their

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

very definition are unverifiable, not admissible and, therefore, not footnoted. But they can be illuminating. For instance, a colleague of mine from the University of Lucerne, Nicole Schraner, recently took her history class on a walking tour that explored the different stories of women criminals in Lucerne. The feedback from students on the walk was that it made these stories come 'alive' – being in the places had real power. So doing an excursion that can be linked directly to subject matter, or indirectly, and gets us out of the classroom, can lead to more engagement.

Another colleague from the University of Melbourne, Olivia Barr, who is well-known for her work on the jurisprudence of movement, always takes her legal theory class outside. For Olivia, walking and being outside makes it possible for the students to notice the layers of legal places which surround us, shifting attention, deepening their gaze. This means they also ask different questions, change their perspective, or take the lead, emboldened by the perceived shift in hierarchy and the openness of being outside.

Other legal walks are discussed by Andreas Phillippopoulos-Mihalopoulos (University of Westminster) who is a strong advocate in his scholarship for walking and getting outside as a way to become better teachers of law. His concept of the lawscape from his book *Spatial Justice: Body Lawscape Atmosphere* (2014) – the dynamic threads of connection between law and urban space that are visible and invisible – has been very influential for my thinking about how we move through (and move with) layers of law. The aim is to notice more deeply the materiality and corporeality of law and space.

Finally, a less literal approach is to go on a disciplinary wander. This is an idea which I took from renowned law and humanities scholar Desmond Manderson that I am keen to try, which is to set 'required looking' as well as 'required reading' for a course. The aim is to find some images which enable this

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wandering and this affectual encounter with relevant topics to occur conceptually across scholarly genres. There is something intriguing that happens when images and their relations to law are explicitly brought into a conversation rather than seen as simply illustrative. And, my colleague Ann Genovese, from the University of Melbourne, brings that into being in her course titled *Public Trials*, which I have had the pleasure of teaching with her. In this subject, students are assigned one 'law' reading and one 'non-law' reading every week, as a way to notice and contest genre boundaries.

In any case – for all of us, we know that doing research and teaching in law and the humanities is always outside of the boundaries of typed words on a page or the glow of a power point. It is about trying to do scholarly work in a way which is embodied and experienced. This is, to circle back to the beginning about footnotes, to think harder about authority and institutional power. Noticing the practice of writing with footnotes means thinking about what it means to practice a scholarly ethos and join a community of scholars. But it also means noticing the way form matters, and materially affects the way we write and what we are able to say.

My suggestion, therefore, is to think about an attempt at knowledge and understanding which can take its authority and its value perhaps also from a momentary, communal experience. It is to try to teach differently and try to get our students to think differently, to make their own marks on the earth – literal foot notes, "feet notes" – made by a foot in a shoe, in a time and a place, step by step, together.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Author Directory / Autor*innen:

Ino Augsberg: Professur für Rechtsphilosophie und Öffentliches Recht, Christian-Albrechts-Universität zu Kiel.

Daria Bayer: Postdoctoral Researcher and Assistant at the Chair of Criminal Law and Philosophy of Law, Legal Theory, Martin Luther University Halle-Wittenberg.

Eva Maria Bredler: Doktorandin, Lehrstuhl für Internationales Öffentliches Recht und Internationalen Menschenrechtsschutz, Universität Münster.

Jochen Bung: Professor für Rechtsphilosophie und Strafrecht, Universität Hamburg.

Stanley Fish: Floersheimer Distinguished Visiting Professor of Law at Yeshiva University's Benjamin N. Cardozo School of Law in New York City.

Sara Gebh: Wissenschaftliche Mitarbeitern (Post-Doc) im ERC Projekt "Prefiguring Democratic Futures. Cultural and Theoretical Responses to the Crisis of Political Imagination", Institut für Politikwissenschaft, Universität Wien.

Heide Gerstenberger: Professorin für die Theorie des Staates und der Gesellschaft, Universität Bremen, pensioniert.

Peter Goodrich: Professor of Law, Benjamin N. Cardozo School of Law, Yeshiva University, Visiting Professor, School of Social Science, New York University Abu Dhabi.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Malte-C. Gruber: Professur für Bürgerliches Recht, Rechtsphilosophie und Recht der neuen Technologien, Justus-Liebig-Universität Gießen.

Ralph Grunewald: Associate Professor, Mellon-Morgridge Professor of the Humanities, Department of English; Center for Law, Society, and Justice, University of Wisconsin-Madison.

Jonas Heller: Wissenschaftlicher Mitarbeiter (Post-Doc) am Institut für Philosophie, Goethe-Universität Frankfurt am Main.

Almas Khan: Assistant Professor of Law, University of Mississippi School of Law.

Frans-Willem Korsten: Professor of Literature, Culture and Law, Centre for the Arts in Society, Leiden University.

Daniel Loick: Associate Professor of Political and Social Philosophy, University of Amsterdam.

Susanne Krasmann: Professorin für Soziologie, Fachbereich Sozialwissenschaften, Universität Hamburg.

Franziska Martinsen: Professorin für Politische Theorie, Universität Duisburg-Essen / Centre for Global Cooperation Research, Universität Duisburg-Essen.

Esther Neuhann: Wissenschaftliche Mitarbeitern (Post-Doc) am Arbeitsbereich Sozialphilosophie des Instituts für Philosophie der Freien Universität Berlin.

Greta Olson: Professor of American and British Literature and Cultural Studies / Director of the Center of Diversity, Media, and Law, Justus Liebig University of Giessen

Laura Petersen: Postdoctoral Research Fellow, Institute for Interdisciplinary Legal Studies, University of Lucerne.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Anat Rosenberg: Professor of Law and the Humanities, Institute of Advanced Legal Studies, the University of London.

Christian Schmidt: Privatdozent für Philosophie, Humboldt-Universität zu Berlin.

Cheryl Suzack: Batchewana First Nation, Professor at the Department of English, Cross Appointments Centre for Indigenous Studies and Faculty of Law. University of Toronto.

Karina Theurer: Legal Scholar, International Lawyer, Author.

Gerlov van Engelenhoven: Assistant Professor at Leiden University Centre for the Arts in Society.

Carolina Alves Vestena: Vertretungsprofessorin für Politische Theorie, Universität Kassel.

Frieder Vogelmann: Professor in Epistemology and Theory of Science, University of Freiburg.

Tim Wihl: Vertretungsprofessur für Öffentliches Recht und Grundlagen des Rechts, Universität Erfurt.

Claudia Wirsing: Postdoktorandin am Institut für Philosophie der TU Braunschweig.

Nicole Mansfield Wright: Associate Professor, English Department, University of Colorado, Boulder.

Benno Zabel: Hochschullehrer, Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie, Goethe-Universität Frankfurt am Main.

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783495989722 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY