

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

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 einer 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 (Helmut 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

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 Konfliktustrags 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.

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 Gerechtigkeit⁴ (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 zugeigen 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.

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 Lösungen 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 unaufgebares 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.

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 trate, 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 Aufbüumen der ine-

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 Libertarianismus 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./Kimbball, Trevor (Hg.), Love and Justice, Tübingen: Mohr Siebeck, 23–36.
- Dalferth, Ingolf U. (2019), Kierkegaard on True Love, in: Dalferth, Ingolf U./Kimbball, Trevor (Hg.), Love and Justice, Tübingen: Mohr Siebeck, 55–71.