

III

Strukturen ruheloser Differenz

4. Pluralistisches öffentliches Recht

Die Erkenntnis des Alteritätssinns des Rechts drängt dazu, die Fremdheit des Rechts angesichts der umgreifenden Enfremdungskonstellationen in rechtlichen Alltagsstrukturen nicht aneignend stillzustellen, sondern konsequent gegen alle Sehnsucht der Aneignung zu kultivieren. Unsere vielfältigen Formen, die Transzendenz, Erhabenheit, Widerständigkeit und Eigensinnigkeit des Rechts zu vergegenwärtigen, haben bei aller Ambivalenz einen tieferen Sinn. Es gilt, diese Gestalten der Fremdheit lebendig fortzubilden. Die bedingte Rehabilitation dieser Bausteine der Widerständigkeit bildet einen bedeutenden Aspekt der nachgezeichneten Analysen, der gerade auch in aktuellen Debatten ein wichtiges Korrektiv markiert. Allerdings steht dieser Punkt nicht im Vordergrund der praktischen Schlussfolgerungen, welche die konsultierten Kundschafter rechtlicher Alterität vorzeichnen. Der Wert dieser Entzugsmomente hängt grundlegend vom gesellschaftlichen und geschichtlichen Kontext ab. Was in einer gegebenen Lage den Geist der Zeit heilsam relativiert, dient in einer anderen Situation der Immunisierung des Herrschenden. In jedem Moment streiten diese beiden konträren Effekte um Vorherrschaft. Stets sind die Figuren der Differenz für eine gegebene Situation neu auszuprägen, um den Charakter des Fremden zu bewahren.

Als vordringliche Aufgabe zur Pflege der rechtlichen Fremdheitserfahrung werden weder kunstvolle Formeln der Transzendenz noch die Aufrechterhaltung gesetzlicher Formmerkmale ausgewiesen – so wichtig beides unter vielen Umständen ist. Im Zentrum steht die Ausbildung offener Räume, in denen sich der Schein letzter Rechtsinstanzen fortwährend an der Evidenz pluraler Sinnbestimmungen bricht. Es ist nach einem Rahmen zu streben, in dem die konkrete Pluralität rechtlicher Sinnerfahrung klar sichtbar wird und sich ungehindert entfalten kann, um die Rechts-suche in konkreten Konstellationen an die Erfahrung uneinholbarer Differenz zu binden. Dergestalt wird eine Repolitisierung des Rechts nicht aus der konfliktiven Suggestion totaler Verfügbarkeit, sondern aus dem Bewusstsein der Alterität des rechtlichen Appells, des Ungenügens jeder politischen Festlegung, skizziert.

Kant stellt dieses Postulat unter den überzeugenden Titel öffentlichen Rechts und bezeichnet bereits grundlegende Züge einer solchen Politik des Rechts. Die Rechtsidee verlangt Öffentlichkeit. Ihre Unendlichkeit erfordert ein unabsehbares öffentliches Ringen. Darin liegt ein Gebot der Polarisierung, dessen Grund nicht ein Anspruch der Aneignung, sondern eine uneinholbare Verantwortung ist. Die Öffentlichkeit des Rechts verweist nicht bloß auf den Willen und die Interessen einer politischen Gemeinschaft, sondern auf eine Allgemeinheit, die sowohl

zeitlich als auch örtlich wesentlich offen ist. Öffentlich ist Recht durch eine Geschichte unendlicher Überschreitung und durch eine kosmopolitische Sorge, die in keinem Weltbegriff einen Abschluss findet – auch das Weltganze ist eine regulative Idee, der wir uns unendlich anzunähern haben.¹ Von höchster Bedeutung ist außerdem, dass der Begriff des Öffentlichen und die verwandte Figur des Republikanischen (von »res publica«, »öffentliche Sache«) im Unterschied etwa zum Demokratiebegriff nicht einseitig das Moment gesellschaftlicher Einbettung und Verflüssigung betont, sondern bereits bei Kant die Spannung und das Zusammenspiel von Institution und Gesellschaft ins Zentrum rückt. Das Attribut des Öffentlichen ist zugleich mit gesellschaftlicher Informatität und mit institutioneller Ordnung assoziiert. Zum einen sind Institutionen beständig dem Licht der gesellschaftlichen Öffentlichkeit auszusetzen. Ihr Handeln ist fortlaufend durch die zahllosen Blicke der prinzipiell unbegrenzten Gesellschaft zu befragen und auf die pluralistische Realität offener Allgemeinheit auszurichten. Zum anderen sind aber auch gesellschaftliche Macht und die ideologischen Horizonte der Gesellschaft stets an institutionellen Strukturen zu brechen, um sie über die Grenzen gemeinschaftlichen Wollens hinaus für die Unendlichkeit wahrer Allgemeinheit zu öffnen. In institutionellen Formationen und Verfahren ist das ungreifbare Ideal der Öffentlichkeit repräsentativ zu vergegenwärtigen, Abstand von unmittelbaren Überzeugungen zu kultivieren, ausgeschlossenen und unterdrückten Stimmen Raum zu geben und ein Diskurs der Rechtfertigung zu pflegen, der sich immer neu am Allgemeinen jenseits gesellschaftlicher Mehrheiten misst. In diesem unabschließbaren gesellschaftlich-institutionellen Wechselspiel aktualisiert sich Öffentlichkeit. Kants Begriff öffentlichen Rechts artikuliert diese duale Struktur. Er fordert demokratische Gesetzgebung, gleichzeitig aber und mit größerem Nachdruck republikanische Gewaltenteilung. Das Postulat der Volksgesetzgebung wird nicht auf die unmittelbare Meinungsexpression festgelegt, sondern als Verpflichtung auf die unendliche Idee des allgemeinen (und nicht bloß gemeinschaftlichen) Willens begriffen. In den konkreten geschichtlichen Verhältnissen – damals in Kants Heimat eine Erbmonarchie – ist stetig auf die Verwirklichung des allgemeinen Willens hinzuarbeiten, in geschichtlich fortschreitender Hinwendung zum gesellschaftlichen Willen im betroffenen Gebiet, letztlich aber in einem weltbürgerlichem Horizont. Diese Idee drängt zur Einführung demokratischer Verfahren, geht darin aber nicht auf. Kern ihrer Konkretisierung ist das Prinzip der Publizität: Jede Entscheidung, auch die demokratische, ist ins kritische Licht unumschränkter Öffentlichkeit zu stellen.

¹ Vgl. I. Kant, *Kritik der reinen Vernunft*, a.a.O., S. 401, 593f. Den regulativen Ideencharakter von Kants Weltbegriff unterstreicht J. Derrida, »Autoimmunisierungen, wirkliche und symbolische Selbstmorde«, a.a.O., S. 177f.

Hegels Rechtsphilosophie vertieft trotz beziehungsweise gerade in seiner Kritik der öffentlichen Meinung in vielen wichtigen Punkten Kants Darlegung der Öffentlichkeit des Rechts.² Aspekte, die bei Kant nur angedeutet oder impliziert sind, werden hier expliziert. Deutlicher herausgearbeitet wird vor allem die Spannung von Institution und Gesellschaft. Obgleich Kants Erläuterung des allgemeinen Willens weitergehende Ansatzpunkte liefert, wird die gesellschaftliche Formung des Rechts dort vor allem in Gestalt demokratischer Gesetzgebungsverfahren beschrieben. Dem Erfordernis der Publizität wird eine zentrale Rolle zugesprochen, es wird aber nur knapp erläutert. So kann es als eine bloß formelle Transparenzregel im Gesetzgebungsverfahren erscheinen, auch wenn die prominente systematische Stellung und die Explikation des Öffentlichkeitsbegriffs eine erheblich größere Bedeutung anzeigen. Implikationen für die Konstitution des Rechts jenseits einer bewussten Rezeption öffentlicher Überzeugungen im förmlichen Gesetzgebungsprozess werden jedoch nicht ausdrücklich dargelegt. In Hegels Explikation des Rechts als Sittlichkeit ist dies deutlich anders. Hier bildet die Herausbildung und Fortentwicklung des Rechts im gesellschaftlichen Bewusstsein ein Leitmotiv. Der Begriff der Sittlichkeit rückt dies bereits unmittelbar in den Blick. Demgemäß wird Öffentlichkeit auch nicht lediglich und nicht primär auf den Vorgang der Gesetzgebung bezogen, sondern auch mit Blick auf die Rechtspflege hervorgehoben. Ebenso wird die Verfassung im Geist der Gesellschaft verankert. Der gesellschaftliche Kontext wird als beständiger Grund und Reflexionsraum institutioneller Rechtspraxis erläutert. Auch die überschließende Rechtsidee wird nicht mehr bloß als Produkt reiner Vernunft eingeführt, sondern als ein Gesichtspunkt, der uns konkret in der Beziehung zu den Mitmenschen, zur Welt und zu uns selbst entgegentritt. Gleichzeitig wird das Eigengewicht der

