

Günter Frankenberg

Der Ernst im Recht*

1. Von einem neuerdings erhobenen ironischen Ton in der Jurisprudenz

Justitia lächelt nicht. Gesetze verstehen keinen Spaß. »Das Recht muß immer in vollkommenem Ernst gesprochen werden«, belehrt uns listig der Volksrichter Azdak im *Kaukasischen Kreidekreis*. »Weil es eine ernste Sache ist«, würde Salomo gesagt haben. »Es ist so blöd« und »weg wie nix«, sagt Azdak.

Seit Salomos vermeintlich weisem Spruch und dem mosaischen Gesetz umhüllt eine Aura weihevoll-strengen Ernstes richterliches Urteil und Gesetz. Er spiegelt sich in der Sondersprache der Juristen, in ihrer weltfernen Logik, in den vom Alltag entrückten rechtsförmigen Ritualen und Zeremonien. Und in der ernsthaften Einstellung der Juristen zu ihrem Gegenstand. Die Form, das Förmliche und der Formalismus sind ernst gemeint. Sie stehen für anspruchsvolle Inhalte, die Ernsthaftigkeit gebieten: Nach dem Willen der Gesetzgeber und den Worten der Richter, nach den Thesen der Rechtstheoretiker und den Doktrinen der Rechtsdogmatiker geht es im Recht um nichts Geringeres als um Gerechtigkeit oder, falls diese sich nicht einstellen will, um sozialen Frieden. Nichts nehmen Juristen daher so ernst wie das Recht (und wie sich selbst).

Nicht erst Brechts *Kaukasischer Kreidekreis* eröffnet eine andere Sicht aufs Recht. Respektlos und aus ironischer Distanz meldet sich der Zweifel zu Wort und fragt an, ob die Förmlichkeit auch hält, was sie verspricht. Zweifel entzündeten sich am falschen Schein, der das Besondere als das Allgemeine präsentiert, an der Herrschaft der Formen über Inhalte, an der Differenz zwischen Verheißung und Einlösung. Kritik und Ironie begleiten den störrischen Ernst bei seiner Suche nach jenseitigen Fixpunkten für das unstete diessseitige Recht.

Salomo und Azdak markieren hier, idealtypisch verzeichnet, zwei konträre Einstellungen zur Rechtsarbeit: den eher affirmativen theoretisch-dogmatischen Ernst einerseits und die ernsthafte kritische, zuweilen ironische Distanzierung andererseits. Wo Salomo die Weisheit, neuzeitlich gesagt: die Vernunft des Rechts hervorhebt und das Augenmerk auf das, was sein soll, lenkt, kapriziert sich Azdak auf Fakten und Folgen, auf das, was ungerecht und unvernünftig scheint.

Salomo, ganz modern der Rationalität verpflichtet, muß Sisyphusarbeit leisten und Recht als vernünftige Ordnung des Lebens in Gesellschaft entwerfen. Dem Recht ist einmal aufgegeben, die an Faustrecht und Selbsthilfe gewöhnten Menschen zu

* Für die Aufklärung über Selbstmißverständnisse, die wohl selten restlos gelingt, wie auch besonders für ermutigenden Rat bei der Suche nach einer »toleranten« Rechtstheorie, danke ich Helmut Dubiel, Klaus Günther, Jürgen Habermas, David Kennedy, Thomas McCarthy, Ulrich Rödel, Rudolf Wiethölter und Lutz Wingert. Die Diskussionen mit den Herausgeberkollegen und vor allem Thomas Blankes konstruktive Kritik haben der ursprünglichen Fassung eine veränderte und hoffentlich vorteilhafte Gestalt gegeben.

entwaffnen und sie dafür mit (Grund-)Rechten zu munitionieren. Überdies soll Recht das Individuum *freisetzen* von Geburts- und Standesprivilegien, soll seine sittliche Autonomie verbürgen und es zugleich *embinden* in Sozialität. Der moderne Salomo muß dabei lange Begründungswege gehen. Abkürzungen hin zur religiösen Offenbarkeit von Rechtsnormen, zur orakelhaften Weissagung, zur unverbrüchlichen Heiligkeit einer Tradition, zur Idee von Recht als Emanation des Volksgeistes, schließlich auch zur Naturvernunft von Recht sind ihm verlegt. Die Aufklärung hat diese Quellen – und andere, die sich aus Metaphysik speisten – ausgetrocknet. Im Vernunftzeitalter bleibt letzten Endes allein der Wille des souverän gedachten Volkes für allgemeine Gesetze legitimationskräftig. In diesem wie auch immer ermittelten oder repräsentierten Willen soll Vernunft normativ zum Ausdruck kommen. Und sich verlängern in die Urteile der Richter hinein: »aus dem Gesetz« soll sich die Vernünftigkeit von Judikaten herleiten.

Das moderne Recht, genauer: sein Vernunftanspruch, stellt Rechtstheorie und Rechtsdogmatik also vor eine Aufgabe, die nicht leicht zu lösen ist: die Rationalität von Rechtsetzung und Rechtsanwendung zu verbürgen. Hierin sehe ich das *Rechtsprojekt der Moderne*, gekennzeichnet durch eine theoretisch-dogmatische Wissens- und Praxisform, die ich *Konstruktion* nenne, und die getragen ist von *Ernst* im/am Recht. Rechtstheorie und -dogmatik als Konstruktion beschwört – gewiß vereinfachend, ein wenig karikierend, aber auch doppelsinnig – das Bild des juristischen Architekten am Zeichentisch, auf dem Modelle, begriffliche Systeme und Methoden entworfen werden. Der Architekt mag also Salomo, Montesquieu, Rechtspositivist oder Naturrechtler, System- oder Begriffsjurist, »herrschende Meinung« oder »mainstream legal thinking«, Bundesverfassungsgericht oder Supreme Court heißen. Allesamt begreife ich sie als Inkarnationen oder Institutionen des Rechtsprojekts der Moderne und identifiziere sie mit jenem ernsten Ton.

Az dak, an sich kein Vernunftverächter, nimmt Anstoß an zuviel Ernst. Ein einziges Recht will er stets einklagen – das auf Kritik. Nicht im Namen des Volkes in abstracto oder des Staates oder einer absoluten Wahrheit, sondern realistisch im Namen praktischer Humanität. Sein Gespür für Risse am Rationalitätsgebälk und sein rechtstatsächlicher Blick hinter die normativen Kulissen bringen Salomo in arge Bedrängnis. Wenn auch nicht immer gleich der Klassencharakter einer Norm oder eines Arguments ins Auge springt, so fallen doch zwei neuralgische Punkte auf, die den um die Vernünftigkeit des Rechts besorgten Juristen zu schaffen machen.

Erstens sind Rechtssätze und Doktrinen allgemein und abstrakt zu formulieren, gleichwohl aber auf konkrete Lebenssachverhalte anzuwenden, ohne daß dabei die *interne Rationalität* zu Schaden kommen darf. Ein langer Weg führt vom Gesetz oder Präjudiz zum Urteil im Einzelfall. Die sprachlichen Zeichen am Wegesrand weisen in unterschiedliche Richtungen. Unbestimmtheit des Rechts nennen das die Juristen. Hier können subjektive Vorurteile oder Präferenzen der Rechtsanwender urteilswirksam werden und die Vorstellung neutraler und objektiver, vom Gesetz oder Präjudiz angeleiteter Wahrheitsfindung stören.

Zweitens erscheint auch die *externe Rationalität* von Rechtsnormen als eine prekäre Angelegenheit. Recht ist ersichtlich mit der Politik im Bunde, der es den Mantel des Legitimen leiht und dafür als Gegengaben den Zwang und die Gewalt erhält. Gleichwohl soll es nicht schlicht »politisch« machtvoll, sondern eben als »Recht« vernünftig und deshalb akzeptabel sein. Denn schließlich will Recht nicht blinden Gehorsam kommandieren, sondern von vernunftbegabten Wesen aus freien Stücken und guten Gründen befolgt werden. Zustimmungsfähig sind freilich nur solche Rechtsnormen, die alle in gleicher Weise und in gleichem Maße berechtigen oder verpflichten. Das aber ist leichter als Grundsatz formuliert denn praktisch exeku-

tiert, wenn die Rechtsgenossen von Hause aus ungleich gestellt und ausgestattet sind. Gleichheit »ohne Ansehen der Person« könnte ungerecht sein. Wird sie nun aber als Politik an konkrete Zwecke gebunden, dann kommen Wertungen und Interessen ins Spiel. Die gesellschaftliche Bedingtheit rechtlicher Regeln und Prinzipien trübt die Allgemeinheit ihrer Geltung. Interessenkalküle, klassenspezifische Ideologien und partikuläre Zwecke können gesetzgebungswirksam werden und die universalistischen Ansprüche des Rechts und seine Autonomie gegenüber Gesellschaft und Politik stören.

Kritische Angriffe auf die interne wie die externe Rationalität fordern die Architekten der Jurisprudenz stets zu neuen (und eindrucksvollen) konstruktiven Entwürfen heraus, die das Gehäuse der Vernunft umbauen und festigen sollen. Wo Azdak lebensnah »interne Unvernunft«, also nicht den Geist der Gesetze, sondern den Ungeist von Richtern und Advokaten wittert, entgegnet Salomo französisch: Der Richter trage zum Recht nichts bei, sei nur der Mund, der die Gesetze ausspreche. Wenn dies nicht verfängt, schreibt er allen Gerichten die Anwendung des Rechts *more geometrico* vor: Ein System abstrakter, wohl auch wertfreier Begriffe und die Kunstregeln juristischer Methodik sollen den Weg zum richtigen Urteil vorzeichnen. Sollte Azdak mit kritischen Hinweisen auf die Unbestimmtheit der Rechtssprache, auf richterliche Vorverständnisse und Auslegungsspielräume nachsetzen, bleibt Salomo immer noch der Rekurs auf die Hermeneutik, wenn er den Anspruch auf Rationalität nicht preisgeben will.

Wo Azdak nun realistisch »externe Unvernunft«, also nicht Freiheit, Gleichheit und Brüderlichkeit, sondern die Herrschaft einer privilegierten Klasse, nicht Rechtsvernunft, sondern die Logik des Kapitals am Werke sieht, verweist Salomo auf die Vernunft des demokratischen Gesetzgebers. Oder auf eine allem geltenden Recht vorausliegende Grundnorm. Oder auf eine in das positive Recht eingelassene letzte Erkenntnisregel. Jede dieser konstruktiven Lösungen soll sowohl die wenigstens relative Autonomie des Rechts wie auch seine Legitimität verbürgen. Stets aber findet sich die Kritik ein, weist auf neue logische Unstimmigkeiten und Widersprüche hin, identifiziert Einbrüche der Ideologie ins Recht und konstatiert zumindest Implementationsdefizite. Wie Hase und Igel wetteifern Konstruktion und Kritik in der Jurisprudenz. Beide mehr oder weniger streng im Geiste der zur Aufklärung verurteilten Moderne. Anders als im Reich der Fabel arbeitet allerdings der rechtskritische Igel dem Hasen zu: Der ernste Konstrukteur lernt vom ernstesten Kritiker; der ernste Ton herrscht – seit langem.

Wie sonst könnte überhaupt »von einem neuerdings erhobenen ironischen Ton«¹ die Rede sein? Was aber hat es mit diesem Ton auf sich? Stört er die hintergründige Harmonie von Konstruktion und Kritik im modernen Recht? Das Gespenst des Rechtsnihilismus² steht im Raum. Im folgenden soll es als postmoderne Rechtskritik vorgestellt und zu Azdak und Salomo ins Verhältnis gesetzt werden. Zu beweisen ist freilich zunächst, daß der ironische Ton überhaupt existiert. Es könnte sich schließlich um »legal science fiction« handeln. Vorwand für einen Essay, der ins Leere geht,

¹ Eine Anspielung auf Moderne und Postmoderne und Einstimmung auf den Versuch, beide gleichzeitig zu denken. Vgl. *I. Kant*, Von einem neuerdings erhobenen Ton in der Philosophie, Werkausgabe VI hrsg. v. W. Weischedel, 4. Aufl. (Frankfurt 1982), 377 ff. und *J. Derrida*, Von einem neuerdings erhobenen apokalyptischen Ton in der Philosophie, in: ders., *Apokalypse* (Graz/Wien 1985), 9 ff.

² Von Rechtsnihilismus oder -feindschaft ist immer dort die Rede, wo mit doktrinärem Ernst eine relative Wahrheit absolut gesetzt wird. Solche Intoleranz, die Rechtskritiker aus dem juristischen Diskurs verbannen will, signalisiert hegemonisches Denken, das Zweifel nicht erträgt. Vgl. *J. W. Singer*, *The Player and the Cards. Nihilism and Legal Theory*, 94 *Yale L. J.* 1 ff. (1984). Zum Sprechverbot vgl. auch *M. Foucault*, *Die Ordnung des Diskurses* (München 1982).

weil er mit einem fiktiven Ton eine Postmoderne herbeischreiben will, die sonst nicht vorkommt. Jedenfalls nicht in der Welt des Juridischen.

Brecht, immerhin, ist ein Ohrenzeuge. Seine sozialkritische Ironisierung der Verhältnisse verfremdet, verkehrt auch die Stimme der Rechtsvernunft. Bei Marx, der den versteinerten, verrechtlichten Verhältnissen ihre eigene Melodie vorspielt, um sie zum Tanzen zu zwingen, fällt die Ironie eher bissig aus. Rudolf von Ihering, ein richtiger Jurist, entschärft die Ironie zum Scherz, »um den ›Ernst‹ um so wirksamer zu machen«; dabei persifliert er geistreich das juristische Konstruieren im »Begriffshimmel«³. In dieser Tradition, aber auf hörbare Dissonanz zum guten ernsten Ton bedacht, entlarven die amerikanischen *Realisten* den juristischen Formalismus, der Recht und Politik säuberlich getrennt wissen will und in der Sphäre des Rechts alles für begrifflich-logisch bestimmbar hält, als »transzendentalen Unsinn«⁴. Zu noch freierer Entfaltung kommt der ironische rechtskritische Ton schließlich in einigen Werken des *Critical Legal Studies Movement (CLS)*, von dem noch ausführlich die Rede sein wird.

Die ironischen Linien von Marx über Ihering hin zu CLS sind ineinander verschlungen. Ohne eine Phänomenologie des ironischen Tons zu wagen, möchte ich zwei Modi unterscheiden. Einmal wird einer verkehrten Welt ironisch die richtige vorgehalten. Diese *konstruktive* oder auch erzieherische Ironie folgt dem Prinzip der Moderne, wie es im nächsten Abschnitt vorgestellt wird. Sollten Autoritäten erwünscht sein, kann sich diese Ironie mit ihrer Kritik der Heuchelei auf Hegel, mit ihrer Opposition gegen den geometrischen Geist und den Extremismus des Begriffsdenkens gar auf Sokrates berufen.⁵ Marx und Brecht, die sich über falsche Wahrheiten lustig machen, geben der konstruktiven Ironie eine logische und ethische Fassung: Sie hebt die unsichtbaren Skandale von Herrschaft und Entfremdung im Kapitalverhältnis ans Licht. Eine andere Ironie⁶ hat etwa Foucault im Sinn, wenn er von einem emanzipatorischen Gelächter gegen die Ordnung der Dinge spricht. Sie wendet sich nicht allein gegen die Unfälle oder Rückfälle der Moderne, gegen die Halbierung ihres Vernunftanspruchs, sondern gegen die Zwänge des Rationalitätsprojekts und gegen den doktrinarischen Ernst, der für die selbst auferlegten Zwänge mit Autorität entschädigen soll. Solche Ironie will helfen, die Aufteilung der Welt in Engel – das sind die Anhänger des Guten, die Verfechter des vernünftigen Sinns – und Teufel – das sind die Anhänger des Bösen, die Irrationalisten – zu überwinden oder, wie es postmodern heißen könnte, zu »dekonstruieren«. *Dekonstruktive* Ironie, wenn es sie denn gäbe, gebärdet sich eben nicht destruktiv, sagt nicht, diese Aufteilung oder andere Dichotomien oder binäre Schematismen seien falsch; das wäre Trauerarbeit, die zum schwarzen Ernst führt. Sie sagt: Die Sache ist komplizierter als die Demagogie der Engel oder der Teufel es wahrhaben will. Keine Veranlassung also, sich für das helle Projekt der Moderne oder ein imaginiertes düsteres Gegenprojekt zu entscheiden. Das zu verdeutlichen, ist Sinn der beiden folgenden Abschnitte.

Wohl aber besteht Anlaß, Toleranz in der rechtstheoretischen und rechtsdogmati-

³ R. v. Ihering, Scherz und Ernst in der Jurisprudenz, 3. Aufl. (Leipzig 1885), bes. S. IV, 3 ff. und 245 ff. Vgl. auch E. E. Bekker, Ernst und Scherz in der Jurisprudenz (1907).

⁴ F. Cohen, Transcendental Nonsense and the Funktional Approach, 35 Columbia L. Rev. 809 ff. (1935). Eine informative und ironische Selbstdarstellung des »legal realism« präsentiert K. Llewellyn, Some Realism About Realism, 44 Harv. L. Rev. 1222 ff. (1931).

⁵ Zur Geschichte und modernen Gestalt von Ironie: V. Jankélévitch, L'Ironie (Paris 1964).

⁶ Das Bild der postmodernen (?), eben nicht ohne weiteres konstruktiven Ironie geht vor allem auf M. Foucault, Die Ordnung der Dinge (Frankfurt 1971) und auf M. Kundera, Das Buch vom Lachen und Vergessen (Frankfurt 1980), 85 ff. zurück. Die Abgrenzung zum Zynismus folgt P. Sloterdijk, Kritik der zynischen Vernunft I (Frankfurt 1983), 37 f.

schen Praxis zu üben. Ein immerwährender Anlaß, gleichsam mit Fortsetzungszusammenhang, bietet der unter Juristen übliche, aber durch nichts, insbesondere nicht durch endgültige theoretische oder dogmatische Konstruktionen gerechtfertigte doktrinaire Denk- und Begründungsstil, der im fadenscheinigen Privileg »herrschender Meinungen« gegenüber »Mindermeinungen« triumphiert. Ein Triumph, der nicht der Vernunft, sondern dem Zwang geschuldet ist, den Zweifel zum Schweigen zu bringen.

Hierzu gesellt sich ein aktueller Anlaß, für die Befreiung von zwanghaften Gegensätzen in der Rechtstheorie und wider den doktrinären Ernst im Recht zu plädieren. Unter dem Vernunftanspruch operierende juristische Konstruktionen haben sich traditionell schwer getan, die Leitprinzipien von Freiheit und Gleichheit widerspruchsfrei zu kombinieren. Neuerdings trifft, wie im vierten Abschnitt erläutert, die libertär-egalitär gezeichnete rechtsnormative Grammatik auf Problemlagen, die sich nicht nach den Regeln von Freiheitssicherung und/oder Gleichbehandlung deklinieren lassen. Gemeint sind Zerstörungsprozesse und Bedrohungen, die unsere sprachliche Verständigung, die natürliche Umwelt und das Überleben der menschlichen Gattung angreifen. Hier – und nicht im Zeitgeist – bezieht Skepsis ihr Motiv für die Suche nach einer toleranten Rechtstheorie.

II. Die ernste Konstruktion als Prinzip der Moderne

Das Subjekt als Ort der Vernunft

Im Mittelpunkt der Moderne steht das Subjekt. Es hat seine Welt verloren. Auf sich allein gestellt, weil aufgeklärt, muß es fortan metaphysischer Gewißheiten entraten. Die Philosophie tröstet das Subjekt über den Weltverlust mit der Vision hinweg, daß diesseitig alles theoretisch machbar, daß auch die Welt konstruierbar sei.⁷ Gesetzt als autonomes vernunftbegabtes Wesen, ist dem Subjekt das Projekt und Prinzip der Moderne vor- und eingeschrieben: die Konstruktion der Welt und des Selbst. Das klassische moderne Denken begreift die Welt als Vor- und Dar-Stellung, eben als Repräsentation. Die Welt wird zum Bild; sie existiert nur in einem und durch ein Subjekt, das glaubt, die Welt zu schaffen, indem es ihre wahre Vorstellung erzeugt, sie als Bild erobert und ihr eine Geschichte zuschreibt.

Indem die Selbstreflexion bei der Konstruktionsarbeit in Führung geht, wird die Beziehung des vorstellenden Subjekts und Konstrukteurs zu sich selber zum Fundament letzter Gewißheiten. Orientierende Maßstäbe aus anderen Sphären und Epochen stehen nicht mehr zur Verfügung. Die Moderne muß ihre Normativität aus sich heraus schöpfen. Damit ist der Zwang zur *Selbstbegründung* errichtet. Subjektivität bestimmt also den normativen Gehalt der Moderne. Folgerichtig verheißen rationale Utopien von Vernunftrecht und politischer Demokratie den »Ausgang des Menschen aus seiner selbstverschuldeten Unmündigkeit« in die Selbstbestimmung. Mit dem Konzept der Menschenrechte ist bald eine ebenso naheliegende wie verheißungsvolle Einlösung jenes normativen Programms gefunden. Der »Mensch als solcher« avanciert zum alleinigen Maßstab für Recht und Unrecht. Die Begründungen der Menschenrechte setzen das Individuum frei von

⁷ Bei der hier arg verknäpften Skizze des modernen Weltbildes wurde zurückgegriffen auf J. Habermas, *Der philosophische Diskurs der Moderne* (Frankfurt 1985); M. Heidegger, *Die Zeit des Weltbildes*, in: *Holzwege* (1977), 75 ff.; M. Horkheimer/T. W. Adorno, *Dialektik der Aufklärung* (Frankfurt 1986), 9 ff.; I. Kant (Anm. 1; zum Verstand »als einem Erkenntnisvermögen durch Begriffe«) und R. Rorty, *Der Spiegel der Natur. Eine Kritik der Philosophie* (Frankfurt 1981), bes. 149 ff.

Geschichte, Privilegien und Metaphysik und verheißen zugleich Schutz vor der wachsenden Staatsmacht wie auch, später, vor anderen weltlichen Mächten. Dem Begründungszwang korrespondiert die Utopie der Emanzipation des Menschen. Dem Selbstbegründungszwang einer hermetisch auf Modernität bezogenen Konstruktionsarbeit korrespondiert aber auch ein allzu leicht irritierbares modernes Selbstverständnis. Der radikale Bruch mit aller Tradition und die Verpflichtung auf nichts als gute Gründe schneiden die Konstruktionsarbeit nach hinten zur geschichtlichen Gewißheit und nach oben zum tröstenden Jenseits hin ab. Der Konstrukteur lebt in den erdachten Lehrgebäuden der Vernunft, den logischen oder doch begrifflichen Systemen und Grundrissen. Seine Lage ist ernst. Und diesen Ernst bekommen diejenigen zu spüren, die sich verdächtig machen, das Projekt der Moderne zu verraten. Wer auf das Versagen der Vernunft verweist, ohne eine Ersatzkonstruktion anzubieten, aktualisiert die Ängste des modernen homo faber theoreticus vor der Einsamkeit in der nachmetaphysischen Welt und vor der Einsicht in die Endlosigkeit seiner Bemühungen.

Wie die Geschichte der neuzeitlichen Subjekt- und Vernunftkritik zeigt, waren Revisionen unvermeidlich.⁸ Die *soziologisch und psychologisch informierte Kritik* demaskierte das bloß zuschauende und dadurch erkennende Subjekt. Sie zerstörte den Mythos seiner Autonomie mit dem Aufweis seiner Ohnmacht und dem Nachweis der faktischen Unvernünftigkeit seiner Vernunft. Das objektivistische Selbstbildnis eines Weltkonstruktors, der seine »innere Natur« unter rationaler Kontrolle hält, wich der Entdeckung des Anderen der Vernunft. Neben dem Willen zur Macht tummeln sich zügellose Triebkräfte und sozialökonomische Zwänge im Vernunftobjekt.

Die *Kritik der instrumentellen Vernunft* zerstörte die Vorstellung von Rationalität als objektiver Kontrolle der Dinge und Herrschaft über die »äußere Natur«. Tiefgreifende Analysen der Prozesse und Mechanismen gesellschaftlicher Rationalisierung (Bürokratie, formales Recht, ausdifferenzierte Ökonomie) berichten vom Scheitern der Vision eines auf Technik gegründeten sozialen Fortschritts. Die naturbeherrschend gedachte instrumentelle Vernunft sei in die blanke Herrschaft der Apparate umgeschlagen. Nicht das Subjekt drücke der Objektivität den Stempel der Bedeutung auf, sondern werde selbst mediatisiert, den Gesetzen von Technik und Bürokratie unterworfen. Eben Subjekt.

Die *sprachphilosophische Kritik* des sinn-konstituierenden Subjekts und seiner Vernunft verwirft endgültig das Paradigma Bewußtsein und ersetzt es durch das Paradigma *Sprache*. Zerstört werden die Vorstellungen von sprachlichen Zeichen als »privaten Bezeichnungen« und vom Subjekt als Quelle sprachlicher Bedeutungen. Die sprachphilosophische Kritik entdeckt das »Andere im Inneren der Vernunft«: den öffentlich-gesellschaftlichen Charakter der Sprache, die Kontexte der Verwendung sprachlicher Zeichen und die Sprachspiele als Lebensformen einer sprachlich erschlossenen Welt. Die sprachphilosophische Dezentrierung des Subjekts macht die *kommunikative Praxis* sichtbar, die dem Leben des sprachlichen Sinns zugrundeliegt. Die Repräsentation der modernen Welt in der konstruktiven Montage von identifizierenden Begriffen wird so in ihre Elementarteilchen zerlegt.

⁸ Die Revisionen bzw. Kritiken der »klassischen« Vernunft haben insbesondere J. Habermas (Anm. 7), A. Wellmer, *Zur Dialektik von Moderne und Postmoderne* (Frankfurt 1985), 70 ff. und in prägnanter Kurzfassung S. Benhabib, *Kritik des »postmodernen Wissens«* (in: A. Huyssen/K. Scherpe, Hg., *Postmoderne – Zeichen eines kulturellen Wandels*, Reinbek 1986, 103 ff.) ausbreitet. Die gewiß nicht unproblematische Zusammenfassung kritischer Positionen, wie etwa die Versammlung von Nietzsche, Marx, Adorno, Horkheimer und Foucault unter der Rubrik einer »soziologisch und psychologisch informierten Kritik« ist allein dem Zweck geschuldet, die Konstruktionsproblematik hervorzuheben.

Gleichwohl wird das Konstruktionsprojekt ein weiteres Mal fortgeführt, nun freilich als *Rekonstruktion*. Die Theorie kommunikativen Handelns⁹ »intersubjektiviert« die subjektzentrierte Vernunft in der kommunikativen Vernunft und ersetzt das Paradigma der Erkenntnis von Gegenständen *jenseits* des Subjekts durch das Paradigma der *Verständigung zwischen* sprach- und handlungsfähigen Subjekten. Grundlegend ist für diese Re-Konstruktion nicht länger die asymmetrische Beziehung zwischen Subjekt und Objekt, sondern die performative Einstellung von Interaktionsteilnehmern, die sich miteinander über etwas in der Welt verständigen und dabei kritisierbare Geltungsansprüche erheben. Statt selbstbezüglicher Reflexion geht nun die sprachlich erzeugte Intersubjektivität in Führung. Konstruktiv ist der kommunikationstheoretische Schritt insofern, als er den sprachphilosophisch »entdeckten« Sinnverlust durch Verständigung überbrücken will. Die Überbrückung des Sinnverlusts stützt sich allerdings nicht positivistisch auf die jeweils eingespielte Sprach(spiel)praxis, sondern auf sprachspielübergreifende Idealisierungen, nämlich auf die Unterstellung einer »gereinigten Rede«: der idealen Sprechsituation. Ob auf der hier nur grob skizzierten Linie einer »von Haus aus in Zusammenhängen kommunikativen Handelns wie in Strukturen der Lebenswelt inkarnierten Vernunft« (Habermas) das Selbstverständnis der Moderne endgültig korrigiert werden kann, möchte ich im vierten Abschnitt diskutieren.

Kritisches zur Rationalität von Recht

Die Wellen der Vernunftkritik haben sich auch an den Ufern der Rechtstheorie gebrochen. Motive einer die Rechtsvernunft *demaskierenden Kritik* finden sich in Rechtstheorien, die sich über die stillschweigenden Voraussetzungen und Randbedingungen vernunftrechtlicher Konstruktionen Rechenschaft ablegen. Der apriorisch, von Moral und Politik getrennt gedachten Rechtslehre Kantischer Prägung rücken Kritiker mit philosophischen Einwänden zu Leibe. Dem Vernunftrecht, das die gesellschaftlichen Verhältnisse interpretieren und ordnen soll, tun die im weitesten Sinne realistischen Kritiken nun die gesellschaftlichen Verhältnisse an und verweisen auf die besitzindividualistischen Prämissen, patriarchalischen Parteinahmen und ökonomischen Randbedingungen jener Vernunft. Rechtswissenschaft entdeckt den »Zweck im Recht« (Ihering), soziale Interessen hinter abstrakten Rechtskategorien und schließlich die Wirklichkeit der warenproduzierenden Gesellschaft im System subjektiver, wesentlich eigentumschützender Rechte. Soziologisch und psychologisch informierte Jurisprudenz wie vor allem der Rechtsrealismus macht der Rechtsvernunft Beine. Treibt sie aus dem sicheren Gehäuse oberster, vorausgedachter Rechtsprinzipien mal in die semantische Form der Allgemeinheit des Gesetzes, mal in den Willen des politischen Gesetzgebers, mal in das methodisch kontrollierte und sozial verantwortliche Entscheiden des Richters.

Marxistisch orientierte Rechtskritiken wiederum lassen dem Recht bürgerlicher Vernunft kaum eine Chance. Sie stellen zwischen juristischen und ökonomischen Kategorien wesenslogische Bezüge her, indem sie die Rechtsform aus der Warenform ableiten; sie verknüpfen sozioökonomische und Rechtsentwicklung kausal-funktional, entdecken so das den Phasen des Kapitalismus notwendigerweise entsprechende zunächst abstrakt-formale, dann flexibel-materiale Recht; sie führen die Genese und Veränderung rechtlicher Normen und Urteile (mehr oder weniger

9 J. Habermas, *Theorie kommunikativen Handelns*, 2 Bde. (Frankfurt 1981); ders., *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie kommunikativen Handelns* (Frankfurt 1984), 171 ff. und ders., *Zur Rekonstruktion des Historischen Materialismus* (Frankfurt 1976), 9 ff., 144 ff.

verschwörungstheoretisch) auf die Interessen und Kalküle der ökonomisch herrschenden Kräfte zurück; oder sie entlarven den Universalismus der juristischen Sprache, Logik und Prinzipien als ideologische Hüllen, in denen sich sehr partikuläre Interessen verbergen. Fast zwangsläufig steht – nach der Revolution – das Absterben dieses Rechts auf der Tagesordnung.

Die *Kritik der instrumentellen Vernunft* scheint auf in Rechtskritiken, die den juristischen Formalismus aufs Korn nehmen und in der Tradition von Marx und Weber dessen interne Mechanismen und soziale Folgen bloßlegen. Ins Zentrum rückt die Untersuchung der *Verrechtlichung*¹⁰, die besonders, aber nicht ausschließlich, für den wohlfahrtstaatlichen Kapitalismus typisch ist. Hier schlägt die Ambivalenz von Freiheitsverbürgung und Freiheitsentzug tendenziell in rechtlich bewirkte politische oder soziale Enteignung oder »Kolonisierung der Lebenswelt«, in die Bevormundung der mündig gedachten Bürger und die Verdinglichung und Entfremdung ihrer Lebensverhältnisse um. Trotz eines solch düsteren Befundes hält ein Teil der Kritiker freilich am Konstruktionsprojekt fest und will den Verrechtlichungstendenzen durch die Institutionalisierung »besonderer Freiheitsverhältnisse«, durch die Verstärkung subjektiver Rechte oder durch die Umstellung auf ein rein prozedurales, stets die Mitwirkung aller Betroffenen sicherndes Recht Einhalt gebieten. Verfallscheoretikern und Wesenslogikern vergeht angesichts des allseits reduzierten Rechtssubjekts in der verrechtlichten Welt jegliche Lust auf Konstruktives. Recht wird von ihnen als das »Urphänomen irrationaler Rationalität« (Adorno) verabschiedet, begleitet von einer bürgerlichen Subjektivität, die »ihre Geschichte hinter sich (hat)« (Preuß). Auch diese Trauerarbeit zehrt letzten Endes noch von den Rationalitätsverheißungen des für tot erklärten bürgerlichen Rechts.

Ob die *sprachphilosophische Kritik* den juristischen Diskurs nachhaltiger prägen wird, ist derzeit noch unentschieden. Die Realisten haben nichts unversucht gelassen, die Rede von objektiven Rechten als vorgegebenen eindeutigen Wesenheiten zu entmystifizieren und die vermeintliche Bestimmtheit der Rechtssprache als Legende zu entlarven. In der deutschen Jurisprudenz hat die Entdeckung richterlicher Vorverständnisse, Auslegungs- und Wertungsspielräume jedenfalls für beachtliche Aufregung gesorgt.¹¹ Ob die »Gewißheitsverluste im juristischen Denken« mit Hilfe der Hermeneutik kompensiert werden können, ist fraglich. Allem Anschein nach kann sich die Interpretationsgemeinschaft der Juristen auf eine verbindliche Methodik nicht einigen. Vom Bundesverfassungsgericht ist ein autoritativ klärendes Wort nicht zu erwarten. Ob sich die Skepsis gegenüber der Vernunft richterlicher Urteile und der Vernünftigkeit von Recht auf der Meta-Ebene von Gesetzgebungs- und Rechtsprechungslehren neutralisieren läßt, darf angesichts der hier herrschenden Unsicherheit bezweifelt werden.¹² Zwar fehlt es hier wie in der praktischen

¹⁰ Verrechtlichung mutet wie ein postmodernes Phänomen, jedenfalls wie ein Irrläufer der modernen Rechtsentwicklung an. Der verzweigten Verrechtlichungsdebatte ist allerdings nicht immer mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu entnehmen, worum es eigentlich geht. Humanistische Mouve (Entfremdung) verbinden sich mit vernunftkritischen (soziale Enteignung, Kolonisierung) oder nur rechtstechnischen Einwänden (Unübersichtlichkeit der Normenbestände, Implementationsdefizite). Mal wird die Qualität, mal nur die Quantität von Recht gerügt. Stets ruht im Hintergrund die selten explizierte Vorstellung richtigen Rechts. Eine vorzügliche Analyse der Verrechtlichungsliteratur nebst zahlreichen Nachweisen präsentiert G. Teubner, *Verrechtlichung – Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege*, in: F. Kübler (Hg.), *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität* (Baden-Baden 1984), 189 ff. Vgl. auch A. Funk et al., *Verrechtlichung und Verdrängung* (Opladen 1984).

¹¹ Selten genug kann das Prädikat »paradigmatisch« verliehen werden. Wohl unstreitig kommt der Studie von J. Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung* (Frankfurt 1970) paradigmatische Bedeutung zu. Vgl. auch G. Haverkate, *Gewißheitsverluste im juristischen Denken* (1977).

¹² In den Lehren zur Gesetzgebung und Rechtsprechung konkurrieren ziemlich unvermittelt historische und soziologische Grundlegungen mit der Suche nach apriorischen Grundlagen des Rechts. E.g. H. Schneider, *Gesetzgebung* (1982); N. Achterberg, *Die Bedeutung der Gesetzgebungslehre für die*

Rechtsarbeit nicht an konstruktiven Entwürfen. Doch werden diese (wie auch die klassischen Konstruktionen) von einer sich noch radikaler gebärdenden Vernunftkritik in Philosophie und Jurisprudenz unter Ideologieverdacht gestellt, die sich dekonstruktiv gibt und postmodern nennt.

III. Die ernste und ironische Dekonstruktion – ein Gegenprojekt?

Vor der Zitadelle des Rechts, so scheint es, tobt ein epochaler geistespolitischer Kampf zwischen Moderne und »Postmoderne«¹³. Der Zeitgeist, auf rasche Befriedigung erpicht, hat letztere bereits zur Siegerin erklärt. Wohl voreilig. Denn klar ist nur: die Post geht ab; ganz unklar ist: wohin.

Was jene Postmoderne überhaupt sei, ob sie begonnen und die Moderne abgelöst habe, ob die Moderne also verblichen oder doch wenigstens erschöpft sei, und was wir von postmodernen Einsichten halten sollen – daran scheiden sich die Geister. Die »Alteuropäer« und Verteidiger einer aufklärerischen Moderne sind sich insoweit einig: Die Postmoderne ist entweder ein Ding der Unmöglichkeit oder das Geschäft der Gegenaufklärung. Oder aber sie winkt mit einer Zukunft, die besser Vergangenheit wäre. Die »neufranzösischen« Protagonisten der Postmoderne wiederum kontern mit dem unverschämten Bild einer Moderne als Transit zwischen Mittelalter und einer noch offenen Zukunft. Oder aber, etwas milder, ironisieren sie die Moderne als Zeitalter männlicher Kopfgeburten. Längst haben sich die letzthin ein wenig durchlässigeren Fronten und Lager gebildet und sind die Projektleiter bestellt worden.¹⁴ Wieder einmal triumphiert das dichotomische Denken, das doch die Vertreter der neuen Vernunft gerade *dekonstruieren* wollen.

Zwei Lesarten der Postmoderne

Getreu der Baumetapher und auch als Eselsbrücke über unwegsames, weil (bewußt?) unleserliches postmodernes Gelände verstehe ich *Dekonstruktion*¹⁵ als Versuch, rationalistische Konstruktionen in ihre Einzelteile zu zerlegen, um Risse,

Entwicklung einer allgemeinen Regelungstheorie, ZfG 3/1986, 221 ff. und ders. (Hg.), Rechtsprechungslehre (Köln 1986).

¹³ Eine sehr lesenswerte, weil differenzierte und nicht von vorn herein parteiische Einführung geben die Beiträge in *Huyssen/Scherpe* (Anm. 8). Wer sich mit einigen »Klassikern« der Postmoderne vertraut machen möchte, sei verwiesen auf: *R. Venturi*, *Complexity and Contradiction in Architecture*, 2. Aufl. (New York 1977); *I. Hassan*, *The Dismemberment of Orpheus*, 2. Aufl. (1982), bes. 259 ff. (»Preface 1982: Toward a Concept of Postmodernism«) und *J. F. Lyotard*, *Das postmoderne Wissen* (Berlin 1982). Zur Kritik des Logozenismus als der Herrschaft der Vernunft über alles Andere, als Herrschaft der Sprache (des Begriffs) über die Schrift und zur Kritik des Phallogozentrismus als Tyrannei des männlichen Signifikanten vgl. *J. Derrida*, *Grammatologie* (Frankfurt 1974) und ders., *Die Stimme und das Phänomen* (Frankfurt 1979) sowie die kongeniale Präsentation der »Theorie und Kritik nach dem Strukturalismus« durch *J. Culler*, *On Deconstruction* (1982), bes. 43 ff., 89 ff.

Zur Kritik der Postmoderne vgl. *B. Schmidt*, *Postmoderne – Strategien des Vergessens* (Frankfurt 1986); *J. Habermas*, *Modernity versus Postmodernity*, *New German Critique* 22 (1981), 3 ff.; *S. Benhabib* (Anm. 8) und *A. Honneth*, *Der Affekt gegen das Allgemeine*, *Merkur* 8 (1984), 893 ff.

¹⁴ Die Wortmeldungen von *J. Habermas* (Anm. 13) und *J. F. Lyotard* (Beantwortung der Frage: Was ist postmodern?, *Tumult* 4/1982, 131 ff.) illustrieren die zunächst »frontale« Auseinandersetzung. Vgl. hierzu auch die Beiträge von *R. Rorty* und *M. Jay* in: *Praxis International* 4/1984, 1 ff. und 32 ff. Die Fronten sind leztlich ein wenig durchlässiger geworden. Im »Philosophischen Diskurs der Moderne« (Anm. 7) jedenfalls ist ein lagerspezifischer Ton doktrinären Ernstes nicht zu vernehmen. Auch für *J. Derrida* (Anm. 1) ist die Aufklärung nicht gestorben.

¹⁵ Zu den Ebenen der Dekonstruktion vgl. *J. Derrida*, *Die Schrift und die Differenz* (Frankfurt 1972). Als Lehrbuch für Dekonstruktion wäre Derridas *Grammatologie* (Anm. 13) zu lesen. Allerdings nicht ohne Schwierigkeiten.

Spannungen, verdeckte Bauteile, eingemauerte Werkzeuge und zwanghaft vereinfachende Gegen-Sätze zu Tage zu fördern. Ans Licht einer noch radikaleren Aufklärung. Daraus ergeben sich zwei, wie ich denke, ernstzunehmende Lesarten der Postmoderne als *Revolte gegen die institutionalisierte Moderne* und als *Radikalisierung der linguistischen Wende*.

Begonnen hat die Revolte wohl in der Architektur, die mit der Geste des historischen Zitats auf den Fassaden das Gebot der Stilreinheit und die »Zweckgebundenheit eines strengen Funktionalismus« zurückweist zugunsten einer unordentlichen, komplexen und ironischen Vitalität, die den Kontext architektonisch zur Sprache bringt.¹⁶ Nach der Literaturkritik und Kunst wird schließlich auch die Soziologie von der Kritik an der kanonisierten Denkungsart, Bau- und Sichtweise angesteckt.¹⁷ Am deutlichsten in der Modernisierungsdebatte, also der Kritik am Paradigma des sozialen Fortschritts gemäß einem vom Entwicklungspfad der westlichen Industriegesellschaften abgezogenen, raumzeitlich neutralisierten Muster von »Modernisierung«. Als soziales Substrat dieser Dekonstruktionsbewegungen lassen sich die gegenkulturellen Strömungen und Revolten der sechziger und siebziger Jahre interpretieren. Jedenfalls sind postmoderne Züge an ihnen erkennbar: Sie verlassen die Foren und überschreiten die Grenzen rationaler Debatte und Opposition, präsentieren (bisweilen neuromantische) gegenkulturelle Entwürfe und bestreiten radikal die Rationalitätsansprüche der europäischen sozialen Kultur – freilich nicht selten auf dem Rücken einer Theorie mit eurozentrischem Hegemonieanspruch. Dem Zerrbild einer einheitlichen modernen Kultur wird ein Pluralismus der Lebenswelten, dem gesellschaftstheoretischen Konstrukt der Großgesellschaft wird ein »patchwork der Minderheiten« (Lyotard) entgegengehalten.

Übersetzt in die Sphäre des Juridischen, bahnt sich eine Revolution an. Einfache Ordnungsmuster wie Individuum versus Staat/Gesellschaft werden komplex; zwischen den Einzelnen und das Ganze treten Minderheiten, intermediäre Gewalten, ja auch die äußere Natur und wollen rechtstheoretisch berücksichtigt und rechtspraktisch geschützt werden. Die raumzeitliche Neutralisierung von Geschichte und Gesellschaft in abstrakten Rechtskategorien wird als Entfremdung und Verdinglichung kritisiert. In der Kritik an der Verrechtlichung meldet sich die juristische Revolte gegen das institutionalisierte moderne Rechtsverständnis zu Wort.

Zur zweiten Lesart. Aus dem modernen Elfenbeinturm treiben uns die Vernunftkritiker in einen postmodernen Supermarkt und radikalisieren dort die *linguistische Wende*¹⁸. Hier finden wir, unter anderem, den »ästhetischen Populismus« in der Sprache der Architektur, den fröhlichen Eklektizismus postmoderner Kunst, Philosophie und, wie noch gezeigt wird, Rechtstheorie. Daneben den »glücklichen Polytheismus der Sprachspiele« samt »Anspielungen auf ein Denkbare, das nicht dargestellt werden kann«, jedenfalls nicht anders als im »Spiel der Oberflächen« und

16 Zur Verwendung der Baumetapher und (vorsichtigen) Analogisierung architektonisch und rechtstheoretisch konstruktiver Arbeit hat mich die Ausstellung »Vision der Moderne. Das Prinzip Konstruktion« im Frankfurter Architekturmuseum angeregt; vgl. dazu den von H. Klotz herausgegebenen Katalog gleichen Titels (München 1986).

Die architektonische Gestaltung des Frankfurter Museums für Kunsthandwerk hat meine Intuition bestärkt, daß es möglich ist, Ernst und Ironie, Konstruktion und Dekonstruktion zu verbinden.

Zur Sprache der postmodernen Architektur vgl. R. Venturi (Anm. 13) und die anschauliche, wenngleich dramatisierende Einführung von C. Jencks, *The Language of Post-Modern Architecture*, 4. Aufl. (New York 1984).

17 Nachweise bei A. Huyssen, *Postmoderne – eine amerikanische Internationale?*, in: A. Huyssen/K. Scherpe (Anm. 8), 13 ff. und V. B. Leitch, *Deconstructive Criticism* (New York 1983). Siehe auch den Artikel »Modernisierung« in der *Encyclopedia for the Social Sciences*, Bd. X, 386 ff.

18 R. Rorty, *The Linguistic Turn* (1964).

in der »Zirkulation von Intensitäten und Affekten«, so Lyotard, und schließlich eine »Linguistik der decodierten Ströme« bei Deleuze und Guattari. Alles fließt – theoretisch; alles geht – methodisch. Im postmodernen Supermarkt gibt es keinen *numerus clausus* für gute Gründe. Bewußte und gewollte, also sträfliche Verwirrung – das alles? Oder Ironie des Schicksals der Moderne, die auf ein erkennendes Subjekt setzt, dessen begrenzten Kräften sie abverlangt, eine Aufgabe zu lösen, nämlich Welt- und Selbstkonstruktion, die doch unendliche Kraft erfordert?¹⁹ Ironie des Schicksals eines modernen Rechts, das die Subjekte mit den Utopien von Befreiung in die Praktiken der Versklavung, sprich: Entfremdung, verstrickt?

Die Antworten liegen nicht auf der Hand. Die »eigentlichen« Postmodernen, die Poststrukturalisten²⁰, sind weniger an Antworten als vielmehr an der Vollendung der linguistischen Wende in den Lehren von der Beliebtheit sprachlicher Zeichen interessiert. Theorien sollen nicht länger in der Erfüllung von Konstruktionsideen aufgehen. Das »Leben« sprachlichen Sinns ließe solche Konstruktionsarbeit auch gar nicht zu, reduziert es sich doch auf die anonyme Existenz sprachlicher Codes in einem nicht vernunftmäßig kontrollierbaren Spiel von Differenzen. Die »großen Erzählungen« der »Meisterdenker« von der Emanzipation des Subjekts, des Geistes oder der Menschheit insgesamt seien auserzählt – dekonstruiert. Die Einheit des Diskurses ist wohl dahin, universelle Bedeutungen, wie insbesondere *die Vernunft*, sind brüchig geworden. In der Kritik des totalisierenden Denkens tritt uns das »Zeitalter ohne Paradigma« entgegen. Aber auch ohne Utopie?

Ist der Faden gerissen? Oder ist die poststrukturalistische Absetzbewegung nur eine verneinende Gebärde, die ins Leere weist, die bei Lichte besehen das Erbe der Aufklärung, wider alle postmoderne Rhetorik, doch nicht ausschlägt, sondern die Vernunftkritik nurmehr radikalisiert? Es gibt Anzeichen für beides. Die Absage an jegliche Bedeutung und der Verzicht auf Theorie, die Phänomene benennt und erklären will, klingen nach Ausstieg aus dem Projekt der Moderne. Aber ist das wirklich so bierernst zu nehmen? Auch postmoderne Denker suchen – ja, was denn? – ihr Publikum und Verständigung. Selbst das freie Spiel der Signifikanten, der grammatikalischen Zeichen und rhetorischen Schichten kommt ohne Bedeutung, ohne Grundierung in Sprache oder Schrift nicht aus. Noch der ironische Ton will anders rasonieren als der ernste. Ratio ist doch wohl am Werk, wenn geläufige Einheitsstiftungen wie Geschichte, Gesellschaft oder Struktur zerlegt, wenn Verdrängtes, Nebensächliches oder Unkenntliches *zur Sprache* gebracht werden. Durch die Dekonstruktionen hindurch scheinen der *Text* als heimlicher Einheitsstifter und die textuelle Arbeit als emanzipatorische Praxis hervor. Statt der Befreiung des Subjekts haben wir es freilich mit der Befreiung des Textes vom übermächtigen Autor/Subjekt/Logos und der Entlastung von re-präsentativen Aufgaben zu tun. Die poststrukturalistische Entmystifizierung versteinelter Rationalismen verstrickt sich allem Anschein nach in eine »quasi-metaphysische Theorie der Textualität« (Huyssen).

Gleichwohl sind linguistische Wende wie auch die antimodernistische Revolte von der zeitgenössischen Rechtskritik rezipiert worden. Allerdings hierzulande mit

¹⁹ J. Habermas (Anm. 7), 306 ff.; M. Foucault (Anm. 6), 372 ff.

²⁰ Als »Poststrukturalisten« figurieren üblicherweise die französischen Anti-»Meisterdenker/innen« R. Barthes (als »Lehrer«), G. Deleuze, J. Derrida, J. Kristeva, J. F. Lyotard, P. de Man und L. Irigaray. Eine hilfreiche, wenn auch anspruchsvolle Einführung geben J. Cidler (Anm. 13) und V. B. Leitch (Anm. 17).

Zur Kritik der poststrukturalistischen Einebnung des Gattungsunterschieds zwischen Literatur und Literaturkritik s. J. Habermas (Anm. 7), 224 ff. Neuerdings sehen sich die Dekonstruktoren ihrerseits, nun allerdings aus feministischer Sicht, dekonstruiert: A. Jardine, *Gynesis. Configurations of Woman and Modernity* (Ithaca/London 1985).

einer anderen theoretischen Stoßrichtung und unter anderen politischen Vorzeichen als etwa im *Critical Legal Studies Movement*. Bevor diese Differenzen – zwischen konservativ geneigtem Konstruktivismus hier und rebellischem Dekonstruktivismus dort – näher erläutert werden, scheint mir, wie Juristen sagen, vorgeiflich, den Punkt zu bezeichnen, an dem sich die rechtskritischen Wege trennen: den Stellenwert und die aktuelle Problematik kontrafaktischen Denkens. Womit wir in das normative Kerngehäuse der Moderne wie auch der Modernitätskritik eindringen.

IV. Kontrafaktisches Denken, Ernst und Ironie

Für das Projekt Konstruktion spielt kontrafaktisches Denken eine positive Schlüsselrolle. Hier ist der Sitz des respektablen Ernstes: Der normative Konstrukteur hält einer schlechten Wirklichkeit und Gegenwart *kontrafaktisch* das Bild einer besseren Realität und Zukunft entgegen. Kontrafaktisch gedacht, können Widersprüche überbrückt, Sinnverluste kompensiert, Defizite der Praxis aufgefüllt und utopische Perspektiven eröffnet werden.

Dabei sind drei Verwendungsweisen des Kontrafaktischen zu unterscheiden. Zunächst kann es, wie etwa in der Luhmannschen Systemtheorie *schlicht normativ* gemeint sein. Danach wäre jede Norm kontrafaktisch. Oder aber das Kontrafaktische erhält einen Sitz im *Transzendentalen*, wenn, wie in der Kantischen Rechtslehre, der Anspruch erhoben wird, von nichts Geringerem als etwas Nichtintergehbarem sei die Rede. So sei das »transzendente Faktum« der Vernunft für alle Mitglieder einer Lebensform unausweichlich. Schließlich gibt die Theorie kommunikativen Handelns dem Kontrafaktischen einen *schwach transzendentalen* Sinn: Sie fragt nach den notwendigen Idealisierungen, die die Beteiligten einer bestimmten Praxis, für die es kein funktionales Äquivalent gibt, vornehmen. Und kommt zu dem Ergebnis, daß die kommunikativ Handelnden bei ihren alltäglichen Versuchen, sich zu verständigen, wechselseitig Geltungsansprüche erheben *müssen*. Wir alle sind demnach, wenn wir uns verständigen wollen, »schwach transzendental« genötigt, für expressive Aussagen Aufrichtigkeit, für normative Aussagen Richtigkeit und für theoretische Aussagen Wahrheit zu beanspruchen. Kurz und kontrafaktisch: »Mit dem Eintritt in eine Argumentation können die Teilnehmer nicht umhin, wechselseitig die hinreichende Erfüllung von Bedingungen einer idealen Sprechsituation zu unterstellen. Und doch wissen sie, daß der Diskurs von den ausgeblendeten Motiven und Handlungszwängen niemals definitiv »gereinigt« ist. Sowenig wir ohne die *Unterstellung* einer gereinigten Rede auskommen, so sehr müssen wir uns doch mit einer »verunreinigten« Rede abfinden.«²¹

Die starke und noch die schwache transzendente Version des Kontrafaktischen sind anspruchsvoll, letztere jedenfalls in Hinsicht auf argumentative Diskurse. Sie nähren die Hoffnung auf Weltverbesserung. Daran ist nichts zu kritisieren. Zudem wollen sie *allgemeine* Bedeutung stiften. So die Theorie kommunikativen Handelns mit der Fiktion eines universellen, alle vielfältigen Alltagskontexte überwölbenden, in die Verständigungssituation eingelassenen Kontexts. Solch generalisierendes Denken ruft Kritik auf den Plan. Und diese schürt den Verdacht, daß sich zumindest beim Theoretisieren doch wieder »der Idealismus der reinen, nicht-situiereten Vernunft« (Habermas) einschleicht, die einmal mehr die Herrschaft des

²¹ J. Habermas (Anm. 7), 374 ff./379. Kritisch dazu M. Seel, Eine zweite Moderne?, Merkur 3/1986, 245 ff./248 f.

Allgemeinen über das Besondere errichtet und jene vielfältigen Kontexte verachtet, von denen sie heimlich zehrt.

Noch das sprachphilosophisch aufgeklärte kontrafaktische Denken, so meine Vermutung, behauptet mit seinen Generalisierungen, die Faktizität unter einer dieser angemessenen *kognitiven Kontrolle* zu haben. Beobachtungen, Nachdenken und Verständigung sollen bei Bedarf stets umschalten können vom allgemein Gedachten auf das, was wirklich der Fall ist, auf das »Verunreinigte«. Die Faktizität mag noch so unübersichtlich, unsauber, erdrückend komplex oder entfremdet sein, nichts soll den Theoretiker/Beobachter daran hindern, sie jederzeit »auf den Begriff« oder »zur Sprache« zu bringen. Auch dagegen wäre wenig zu sagen, solange wenigstens intuitiv plausibel erscheint, das, was der Fall ist, könne in der Tat begrifflich konstruiert und vom Kontrafaktischen abgeschichtet werden. Nun gehe ich allerdings davon aus, daß aktuelle Ereignisse und Entwicklungen den kognitiven Zugriff aufs Faktische wie auch die Trennung der zwei Reiche – Faktizität und Kontrafaktizität – haben problematisch werden lassen, wenn diese je unproblemausich waren.²² Mit der Folge, daß generalisierendes und kontrafaktisches Denken Gefahr läuft, uns mit Blindheit zu schlagen, statt konstruktive Distanzgewinne zur Realität einzubringen.

Die begrifflich-konstruktive Entsorgung der Faktizität steht, wie ich zum einen behaupte, infolge der *Mediatisierung der Sprache* vor einem nicht trivialen Problem. Gemeint ist damit die Verwandlung der Sprache in ein Medium, das tendenziell nicht die Welt, sondern die Subjekte verfügbar macht, die sich der sprachlichen Zeichen in konstruktiver Absicht bedienen. Hypermoderne Informationstechnologien, neue Medien, fortschreitende Computerisierung und High-Tech-Kommunikation schicken sich an, mit instrumenteller Rationalität nun auch die Sprache in ihren Dienst zu nehmen und die Menschen aus ihrem vorletzten Reservat zu vertreiben (das letzte sei das forum internum des Gewissens). Die schleichende Enteignung der sprechenden Subjekte geht einher mit der Ummünzung der Sprache in eine Ware, die beliebig konsumiert werden kann. Die Folgen sind greifbar (und werden kulturkritisch angegriffen) als die Entprivilegierung des gesprochenen wie des gedruckten Wortes, die Dequalifizierung von Lesen und Schreiben im »vollendeten Kapitalismus«. Nicht erst seit gestern tendiert die Tauschwertproduktion dazu, selbst noch die sprachliche Erinnerung an Gebrauchswerte auszulöschen. Marx verdanken wir die tiefgreifendsten Analysen der kapitalistisch mystifizierten Welt der Zeichen. Doch der »vollendete Kapitalismus« produziert darüberhinaus seine eigenen Sprachen; im Zuge der rastlos fortschreitenden Digitalisierung sprachlicher Zeichen und der Erfindung immer neuer Programmier»dialekte« wird permanent zerrissen und rekombiniert. Verloren geht die Vorstellung von Sprache als Einheit und Ort der Bedeutungsstiftung.

Diese eher tentativ-vagen Überlegungen möchte ich ansatzweise konkretisieren in Bezug auf die (als zweite Behauptung eingeführte) *Aufhebung der Grenze zwischen Faktizität und Kontrafaktizität*. Ausgangspunkt ist dabei die These, daß kontrafaktisches Denken an der Wahrnehmung, Beschreibung und konstruktiv-visionären Entsorgung der Bedrohungen menschlicher Existenz ansetzt²³ und sich hier bewäh-

²² Die normative Struktur von Wirklichkeit ist für das alltägliche verständigungsorientierte Handeln durch die ethnomethodologische Forschung aufgewiesen worden. Demzufolge ist jeder Aspekt unseres kommunikativen Verhaltens von normativen Erwartungen (auch von Unterstellungen normativer Richtigkeit) durchdrungen.

²³ Daß sich das kollektive Bewußtsein um die Wahrnehmung der das Überleben der Gruppe bedrohenden Gefahren organisiert, legen C. Turnbull, *The Forest People* (New York 1962) und F. Jameson, *The Political Unconscious* (Ithaca/New York 1981), 290 für »primitive« bzw. Klassengesellschaften dar.

ren muß. Kaum streitig dürfte sein, daß seit der dritten technologischen Revolution die größten Gefahren für alles menschliche Leben in Gesellschaft und für das Überleben der Gattung von der Atomenergie (mehr und mehr wohl auch von den Reproduktionstechnologien) ausgehen. Die friedliche(?) und unfriedliche Nutzung dieser Energiequelle hat heute schon Verwüstungen angerichtet, deren Heilung den Alltagsverstand überfordert, der stets dem technischen Fortschritt hinterherhinkt und ihn deshalb zu dämonisieren oder zu trivialisieren²⁴ geneigt ist. Freilich auch die Wissenschaft und die von ihr informierten politischen und rechtlichen Kontrolleure versorgen uns neuerdings mit Worten, die nichts besagen: Ein »Super-Gau« sollte eigentlich nicht eintreten können, schon gar nicht durch menschliches Versagen. »Grenzwerte« verschieben sich unablässig gemäß der wachsenden Gewißheit, daß Gefahrenprognosen und Schadensberechnungen ungewiß sind. Das »Restrisiko« wurde, jedenfalls bis Tschernobyl, einer praktischen Vernunft überantwortet²⁵, die in der nuklearen Gesellschaft keinen Platz findet. Wie zur Bestätigung verläßt sich das Atomgesetz in der Frage der Lizenzierung nuklearer Anlagen und Transporte schlicht und schlecht kontrafaktisch auf das frühkapitalistische Gewerberecht und will, wie beim Gastwirt, die »Zuverlässigkeit« der Betreiber verbürgen (§§ 3,4 und 9 Atomgesetz). Die Gefahrenvorsorge wird ehrlich, aber nicht ohne unfreiwillige Ironie dem »Stand von Wissenschaft und Technik« (§§ 7 II Nr. 3 und 9 II Nr. 3 Atomgesetz) anheimgestellt. Im Angesicht eines unverantwortbaren technischen Fortschritts scheint nicht einmal mehr der Gesetzgeber der kontrafaktischen Kraft von Normen zu trauen.

Auch die beiden anspruchsvolleren Varianten des Kontrafaktischen bleiben hiervon nicht unberührt. Der vollendete Kapitalismus hat das Subjekt aus der Behausung seiner Sprache vertrieben; der Atomstaat hat die nukleare Gesellschaft in eine Grenzsituation verbannt, in der die Grenze selbst suspendiert ist. Diesseits und jenseits von dem, was sein soll oder muß, wird uns die Perspektive einer friedlich-unfriedlichen Zerstörung aufgenötigt, »einer Zerstörung ohne Rest, ohne Trauer und ohne symbolische Bedeutung«. Insofern leben wir in einem »post-apokalyptischen Zeitalter«,²⁶ das uns nicht transzendental, sondern existentiell nötigt, das Udenkbare, weil es herstellbar ist, zu denken: die totale Zerstörung. In Hinsicht hierauf verschmilzt die Faktizität mit der Kontrafaktizität.

Was folgt daraus für kontrafaktisches Denken und Ernst im Recht? Wollen sie nicht tragikomisch wirken, werden sie von der Demagogie der Engel und der Zwei-Reiche-Lehre Abschied nehmen müssen. Gewiß, auch wer sich auf die nukleare Bedrohung, auf die Zerstörung der natürlichen Umwelt oder auf geklonte Lebewesen einstellt, wird Fragen der Gerechtigkeit nicht mit dem katastrophisch aufgeheizten Bade ausschütten. Allein mit universalistischer Rhetorik von Freiheit und Gleichheit, mit den *traditionell* guten Gründen läßt sich jedoch weder die Welt verbessern noch die Rechtsvernunft retten. Wenn aber auch kreatürliche Reaktionen wie Angst rational sind, dann müßten sich auch die eisernen Rationalisten an den Kopf fassen und das »(post)apokalyptische« Spiel instrumenteller Vernunft anders kommentieren als kontrafaktisch.

²⁴ Auch große Geister sind gegen Fehleinschätzungen dieser Art nicht immun: »Wir lesen mit einiger Verblüffung, daß Engels nach dem Deutsch-Französischen Krieg meinte, »die Waffen (sind nun) so vervollkommen, daß ein neuer Fortschritt von irgendwelchem umwälzenden Einfluß nicht mehr möglich ist.« (H. Arendt, *Macht und Gewalt*, (München 1985), 7 zu F. Engels, *Herrn Eugen Dührings Umwälzung der Wissenschaft* (1878)).

²⁵ Die Restrisiko-Philosophie der »praktischen Vernunft« hat das BVerfG erstmals in seinem Kalkar-Beschluß (E 49, 89 ff.) von 1978 entwickelt und »Ungewissheiten jenseits dieser Schwelle praktischer Vernunft« »als sozial-adäquate Lasten« allen Bürgern zu tragen auferlegt (S. 143).

²⁶ Zum Post-Apokalypischen unseres Zeitalters s. J. Dermda (Anm. 1), 129.

Wenn es zutrifft, daß die katastrophischen Bedrohungen universell sind und endgültig wären, würden sie Tatsache, dann haben wir allen Anlaß, vom hohen Roß jener institutionalisierten Moderne abzusteigen, die diese Bedrohungslage mit ihrem Fortschrittsglauben hervorgebracht hat. Konstruktives Denken ist nicht mit reiner Faktizität, sondern mit einer immer schon normativ strukturierten Wirklichkeit konfrontiert. Die bedeutungstiftende Kraft der alle treffenden existentiellen Bedrohungen nötigt zur Einsicht in die Fallibilität theoretischer Konstruktionen. Der hehre Ernst gerät ins Zwielficht einer Moderne, deren Vernunftprinzip sich im technischen Fortschritt überschlagen und Fragen der Gerechtigkeit marginalisiert hat. Was wäre von einer gerechten Welt zu halten, die ihren Untergang nur von einem Tag auf den anderen verschieben könnte? Welchen Ernst und wieviel Ironie evoziert eine Rechtsvernunft, die das Hohelied individueller Freiheit und, mit leiserer Stimme, sozialer Gerechtigkeit singt, aber davor abdankt, den destruktiven Wahnsinn der Atom-, Gen-, und sonstigen -technologien normativ zu bändigen? Die Auseinandersetzung mit postmodernen Rechtszweiflern – und zwar mit den Autopoieten hierzulande und mit dem *Critical Legal Studies Movement* in den USA – soll hierauf eine Antwort geben.

V. Autopoiesis oder: postmoderne Zweifel an der Rechtsvernunft

Wäre auf Selbstbezeichnungen und Fremdetikettierungen Verlaß, dann ragten die Theorie von Recht als einem *autopoietischen System* im autopoietischen System²⁷ und deren (ursprünglich diskurstheoretisch aufgeladene) Spielart, die Theorie vom *reflexiven Recht*²⁸ am weitesten ins postmoderne Feld. Bezüglich der Luhmannschen, von außen als postmodern etikettierten Rechtstheorie stößt die Frage nach dem Verhältnis von Moderne und Postmoderne, von Ernst und Ironie ins Leere. Die konstruktive Vorstellung von Recht als gesellschaftlicher Vernunftform, vom Gesetz als Sitz einer Rationalität, in der das Richtige mit dem Gerechten konvergiert, und vom richterlichen Urteil als methodisch kontrollierter, durch gute gesetzliche Gründe ausgewiesener Streitentscheidung hält Luhmann für verfehlt und unmodern. In hochdifferenzierten Gesellschaften kann Rationalität keine Idee, keine Norm und kein Prinzip meinen, die den realen Systemen kontrafaktisch gegenüberstehen. »Der Rationalitätsbegriff formuliert nur die anspruchsvollste Perspektive der Selbstreflexion eines Systems.«²⁹ Diese Selbstbezüglichkeit möglichst

27 Die eher kursorischen, dem umfangreichen Theoriewerk von N. Luhmann ganz unangemessenen Einwände stützen sich auf folgende Arbeiten des Kritisierten: Legitimation durch Verfahren, 3. Aufl. (Darmstadt/Newied 1978), bes. Kap. II; Ausdifferenzierung des Rechts (Frankfurt 1981); Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie (Frankfurt 1984); Einige Probleme mit »reflexivem Recht«, ZRSoz 6/1985, 1 ff. und Ökologische Kommunikation (Opladen 1986). Ich konzentriere meine Kritik auf die systemtheoretische Umwidmung des rationalistischen Konstruktionsprojekts als einen von keinerlei – wie auch immer antiquierten oder aktuellen – normativen Prinzipien gebremsten Modernismus.

Eine kenntnisreiche immanente Kritik mit ironischem Ton hat J. Nocke vorgelegt: Autopoiesis – Rechtssoziologie in seltsamen Schleifen, KJ 4/1986, 363 ff.

28 Kaum minder produktiv als der Projektleiter der Allgemeinen Systemtheorie erweist sich der Vater des »reflexiven Rechts«, G. Teubner. Seine wichtigsten einschlägigen Arbeiten: Reflexives Recht, ARSP Nr. 68/1982, 13 ff.; Verrechtlichung... (Anm. 10); Gesellschaftsordnung durch Gesetzgebungslärm? Autopoietische Geschlossenheit als Problem für die Rechtssetzung (Ms. Bremen/Florenz 1985) sowie G. Teubner/H. Willke, Kontext und Autonomie, ZRSoz 6/1984, 4 ff. Zur Kritik: I. Maus, Perspektiven »reflexiven Rechts« im Kontext gegenwärtiger Deregulierungstendenzen, KJ 4/1986, 390 ff. und die Beiträge von R. Münch und P. Nahamowitz in ZRSoz 6/1985.

29 N. Luhmann, Soziale Systeme (Anm. 27), 638 ff./645.

angemessen zu beschreiben, nimmt sich Luhmann vor. Sein Ziel: eine Theorie empirischer Systeme und ihrer konkreten Reproduktion. In diesem vorab weder rationalistisch-konstruktiven noch dekonstruktiven Sinne werden Gesellschaft, Recht, Politik, Ökonomie und alles, was sich sonst noch als System denken lassen könnte, als autopoietische Systeme vorgeführt, die sich in ihren Elementen und als Ganze selbst reproduzieren. Fast wie in der richtigen Natur.

Recht besteht demzufolge aus Kommunikationen, welche die Eigenschaft haben, andere Kommunikationen zu produzieren. Es tritt auf als ein selbstreferentielles System, das durch die binäre Codierung³⁰ Recht/Unrecht operativ geschlossen ist, was heißt: die Differenz von System und Umwelt generiert. Unterhalb der Leitdifferenz von Recht/Unrecht fixieren rechtsnormative Programme die Bedingungen richtigen Entscheidens. Und zwar stets in Zuordnung auf den binären Code. Gerechtigkeit gibt es folglich nur noch als Konsistenz des juristischen Entscheidens, gemessen an der Normqualität der Normen. Deutlicher kann man die Absage an das vernunftrechtliche Versprechen, die Menschen – auch vermittelt Vermehrung der Legalität – aus der Unmündigkeit herauszuführen, kaum formulieren. Selbstreferenz und binäre Codierung lassen keinen kritisch fragenden Rekurs auf die Rechtsvernunft als Bedingung jener Mündigkeit zu. Die vermeintliche Faktizität selbstreferentieller Systeme gestattet nur die Frage, »in welchem Umfange der Theorieapparat des Rechtssystems und speziell die Rechtsdogmatik befähigt sind, in ihrer Umwelt autopoietische Systeme wahrzunehmen und dem Rechnung zu tragen«³¹. Alles andere kann dem Theoretiker gleichgültig sein.

Der von der Theorie autopoietischer Systeme zur Schau gestellte Empirismus verfängt nicht; ihre normative Bescheidenheit ist eine falsche. Natürlich sind ihre Kategorien und Modelle keine bloßen, dem (Rechts-)Leben abgelauchten *Beschreibungen*, sondern – und wer wüßte das besser als Luhmann selbst? – hochgradig selektive Reduktionen von Komplexität. In der, wie es scheint, realistisch-nüchternen Akzeptanz dessen, was nun einmal in modernen Gesellschaften der Fall ist, steckt eine heimliche Passion für den Status quo. Dessen Vernünftigkeit wird in das System hineinprojiziert. Wohl am deutlichsten offenbart Luhmann das in seiner »heimlichen Theorie« des Gerichtsverfahrens, das die Beteiligten in ein Ritual verstrickt, gleichsam therapeutisch ihre Enttäuschungen verarbeitet, um möglichen Protest zu absorbieren. Wäre diese Systemtheorie durch und durch zynisch, dann könnte man angemessen boshaft sagen, sie sei so postmodern wie die Neutronenbombe, die das Subjekt auslöscht und die Dinge beläßt, wie sie sind. Zutreffender hält man die Theorie autopoietischer Systeme für ein zwar raffiniertes, aber nicht postmodernes Unternehmen, da es wie schon die Kantische Rechtslehre ohne einen Fixpunkt, ohne ein Nichthintergebares nicht auskommt. Gemeint ist die *Differenz von System und Umwelt*, auf die sich jedes Systemproblem reduzieren läßt. Gewiß, das alteuropäische Projekt wird umgedacht: An die Stelle des selbstbezüglichen Subjekts tritt das selbstbezügliche System, die Selbstreferenz der Systemoperationen ersetzt die Selbstvergewisserung des Denkens, und statt Welterkenntnis haben wir es nun mit der Beobachtung von Beobachtungen zu tun. Doch es wird munter autopoietisch konstruiert. Auf der Basis einer soziobiologisch umgewidmeten Vernunft mündet konstruktives Denken in einen Konstruktivismus³², der die Gleichmacherei der Katastrophe gleichgültig nachvollzieht.

³⁰ Allem Anschein nach ist damit zu rechnen, daß die binäre Codierung durch die Einführung eines »Rejektionswertes« aufgelockert wird; vgl. N. Luhmann, Die Codierung des Rechtssystems, *Rechtstheorie* 17/1986, 171 ff.

³¹ N. Luhmann, Einige Probleme mit »reflexivem Recht« (Anm. 27), 4.

³² Vgl. Maturana/Varela, *Der Baum der Erkenntnis* (München 1987).

Das gilt, mutatis mutandis, auch für eher organisationstheoretisch inspirierte Rechtstheorien, die sich der Postmodernität beziehen.³³ Der am weitesten entwickelte Versuch, Recht, Gesellschaft und andere Systeme autopoietisch und nach dem Bilde von Großorganisationen zu modellieren, dürfte die Theorie des *reflexiven Rechts* sein. Im Unterschied zur »reinen« Theorie autopoietischer Systeme fragt diese Theorie, ob und wie das Recht noch steuern kann. Im Gleichklang mit Luhmann wird das Recht autonom gesetzt. *Operativ geschlossen*, wie das nun heißt. Durch die dem Recht aufgegebenen Regulierungsaufgabe wird diese Autonomie »trilemmatisch«: Jeder rechtlich regulierende Eingriff, der die Grenzen der jeweiligen systemischen Selbstregulierung überschreitet, bleibt entweder irrelevant, weil er die falsche Sprache spricht, oder hat desintegrierende Effekte im zu regulierenden Bereich (»Verrechtlichung«) oder für das regulatorische Recht selbst (»Entformalisierung«) zur Folge.

Wie kann, fragt man sich, theoretisch überhaupt auf die wechselseitige Indifferenz der Systeme reagiert werden? *Selbstreferenz* ist der Schlüssel zum Problem. Recht wird umgestellt von Fremdsteuerung auf »Regulierung durch Selbstregulierung«. Recht hält sich zurück, beobachtet sich selbst, wird reflexiv. Die beobachtende Nachdenklichkeit des erkennenden Subjekts kriecht gleichsam in die Rechtsform: Das Recht modelliert sich seine Gesellschaft, Wirtschaft, Politik etc. und vice versa. Das alte Repräsentationsmodell im autopoietischen Gewande!

Und wo steckt das Transzendente? Gott offenbart nichts mehr, die Natur schweigt normativ, eine Hierarchie der Rechtsquellen ist nicht verfügbar; denn das moderne/postmoderne Recht entspringt der Willkür seiner eigenen Positivität, sagt Teubner. Im System wechselseitig indifferenter Systeme scheint das Transzendente keinen Platz zu haben. Es herrschen operative Geschlossenheit, Zirkularität und die unausweichliche Selbstreferenz des Rechts. Mit einer folgenreichen Aufweichung. Recht soll, wenn schon nicht direkt regulieren, so doch Optionen für Regulierungen anbieten und Verhandlungssysteme zwischen den Organisationen vorstrukturieren. Im Recht sollen, es ist für Informationen von außen offen, »umweltadäquate Reflexionsprozesse« ablaufen. Also muß auch in der reflexiven Autopoiesis-Konstruktion wie schon im liberalistischen Recht der freien Marktgemeinschaft eine *invisible hand* her. Und wie einst Zithern kommen nun »strukturelle Kopplungen« und »Interferenzen« zwischen den Schaltstellen der Systeme aus dem Busch, die die Modellierung der Außenwelt in der Innenwelt bewerkstelligen. Das Rechtssystem kann folglich beispielsweise das Wirtschaftssystem wenigstens als störendes Rauschen wahrnehmen; und Gesetzgebungslärm kann »order from noise«³⁴, will sagen: wirtschaftliche Ordnung mitproduzieren. Folglich müssen wir, von der Brücke der Interferenz aus betrachtet, die blinde Interaktion der sich selbst und nur sich selbst beobachtenden System nicht ganz so ernst nehmen. Der Grundstoff »Sinn« transzendiert die Systemgrenzen, indem er die Systeme mit der Fähigkeit ausstattet, sich wechselseitig anzuregen, sich einander quasi-lebensweltlich mitzuteilen, was Sache ist.

³³ Gemeint ist damit insbesondere K. H. Ladeur, der sich gegenüber N. Luhmann und dem »späten« Teubner dadurch auszeichnet, daß er mit seinen rechtstheoretischen Entwürfen zugleich demokratietheoretische Intentionen verbindet, allerdings idealtypische Vorstellungen zurückweist; vgl. insbesondere K. H. Ladeur, Vom Gesetzesvollzug zur strategischen Rechtsfortbildung, *Leviathan* 4/1979, 339 ff.; Vorüberlegungen zu einer ökologischen Verfassungstheorie, *Demokratie und Recht* 1984, 285 ff. und Ein Vorschlag zur dogmatischen Neukonstruktion des Grundrechts aus Art. 8 GG als Recht auf »Ordnungsstörung«, *KJ* 2/1987, 150 ff. Die Konzeption von Ladeur soll an anderer Stelle ausführlich diskutiert werden.

³⁴ »Order from noise« dürfte eine Entdeckung von H. v. Foerster (*Observing Systems*, Seaside 1981) sein, die seitdem unter Autopoieten Furore macht. Siehe N. Luhmann, *Ökologische Kommunikation* (Anm. 27), 128 und G. Teubner, *Gesellschaftsordnung durch Gesetzgebungslärm* (Anm. 28), passim.

Eigentlich dürften sie sich nur mitteilen, daß sie gemäß einer je spezifischen Leitdifferenz – Recht/Unrecht, Zahlen/Nichtzahlen etc. – operieren. Doch der Theoretiker drückt auf der Brücke der Interferenz ein Auge zu und dekonstruiert – gewiß unfreiwillig und ohne Ironie – die »unbiegsame Härte« (Luhmann) der Autopoiesis.

Wir können vorsichtig, weil eingedenk der viel zu knappen, auf die Fortschrittsproblematik verengten Kritik des kontrafaktischen Denkens wie auch der allzu kursorischen Vorstellung postmoderner (?) Rechtsmodelle bilanzieren: Die Ursprungsvision der konstruktiven Moderne, daß *theoretisch alles machbar* sei, schlägt heute einmal in einer perfektionierten Technologie der Zerstörung und zum anderen im eleganten systemtheoretischen, aber unterkühlten Bild einer »Brave New World« zurück. Mit diesem Ende rechtsnormativer Konstruktionen wäre nicht nur die Passion für Gerechtigkeit ausgezehrt, sondern zugleich die Postmoderne als »post-histoire« erreicht.

VI. Rechtskritik in der Revolte: *Critical Legal Studies*

Bei der Annäherung an die zeitgenössische Rechtskritik in den USA, locker und unübersichtlich gruppiert im Critical Legal Studies Movement, begegnen wir dem ironischen Ton eigentlich dekonstruktiver Rechtsarbeit. Im Vergleich zu den hierzulande eher begriffsstrategischen und konstruktivistischen Linien hin zur Postmoderne läßt sich CLS zwanglos an die Revolte gegen institutionalisierte Moderne und an die linguistische Wende anschließen. Die Revolte bildet sich bereits im »stilunreinen« Amalgam von Kritik-Traditionen und -Varianten ab. CLS spottet jeder Schulen- und Einheitsbildung: Mühelos lassen sich Marxisten und Schüler der Frankfurter Schule, Neo-Realisten und Linksweberianer, Anhänger des Pragmatismus und Existentialisten, Strukturalisten und Poststrukturalisten sowie eine ausgeprägte feministische Rechtskritik aufspüren.³⁵ Allein diese Kombination, die jeden ernsten Konstrukteur erschauern läßt, bürgt für Ironie. Theoretischer Eklektizismus, der für sich genommen postmodern anmutet – vergleichbar dem Spiel mit Zitaten und Fragmenten in der postmodernen Architektur –, sorgt für neue Übersichtlichkeit in

³⁵ Die Frage, was es mit dem *Critical Legal Studies Movement* denn auf sich habe, läßt sich weder ein für allemal noch für den Moment erschöpfend beantworten. Das haben Bewegungen so an sich. Einen Überblick über die thematische Ausbreitung und historische Tiefe von CLS vermittelt die von *Duncan Kennedy* und *Karl Klare* zusammengestellte Bibliographie: 94 *Yale L.J.* 461 (1984).

Die Beiträge in *D. Kairys* (Hg.), *The Politics of Law. A Progressive Critique* (New York 1982) eignen sich zu einer theoriegeschichtlichen und theoriepolitischen Ortsbestimmung der ersten beiden Generationen von Crits.

Eine *Kultur des Dissenses* in theoretischer wie methodologischer Hinsicht, die die Faszination von CLS ausmacht, spiegelt sich in den folgenden Arbeiten (die sich auch als Einführungen, allerdings anspruchsvolle, lesen lassen): *Robert W. Gordon*, *Critical Legal Histories* und *David M. Trubek*, *Where the Action Is: Critical Legal Studies and Empiricism*, 36 *Stan. L.Rev.* 57 und 575 (1984); *David Kennedy*, *Critical Theory, Structuralism, and Contemporary Scholarship*, 21 *New Eng.L.Rev.* 209 (1985/86) und *Roberto M. Unger*, *The Critical Legal Studies Movement*, 96 *Harv.L. Rev.* 563 (1983). Als freundlich-kritischer Beobachter skizziert *A. Altman* die von den »Legal Realists« entfachte und von CLS neu geschürte rechtsskeptische Debatte (*Legal Realism, Critical Legal Studies, and Dworkin*, 15 *Phil. & Publ. Affairs* 205 (1986)).

CLS ist mittlerweile gefeierter und geschmähter Gegenstand von wenigstens drei Symposien gewesen (36 *Stan.L.Rev.* 1 ff. (1984) und 34 *Am.Univ.L.Rev.* 939 (1985)); damit durfte es zur institutionalisierten (Post-)Moderne gehören – eine Vermutung, die von einer der »Founding Persons« geteilt wird; s. *Duncan Kennedy*, *Psycho-Social CLS: A Comment on the Cardozo Symposium*, 6 *Cardozo L.Rev.* 1013/1029 f. (1985).

der Rechtskritik. Im Zeitalter ihres Experimentierens produziert diese Rechtskritik einen doppelt ironischen Ton, den ich einmal von außen theoriegeschichtlich und einmal von innen aus dem Gewirr kritischer Stimmen zum Klingen bringen möchte.

299

Vaterlose Rechtskritik

»Großväter und Söhne« wäre eine wohl angemessene Kurzformel für den historisch-psychologischen Zugang, der CLS als vaterlose Rechtskritik kennzeichnet. Von den »Legal Realists« übernehmen die Crits das zentrale Thema – die Unbestimmtheit des Rechts – und den (post)Azdakschen Stil ihrer Kritik. Die realistischen Großväter werden verehrt. Diese konzentrierten ihre Skepsis gegenüber der Rechtsvernunft auf die drei ehernen Dogmen des amerikanischen wie im übrigen auch deutschen Rechtsdenkens: *Rechte* hätten eine objektive, mit abstrakten Begriffen und logischen Schlüssen rechtsimmanent ausweisbare Existenz; *richterliche Urteile* seien angemessen als die rational nachvollziehbare und deshalb »vernünftige« Anwendung rechtlicher Regeln und Prinzipien zu beschreiben; das *Präjudizien*system gestatte, die Entscheidungsmaxime eines früheren Falles »logisch« auf spätere anzuwenden.³⁶ Der herrschenden Rede von objektiven Rechten als vorgegebenen und eindeutigen Wesenheiten hielten die Realisten entgegen, daß Sprache – auch die juristische – ein vieldeutiges und vielseitiges Medium der Kommunikation sei, das erhebliche Deutungs- und Manipulationsräume eröffne. Von Moral, Politik und sozialer Wirklichkeit abgekoppelte juristische Argumente seien folglich mit Notwendigkeit begrifflich zirkulär, oder drastischer: »transzendentaler Unsinn« (F. Cohen). Die Gegenvorstellung der Realisten: Nicht vorgegebene Regeln und Begriffe »lösen« einen Fall, sondern nur die Regeln und Rechte, die ein Richter auffindet, auslegt, anerkennt und zuspricht, die er für verfassungsgemäß, vorrangig oder einschlägig hält. Weder legislative Vor-Entscheidungen noch Präzedenzfälle schließen die Möglichkeit aus, daß ein Richter so oder so urteilt. Entscheidend sei vielmehr, welche *Wahl* ein Richter trifft, d. h., welche Interessen er als rechtdlich erheblich und schutzwürdig ansieht, und von welchen politischen Präferenzen er sich bei dieser Wahl leiten läßt. Begriffe, Regeln und Prinzipien beschreiben also nicht, was Richter tatsächlich tun, sondern führen bestenfalls zu generalisierenden und höchst unsicheren Aussagen darüber, was sie möglicherweise tun werden. Die Realisten schrecken freilich am Ende vor den radikalen Konsequenzen ihrer UnbestimmtheitsThese zurück und lassen den ironisch-skeptischen Ton bei der sozialwissenschaftlich-empirischen Fundierung eines »responsiven Rechts« verstummen. Hier trennen sich die Wege von Realisten und Crits, die den Skeptizismus radikalisierten und die *linguistische Wende* vollenden wollen. Genau hier aber setzt die Vätergeneration an – die *Postrealisten*³⁷, die sich nun anschicken, das von den Realisten zerfledderte Recht zu erneuern. Jedes einigermaßen wissenschaftliche Mittel ist den Postrealisten recht, wenn es nur verspricht, die Bestimmtheit richterlicher Urteile und die Autonomie des Rechts einigermaßen zu gewährleisten. Hem-

³⁶ Zur Untrennbarkeit von Recht und Politik vgl. *Corbin*, *The Law and the Judges* (1914); zur Logik des Präjudizsystems vgl. *Oliphant*, *A Return to Stare Decisis*, 14 *Am. Bar Ass'n J.*, 71 ff. (1928); zum Einfluß außerrechtlicher Faktoren auf die Recht-Sprechung vgl. *Radin*, *The Theory of Judicial Decision or: How Judges Think*, 11 *Am. Bar Ass'n J.*, 357 ff. (1925); zur Unbestimmtheit der Rechtssprache vgl. *F. Cohen* (Anm. 4).

³⁷ »Postrealismus« fungiert als Sammelbezeichnung für die von der realistischen Rechtskritik motivierten Ansätze zur Erneuerung des Rechts in der amerikanischen Rechtswissenschaft. Im wesentlichen lassen sich vier Strategien zur Modernisierung der Rechtsdogmatik und der richterlichen Rechtsfindung unterscheiden: die Politisierung, Ökonomisierung, Substantialisierung und Prozeßorientierung des Rechts.

mungslos plündern sie zu diesem Zweck in den Nachbardisziplinen, wo sie das Modell des *policy-making* für den Juristen und die *ökonomische Rechtsanalyse* für das richterliche Entscheiden entdecken oder ihr (bzw. des Rechts) Heil in der Orientierung entweder am politisch-rechtlich institutionalisierten *Prozeß* oder an den verfassungskräftigen *social values* (hierzulande wären das Grundwerte) suchen. Die Rationalität des Rechts soll also mal durch politikwissenschaftliche Analyse, mal durch ökonomische Effizienzkalküle, mal durch die vorfindlichen Begründungspflichten und Beweislastregelungen vor allem des gerichtlichen Verfahrens, mal durch konsenserheischende Grundwerte verbürgt werden.

Mit diesen ernst gemeinten postrealistischen Rekonstruktionsansätzen können sich die Söhne und Töchter von CLS nicht einmal kritisch identifizieren. Sie instrumentieren ein leicht dissonantes Hintergrundorchester von »dead und living Europeans« zuzüglich einiger Nichteuropäer, um dem eklektizistischen Schelm der Postrealisten ironisch noch einen drauf zu setzen. So parodieren sie den Stil der Postrealisten und deren Theorie- und Methodenpluralismus, wenn sie etwa Derrida als Kronzeugen für eine Kritik des amerikanischen Verwaltungsrechts³⁸ oder die Realisten, Habermas, Lukacs, Marcuse, Marx und Rorty zur gesamten Hand als methodologische Ziehväter³⁹ bemühen. Während die Postrealisten sich zugute halten, ihr Eklektizismus diene einer guten Sache, nämlich der wissenschaftlichen Einhegung der Rechtsvernunft, werfen sie den marxistischen, foucaultistischen, derridaesken, phänomenologischen und feministischen Dissidenten Nihilismus und Irrationalismus vor. Deren behender Wechsel von einem Genre der Kritik zum anderen und insbesondere deren Radikalisierung der These, das Recht sei unbestimmt (auf die ich sogleich zurückkommen werde), irritieren das Selbstverständnis der postrealistischen Rechtsmodernisten. Diese verkennen dabei, daß sie selbst es waren, die den *juridisch verengten Selbstbegründungszwang*, d.h. die Rationalität des Rechts nur mit rechtstheoretisch ausgewiesenen Mitteln zu begründen, durch zügellose pluralistische Theorie- und Methodenspiele gelockert haben. Der virtuose Eklektizismus und der dadurch entstehende ironische Ton kränken die Vertreter der herrschenden Meinung, weil sich ein deutlicher Mangel an Reverenz für die Väter heraushören läßt.

Der postödpale Konflikt zwischen übergangenen Vätern und auf die Großväter fixierten Kindern hat freilich auch eine inhaltliche Dimension. Die Konfrontation zwischen Rechtserneuerern und Rechtskritikern verweist auf den Streit zwischen Modernisten und Postmodernisten. In beiden Fällen geht es ums Ganze: die Zukunft der Philosophie/Rechtswissenschaft und der Vernunft/des Rechts. Den erbarmungslosen Dekonstruktionen aller Rekonstruktionsversuche können die Postrealisten entnehmen, daß viele Crits nicht geneigt sind, das Recht (re-)konstruktiv zu besingen. Solche Kritik verstimmt hM. Und deshalb auch werden die Crits als wild gewordene Linksradikale etikettiert (nicht als neokonservative wie hierzulande die Neufrauzosen). Anders als der postmodern/moderne Kulturkampf

38 G. Frug, The Ideology of American Bureaucracy in American Law, 97 Harv.L.Rev. 1276 (1984) kritisiert die Legitimationsmodelle für Bürokratie im amerikanischen Verwaltungs- und Wirtschaftsrecht mit Hilfe einer derridaesken Dekonstruktion der Grenze zwischen den von den einzelnen Modellen getrennten – und, so jeweils die These der Modellierer, auch dogmatisch kontrollierten – objektiven und subjektiven Faktoren.

39 Wie beispielsweise J. W. Singer, The Legal Rights Debate in Analytical Jurisprudence from Bentham to Hohfeld, Wis.L.Rev. 975 (1982) oder Duncan Kennedy, Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, With Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power, 41 Md.L.Rev. 563 (1982).

Die Angabe theoretisch-methodischer Einflüsse in einer Fußnote zu Beginn eines Aufsatzes, möglichst in der Fußnote 1, gehört zu den »earmarks« der CLS-Kritik.

ist die Fehde zwischen *mainstream jurisprudence* und CLS keine akademische Angelegenheit geblieben, sondern wird, mit interessierten Verzeichnungen, in der Presse vor einem Publikum ausgebreitet,⁴⁰ das vermutlich nicht ohne voyeuristische Lust die Selbstzerfleischung der mächtigen *lawyers* registriert, während das politische Establishment um seine Zitadelle, die Harvard Law School, bangen mag.

301

McCarthys Rückkehr oder: Die Ironie in der Krise

Zur Illustration dieser Fehde, aber auch zur Einführung in das dilemmausche Selbstverständnis der Crits möchte ich eine Kontroverse skizzieren, die ein angesehener liberaler Reformjurist mit einer Attacke gegen CLS auslöste. In einem ebenso kurzen wie metaphorischen Essay »Of Law and the River«⁴¹ beklagte sich der Dekan der Duke University School of Law, Paul Carrington, über den Verfall der professionellen Sitten und Qualifikationen. Intellektueller Mut und eine professionelle juristische Einstellung werde an einigen juristischen Fakultäten untergraben. Gemeint waren und sind die »nihilistischen« CLS-Lehren, die dem Recht jeglichen bestimmten Inhalt absprächen. Solche Nihilisten, namentlich Roberto M. Unger⁴², will Carringtons Berufsethik verpflichten, die heiligen Hallen der Juristenausbildung zu verlassen. Der radikale Rechtszweifel, das ist offensichtlich, soll schweigen.

Diese geistespolizeiliche Wortmeldung trat eine Lawine des liberal gesonnenen Protestes los. Mehrstimmig wiesen Crits den Nihilismusvorwurf zurück:⁴³ »Keiner von uns denkt, Recht habe keinen Inhalt«, entfalteten eine erstaunliche Abwehrsemantik (»CLS-Leure sagen häufig..., daß Rechte »unbestimmt« seien. Was sie damit meinen, ist nicht...«) und beschworen alsbald die akademische Freiheit. Ohne eine Spur von Ironie und vorgetragen mit aufklärerischem Pathos!

Kein Zweifel, ein Angriff aus der Mitte des juristischen mainstream ist eminent gefährlich besonders für den kritischen Nachwuchs ohne kündigungs-feste Anstellung, aber auch für Curriculum und politisches Klima an den juristischen Fakultäten. Carringtons Polemik beschwört eine McCarthyistische Wende, also politische Säuberungsaktionen herauf. Gleichwohl registriert man – ohne Häme – sehr moderne Abwehrargumente einschließlich des Hinweises auf Galileo Galilei. CLS tritt geradezu salomonisch auf. Wo bleiben Azdak und sein postmoderner Bruder? Sollten die Aufklärung und liberales Denken doch tiefer in uns und im Recht verwurzelt sein, als die kritische Rhetorik vor »Of Law and the River« vermuten ließ? Sollte Recht, dessen Ernst sich auf eine gerechte Ordnung richtet, doch als Wert an sich ernst zu nehmen sein? Oder zwingt nur die Verteidigung kritischer Einsichten zum taktisch-instrumentellen Gebrauch verfassungsmäßig verbürgter Freiheiten?

Beide Einstellungen zum Recht erscheinen mir in hohem Maße evident und eben deshalb nicht zwingend. Julius von Kirchmann könnte die Crits darüber belehren,

40 E.g. The Wall Street Journal v. 3. 9. 1986 (»The Veritas About Harvard«); The Boston Globe Magazine v. 27. 4. 1986 (»The Harvard Law School Feud«); Time v. 18. 11. 1985 (»Critical Legal Times at Harvard«). Ausführlich dazu: G. Frug, *McCarthyism and Critical Legal Studies* 22 Harv. Civ. R. Civ. Lib. Rev. 665 (1987).

41 P. D. Carrington, *Of Law and the River*, 34 J. Legal Educ. 222 (1984).

42 Carrington bezieht sich allein auf Ungers programmatischen Aufsatz (Anm. 35). Zu verweisen wäre noch auf Ungers zwar für CLS einflußreiche, aber keineswegs dessen »Zentrum« markierende Bücher: *Knowledge and Politics* (New York/London 1975) und *Law in Modern Society* (New York/London 1976).

43 Im folgenden beziehe ich mich auf die Beiträge in der Debatte »Of Law and the River«, and of Nihilism and Academic Freedom, 35 J. Leg. Educ. 1 (1985).

daß sie einerseits Recht haben mit ihrer Kritik an der Jurisprudenz als »Dienerin des Zufalls, des Irrthums, des Unverständes«, daß sie andererseits aber nicht wie »Würmer« »nur vom faulen Holze« unbestimmter und widersprüchlicher Doktrinen und Gesetze leben, sondern sich um das »nathürliche Recht« sorgen sollten.⁴⁴ Unger wäre vermutlich ein Paradebeispiel kritisch-konstruktiver Rechtswissenschaft, und v. Kirchmann hätte diesen Juristen vermutlich offensiv als *Kritiker* und nicht als Träger akademischer Freiheit verteidigt: Ungers These, daß Formalismus und Objektivismus die relative Bestimmtheit von juristischen Doktrinen und Prinzipien gegenüber politischen Ideologien und Visionen behaupten, aber nicht begründen, ist ebenso plausibel wie geläufig. Und seine eigene Position ist schließlich in hohem Maße konstruktiv:⁴⁵ Der Kampf ums Recht, auch um Doktrinen und Prinzipien, soll sich öffnen für die notwendige Kontroverse über die richtige Struktur der Gesellschaft und über die möglichen und wünschenswerten Beziehungen der Menschen untereinander.

VII. Rechte leicht genommen

Was also soll das Gerade von Nihilismus und Unverständlichkeit, von korrupter Berufsethik und mangelndem intellektuellem Mut? Offensichtlich geht es einmal um ein Ausgrenzungsmanöver, das der allzu kritischen Durchleuchtung des herrschenden juristischen Diskurses ein Ende bereiten soll. Es könnte sichtbar werden, daß die Weisheit Salomos auf manipulative Argumentationsspiele heruntergekommen ist. Das müßte das Selbstverständnis der Juristen irritieren. Zum anderen liegt der Verdacht nahe, Carrington und hM gehe es darum, das Recht selbst vor allzu radikaler Vernunftskopsis in Schutz zu nehmen, wäre er doch schon zufrieden, wenn CLS der These von der Unbestimmtheit des Rechts ein wenig abschwören würde. Ob eine Kritik der Unbestimmtheits-Kritik aus theoretischen Gründen zu besorgen ist, wird im folgenden zu prüfen sein. Nur hat das mit Berufsethik nichts zu tun. Diese könnte sich freilich am ironischen Ton mancher Crits stoßen. Denn dieser Ton signalisiert, daß CLS aus dem vermeintlich konstruktiven, juristischen Überbietungsdiskurs »hM versus aA« aussteigt und keine besseren Doktrinen präsentiert. Wider das von Dworkin zuletzt auf Hochglanz gebrachte postrealistische Programm der Rechtserneuerung – »Taking Rights Seriously«⁴⁶ – heißt die ironische Lösung: »Taking Rights Lightly«.⁴⁷ Nicht das Rechtsprojekt der Moderne wird damit verraten, sondern das offene Geheimnis des juristischen Diskurses: daß innerhalb der Grenzen akademischer Regeln mit dem Recht so gut wie alles machbar und mehr oder weniger gut begründbar ist. Im Sinne von Aufklärung über

⁴⁴ J. v. Kirchmann, Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft (Berlin 1848), 22.

⁴⁵ Vgl. R. M. Unger (Anm. 35 und 42). Das bereits in »Knowledge and Politics« formulierte Programm hat Unger gleichsam Zug um Zug eingelöst: *Passion – An Essay on Personality* (New York/London 1984) präsentiert Ungers – sowohl für die Kritik am Liberalismus als auch für den Entwurf einer kommunikativen Gesellschaft zentrale – Theorie der Persönlichkeit. Unter dem Titel »Politics« erscheint demnächst Ungers dreibändige explanatorische Theorie nebst ausformulierter politischer Vision. Unger nennt seinen Ansatz »Supertheorie«, den er bei aller Sympathie für CLS von dessen »Ulratheorie« abhebt.

⁴⁶ R. Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Cambridge 1977) dt.: *Bürgerrechte ernstgenommen* (Frankfurt 1984). Fortgesetzt wurde die Rechtserneuerung von Dworkin mit: *A Matter of Principle* (Cambridge 1985) und *Law's Empire* (Cambridge 1986), in dem er die moralische Kohärenz (»integrity«) von Recht nun ausdrücklich gegen radikalen Skeptizismus, spricht: CLS in Schutz nimmt (271 ff.).

⁴⁷ D. Trubek, *Taking Rights Lightly*, Vortrag an der New School for Social Research und der Cardozo School of Law (Ms. New York 1984).

Aufklärung macht CLS die Trivialisierung der Konstruktionsarbeit publik. Das ist den radikalen Azdaks vorzuwerfen. Und genau hier liegt der standesethische Hase im Pfeffer.

303

Kritik als Therapie gegen den Zwang zur Konstruktion

CLS treibt den ironischen Ton auf die Spitze mit der methodischen Devise des *Trashing*. Die Losung der revoltierenden Studenten: »Trash the glass of the ruling class!« taucht nun in der Rechtskritik auf und heißt hier: »Nehmt spezifische Argumentationen mit ihren eigenen Begriffen sehr ernst; deckt auf, daß sie eigentlich *töricht* (tragi-komisch) sind; und haltet Ausschau nach einer (sich dem Beobachter von außen erschließenden) Ordnung (nicht nach einem Keim der Wahrheit) in dem in sich widersprüchlichen, inkohärenten Chaos.«⁴⁸

Die besondere Ironie dieser Kritikweise oder auch: der »Methode der Widersprüche« liegt zum einen darin, daß die Regeln des Diskurses, die Konsistenzprüfung und immanente Kritik von logischen Schlüssen disziplinierter als von hM auf die Früchte des Diskurses, die juristischen Doktrinen angewendet werden. Die Kritik der ökonomischen Rechtsanalyse etwa verliert keine Zeit bei dem Gedanken an eine stimmigere ökonomische Rechtsanalyse, sondern hält die Aufdeckung von Widersprüchen und Unbestimmtheiten selbst für konstruktiv, weil die Delegitimierung von dogmatischen Prämissen und Sätzen Freiräume schafft für juristische und soziale Phantasie. Dies ist die gleichsam politisch-therapeutische Seite des *Trashing* von Widersprüchen und von Unbestimmtheit.

Die heimlichen Bestimmungen der Unbestimmtheit

Unbestimmtheitskritiken, die kritischen Biß beanspruchen, müssen sich gefallen lassen, daß man ihnen auf den Zahn fühlt. Es geht um die Unterscheidung von trivialen und nichttrivialen Vorstellungen von Unbestimmtheit – und darum zu klären, worin die mehr als nur realistische Radikalität von CLS besteht. Hilfreich ist

⁴⁸ *M. Kelman*, *Trashing*, 36 *Stan.L.Rev.* 293 (1984). Zur Demonstration der *Trashing*-Stile bzw. unterschiedlichen Methoden der Widersprüche: *Duncan Kennedy*, *The Structure of Blackstone's Commentaries*, 28 *Buffalo L.Rev.* 205 (1979) – ein »Klassiker« der ersten CLS-Generation durch die Formulierung und Analyse des »Grundwiderspruchs«: »that relations with others are both necessary to and incompatible with our freedom« (213). *M. Horwitz*, *The Transformation of American Law 1780-1860* (Cambridge 1977) rekonstruiert mit Hilfe funktionalistischer Analysen die »politische Schräglage« vermeintlich neutraler Rechsmaterien; *K. Klare*, *Judicial Deradicalization of the Wagner Act and the Origins of Modern Legal Consciousness 1937-1941*, 62 *Minn.L.Rev.* 265 (1978) bewegt sich ähnlich wie *Horwitz* im Einzugsbereich klassentheoretisch informierter Rechtskritik; *P. Gabel*, *Intention and Structure in Contractual Conditions: Outline of a Method for Critical Legal Theory*, 61 *Minn.L.Rev.* 601 (1977) leitet mit seiner »kritischen Phänomenologie« die linguistische Wende ein.

Die zweite Generation von CLS löst sich von den »fundamentalen Widersprüchen«, die von der Gründergeneration in gewisser Marx-Nähe entdeckt worden waren, und wendet sich – mit eher strukturalistischen Methoden im Rücken – den ins Recht eingelassenen Dichotomien zu: *F. Olsen*, *The Family and the Market: A Study of Ideology and Legal Reform*, 96 *Harv.L.Rev.* 1497 (1983) kontrastiert markt- und familienorientierte Weltbilder; *G. Frug*, *The City as a Legal Concept*, 93 *Harv.L.Rev.* 1057 (1980) präpariert die Aufweichung der Grenze zwischen der privaten und der öffentlichen Sphäre heraus.

In der dritten Generation schließlich dominieren dekonstruktive Ansätze: *David Kennedy*, *Spring Break*, 63 *Texas L.Rev.* 1377 (1985); *C. Dalton*, *An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine*, 94 *Yale L.J.* 997 (1985); *G. Frug* (Anm. 38) und *A. Hutchinson*, *From Cultural Construction to Historical Deconstruction*, 94 *Yale L.J.* 209 (1984).

Der feministischen Kritik auch an poststrukturalistischen Ansätzen dürfen wir entnehmen, daß das Ende der Stange noch keineswegs erreicht und mit weiteren CLS-Generationen und Kritiksäulen zu rechnen ist; vgl. *A. Jardine* (Anm. 20) sowie die Beiträge in *N. Keohane/M. Rosaldo/B. Gelpi* (Hg.), *Feminist Theory: A Critique of Ideology* (1982) und *M.J. Frug*, *Re-Reading Contracts: A Feminist Analysis of A Contracts Casebook*, 34 *Am.Univ.L.Rev.* 1065 (1985).

dazu die Unterscheidung von Recht als einer Vielzahl aufeinander bezogener Normen, Grundsätze und Lehren, also *Recht als Regelsystem* einerseits und von Recht als einer Vielzahl von institutionell vorgesehenen oder möglichen Handlungen und Ereignissen, wie etwa Urteilen, Werten, Interpretieren, Folgen abwägen, auf Interessen Rücksicht nehmen etc., also *Recht als institutionalisiertes Handlungssystem* andererseits. Die in CLS-Kreisen⁴³, aber auch anderswo vertretenen Unbestimmtheits-Theoreme lassen sich auf drei unterschiedlich voraussetzungsvolle und folgenreiche Spielarten komprimieren:

(1) Nach der schwächsten Version besteht die Unbestimmtheit darin, daß die Praxis der Rechtsprechung zwar zu voraussagbaren Ergebnissen führt, die aber *nicht* allein *integral* aus der Funktionslogik des Regelsystems oder dem Funktionieren des Handlungssystems zu erschließen sind, sondern aus dem Mitwirken, wenn nicht gar der Dominanz von *extralegalen Faktoren*. »Bestimmen« lassen sich juristische Entscheidungen (und wohl auch Doktrinen) im Einzelfall erst aus der Kombination von gesetzlichen Vorgaben, herrschenden Lehren, Präjudizien, sozialen Akteuren, sozialen Interessen, politischen Präferenzen etc. Diese – streng genommen – interne Unbestimmtheit von Recht gehört zum Grundstock aller soziologisch informierten Jurisprudenz und Rechtskritik.

(2) Verschärfen läßt sich diese Variante durch die These, die Resultate rechtlicher Entscheidungen könnten auch bei Neutralisierung aller denkbaren extralegalen Faktoren nicht intralegal bestimmt werden. Unbestimmtheit wird damit in der Doppelstruktur von Recht verortet: Recht als Regelsystem führt in der Kombination mit Recht als institutionalisiertem Handlungssystem zu unbestimmten Ergebnissen. Oder anders formuliert: Bestimmtheit wäre zwar im Regelsystem möglich, wird aber durch das *Handlungssystem* verhindert, das Spielräume für Vorverständnisse, Wertungen und Auslegungen eröffnet. Die Unbestimmtheit resultiert also aus dem Hin- und Herwandern des Blicks zwischen rechtlichen Texten und sozialen Kontexten. Diese Einsicht in die *institutionelle* Unbestimmtheit von Recht gehört zum Grundstock der hermeneutisch geschulten Jurisprudenz und Rechtskritik.

(3) Radikaler *Regelskeptizismus* diktiert schließlich die These, Recht als Regelsystem sei so konstruiert, daß es keine bestimmten Resultate produzieren könne. In spiegelbildlicher Umkehrung des Regelfetischismus der Begriffsjurisprudenz halten die Regelskeptiker alle rechtlichen Urteile und Begründungen für mehr oder weniger reine Devisationen, die keiner juristischen Logik oder Methodik folgen. Gestützt wird solcher Regelskeptizismus auf die Offenheit der rechtlichen Rhetorik für den manipulativen Einfluß sozialer Kräfte oder auf in die Struktur des Rechts eingelassene fundamentale Widersprüche oder auf die Offenheit allen sozialen Lebens (auch des Rechtslebens) und aller diskursiven Formen. Diese stärkste, gerade von CLS-Autoren propagierte Lesart schließt folglich die immerhin denkbare Möglichkeit aus, daß Unbestimmtheit durch Begründungsverfahren oder Entscheidungsprozesse abgearbeitet wird. Letzten Endes besagt die radikale Unbestimmtheitstheorie also, daß Recht als Regelsystem eine Struktur hat, von der es keine wie auch immer idealisierte Entscheidungspraxis geben kann, die Gleichbehandlung, und das heißt: Gerechtigkeit garantiert.

Eine scharfe Attacke. Und die Verteidiger des Rechts schießen mit schwerem Kaliber zurück. Gegen die erste Lesart, die intralegale Unbestimmtheit, zieht der rechte Flügel der Jurisprudenz unter der Losung »Wehret der Rechtsfeindlichkeit« zu Felde – zumal wenn die Kritiker nicht nur rechtsrationalistisch argumentieren,

49 Vgl. M. Tushnet, An Essay on Rights, 62 Tex.L.Rev. 1363 (1984) und David Kennedy (Anm. 48).

sondern von Klassenjustiz berichten.⁵⁰ Die Autonomie des Rechts, reine Rechtslehre und unparteiische Justiz sind in Gefahr. Der Sphäre des Juridischen droht die Überfremdung durchs Soziale.

Die zweite Lesart von Unbestimmtheit, obwohl theoretisch brisanter, erregt weniger Anstoß. Wohl weil konstruktive Optionen gewahrt bleiben, unter Anleitung der Hermeneutik den Prozeß der Rechtsanwendung zu rationalisieren.⁵¹

Die dritte und radikal skeptische Variante schließlich sticht Dämme an und setzt den Vorwurf des Nihilismus frei⁵², da sie jeglicher rationalen Konstruktionsarbeit eine Absage erteilt. Leer läuft die Gewißheitsorientierung einer totalisierenden Rechtsvernunft, welche die disparaten Ereignisse und Erscheinungen in der Welt stets zentrieren, d. h. in den Rahmen einer vernünftigen Gesamtordnung einfügen will: Um letzte Zweifel zu unterbinden, werden von den Rechtstheorien letzte Gründe oder Prinzipien oder Begründungsverfahren entbunden. Das natürliche Recht, eine Grundnorm oder Erkenntnisregel oder ein fundamentaler legitimierender Grundsatz allen positiven Rechts (wie etwa Volkssouveränität) sollen kontrafaktisch die vernünftige Identität von Recht und Gesetz einhegen. Mit solchem Idealismus, der freilich im juristischen Diskurs nicht selten zum Autoritarismus von hM verkommt, wollen die Skeptiker aufräumen. Das regt auf.

Wie anderswo schaden auch hier blinder Eifer und distanzloser Ernst. Ein ironischer Zugang zur altfränkischen Jurisprudenz wie auch zur jungtürkischen Rechtskritik lockert die Verklammerung zwischen Begriffen und Bedeutungen, zwischen Zeichen und bezeichneten Sachen und offenbart: Im gut organisierten juristischen Diskurs ist jeder auf Seiten der Aufklärung und der Gegenaufklärung. Das bedeutet: auch CLS mystifiziert.

Zum einen fällt auf, daß diese Rechtskritik ihren Fokus fast ausschließlich auf den Prozeß der *Rechtsanwendung* einstellt. Die in den Doktrinen, Methodiken und Argumentationen aufgedeckten Lücken, Ambivalenzen und Widersprüche sind gewiß beachtlich. Nun folgt daraus aber nicht zwingend die Notwendigkeit, auf jegliche idealisierende rechtstheoretische Denkfigur zu verzichten. CLS radikalisiert zunächst nur die Schwierigkeiten eines *Beobachters*, das Recht *von außen* rational zu fundieren. Lassen wir, wie unter Juristen üblich, diese erkenntnistheoretische Problematik einmal dahingestellt sein und geben wir die theoretische Triftigkeit vorläufig zu, dann wäre ein *zweiter* eher theorie- und rechtspolitischer Einwand zu formulieren: Die durch Unbestimmtheitsanalysen sensibilisierte Rechtskritik überstrapaziert die Fehlbarkeit – oder vornehmer: den fallibilistischen Charakter – jeder rechtlichen Argumentation. Das ließe sich verschmerzen, wenn nicht der selbst aufgenötigte Verzicht auf jegliche noch so schwache, aber doch kritisierbare Normhypothese nicht ein intellektuelles Machtvakuum produzierte, das beliebigen rechtsdogmatischen Konstruktionen Tor und Tür öffnete. Wenn alle normativen Gesichtspunkte gleich gültig sind, gilt keiner mehr. Der grelle Lichtkegel radikaler Normskepsis blendet jede überprüfbare Differenz von Recht und Unrecht aus. Wer kann daran Interesse haben? Wohl diejenigen, die ihre Interessen und Vorstellungen notfalls auch ohne Recht durchsetzen können. Und das wiederum kann den Crits nicht recht sein, deren Kritik der Juristenausbildung, deren Lehrtätigkeit und

⁵⁰ Gegen den Vorwurf der Rechtsfeindlichkeit argumentieren überzeugend: J. Boyle, *The Politics of Reason: Critical Legal Theory and Local Social Thought*, 133 U. Penn. L. Rev. 685 (1985) und J. W. Singer (Anm. 2).

⁵¹ Die hermeneutische Wende wird von David Kennedy, *The Turn to Interpretation*, 58 S. Cal. L. Rev. 251 (1985) reichlich gnadenlos kritisiert.

⁵² Zum Vorwurf des Nihilismus vgl. J. W. Singer (Anm. 2), der ihn zurückweist, und O. Fiss, *Objectivity and Interpretation*, 34 Stan. L. Rev. 739 (1982), der ihn erhebt.

praktische Rechtshilfe (etwa in »Legal Clinics«) darauf abzielt, hierarchische Strukturen abzubauen, ideologische Weltbilder zu zerbrechen, gegen-hegemonische Machtpositionen aufzubauen und demokratische Gemeinschaften auf den Weg zu bringen.⁵³

So bleibt schließlich und *drittens* noch zu fragen, ob die Post-Postrealisten in ihrer unbestimmten Welt ohne Fixpunkt, ohne idealisierende Denkfiguren auskommen können. Aus den Reihen von CLS erfahren wir: sie können nicht. Alle Unbestimmtheitslehren weisen entweder dem Kritiker/Beobachter einen relativ bestimmten Standort zu oder leben insgeheim vor einer räumlich oder zeitlich relativ bestimmten Folie.⁵⁴ So weiß, wer die klassenspezifische oder politisch-ökonomische »Schräglage« von Normen und Doktrinen herauspräpariert, wie »gerades« oder richtiges Recht aussähe. Wer seine Rechtskritik empirisch informiert, verfügt implizit über eine verhältnismäßig bestimmte Vorstellung von dem, was der Fall ist. Wer die »Struktur« oder »Tiefenstruktur« des Rechts oder eines Rechtsgebietes in einem gleichsam eingefrorenen Moment seziert, verankert seine Kritik an einem relativ festen Haltepunkt. Auch die radikale CLS-Kritik lebt also insgeheim von einer imaginierten Bestimmtheit, von einem transzendentalen Moment – und verstrickt sich so in einen performativen Widerspruch.

VIII. Wege aus der radikalen Skepsis

Gibt es einen Ausweg? David Kennedy schlägt eine Theoriestrategie vor, die auf einen festen Startblock zum Sprung in die Tiefe der Unbestimmtheitskritik verzichtet.⁵⁵ Durch die ständige Reflexion der in jeder Situation (hier: seiner Menschenrechtsmission in Uruguay) wirkenden Zwänge und Möglichkeiten will er einen sich zunehmend verdichtenden Bericht über die wechselseitige Konstituierung und gegenseitige Ausschließung von Bestimmtheit und Unbestimmtheit im alltäglichen sozialen Leben und Denken vorlegen. Kennedy schlägt eine Bewegungstheorie vor, die sich auf wechselnde situative Kontexte einstellt und *alles*, was in diesen zutage tritt, also nicht nur gute Gründe, für relevant erklärt und mitteilt. Die Leser/Hörer sollen nicht mit apriorischem Wissen, totalisierenden Konzepten und doktrinären Wahrheiten versorgt werden, sondern lernen, sich auf Überraschungen, auf das Wechselspiel von Unbestimmtheit und Bestimmtheit und auf unendliche Kritik einzustellen.

Methodisch heißt das: Alles ist Text; nichts liegt außerhalb des Textes. Emotionen, Erwartungen, Rollenzwänge, strategische Überlegungen etc. werden als Text zugelassen und narrativ oder analytisch vorgeführt, gleichberechtigt mit rechtlichen Argumenten. Die bekannten Identitätshüllen des »Juristen als solchen«, des praktischen Rechtspraktikers, des kritischen Rechtskritikers oder des Menschenrechtsaktivisten streift Kennedy postmodern ab, um zu verhindern, daß eine objektivistische oder subjektivistische Sicht, ein ernster oder ironischer Ton herrscht. Dabei dekonstruiert er elegant seine eigene Position als Autor und bringt sich im ständigen Wechsel aus der Perspektive der ersten Person (Betroffener, Beteiligter, Erzähler)

⁵³ Zur politischen Programmatik und Praxis von CLS vgl. etwa *Duncan Kennedy, Legal Education and the Reproduction of Hierarchy – A Polemic Against the System* (Cambridge 1983); *W. H. Simon, Visions of Practice in Legal Thought*, 36 *Stan.L.Rev.* 469 (1984) und *P. Gabel/P. Harris, Building Power and Breaking Images: Critical Legal Theory and the Practice of Law*, 9 *N.Y.U.Rev. of L. & Soc.Change* 369 (1982-83).

⁵⁴ *David Kennedy* (Anm. 48), 1417 ff.

⁵⁵ Ebd. – unter Verweis auf *J. Derrida, Grammatologie* (Anm. 13).

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

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

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

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

Joachim Perels

Die Rechtstheorie auf dem Weg zur neuen Beliebigkeit?

Diskussionsbemerkungen zu Günter Frankenberg's »Ernst im Recht«

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

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