- 2 Dass sich Hegels politisches Denken mit der Kritik öffentlicher Meinung produktiv als Vertiefung von Kants Öffentlichkeitstheorie verarbeiten lässt, ist schon verschiedentlich vorgeführt worden. Als Entfaltung der Ansätze eines Modells des Öffentlichen bei Hegel lässt sich schon J. Dewey, *Die Öffentlichkeit und ihre Probleme*, übers. v. W.-D. Junghanns, Berlin/Wien 2001, lesen. Dewey kritisiert Hegel hier zwar ausdrücklich als monistischen Staatsdenker und grenzt seine Theorie davon ab (vgl. ebd., S. 47, 71). Gleichzeitig bleibt Deweys Konzeption aber Hegels Philosophie der Sache nach grundlegend verbunden. Sodann ist Habermas' Öffentlichkeitsbuch zu nennen, das von den Ansätzen Kants zur Kritik Hegels fortgeht (vgl. J. Habermas, *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, a.a.O., S. 195ff.). Ausdrücklich auf der Grundlage von Hegels *Rechtsphilosophie* hat dann in jüngerer Zeit Axel Honneth ein Modell der Öffentlichkeit skizziert. Dabei nimmt er auch auf Dewey Bezug. Vgl. A. Honneth, *Das Recht der Freiheit. Grundriß einer demokratischen Sittlichkeit*, Berlin 2011, S. 470ff., sowie ders., *Die Idee des Sozialismus. Versuch einer Aktualisierung*, Berlin 2015, S. 151ff.

institutionellen Sphäre in dieser Spannung verdeutlicht. Mit Nachdruck wird dargelegt, dass die Institutionen nicht bloß Ausdruck eines vorausgehenden Vernunftwillens sind, sondern dieser Rechtswille erst durch die Institutionen hindurch, eben aus dem öffentlichen Zusammenspiel von Institution und Gesellschaft, hervorgeht. Anstößig markiert Hegels Staatsbegriff, dass die öffentlichen Institutionen eine Bedeutung haben, die das Bewusstsein der Gesellschaft und auch dasjenige der Amtsträger:innen übersteigt. Die unmittelbare öffentliche Meinung in der Gesellschaft ist für sich ebenso abstrakt wie ein aus der Gesellschaft entwurzelter Staat. Als Sittlichkeit aktualisiert sich Recht in der Dialektik von Institution und Gesellschaft. Diese Dialektik setzt eine weltgeschichtliche Dynamik frei, in die jeder Rechtsakt, nicht nur die Gesetzgebung, eingeschrieben bleibt und die nie zu dauerhafter Ruhe kommt. Entfremdeten Rechtsstrukturen – seien es verselbständigte Institutionen oder verabsolutierte gesellschaftliche Ideologien – ist durch die Artikulation dieser öffentlichen Unruhe zu begegnen, die in der Pluralität der sittlichen Verhältnisse am Werk ist.

Hegels Wendung zum gesellschaftlichen Boden des Rechts und der kritischen Funktion öffentlicher Institutionen geht mit einer weitergehen den Logik der Differenz, Pluralität und Alterität einher. Recht erschließt und entwickelt sich wesentlich in der Erfahrung von Kollisionen. Unse re Begriffe des Rechts wurzeln in der Erfahrung des Anderen und entfalten sich in unzähligen Konstellationen gesellschaftlicher und institutio neller Pluralität. Die reiche Exploration der konstitutiven Pluralität des Rechts wird im Hegel'schen Werk aber konterkariert von einem übergreifenden Paradigma der Identität. Recht erscheint deshalb doch immer wieder als eine Instanz abschließender Ordnung, deren Anderes scharf zurückzuweisen ist. Diese Perspektive schlägt sich namentlich in autoritär-monistischen Zügen des Staatsbegriffs, einem kriegerischen Bild der internationalen Verhältnisse und einer suppressiven Vereindeutigung des geschichtlichen Weltlaufs nieder. Hegels prominente Rezeption in totalitären wie pluralistischen Rechtstheorien bezeugt diese Ambivalenz sei ner Theorie.³

Erst in der konsequenten Besinnung auf die Alterität des Rechts rückt die pluralistische Verfasstheit rechtlicher Öffentlichkeit klar in den Blick. Die Uneinholbarkeit des Rechts liegt nicht in der Unendlichkeit einer Idee, sondern in der Uner schöpflichkeit des Anspruchs des Anderen und konkretisiert sich in der Vielfalt der Alteritätserfahrung. Die sittliche

3 Eine führende totalitäre Interpretation von Hegels Rechtsdenken bietet wie schon erwähnt C. Schmitt, *Drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, a.a.O., S. 38. In der pluralistischen Hegel-Rezeption ist unter dem Stichwort der Öffentlichkeit die eben genannte Studie Deweys, *Die Öffentlichkeit und ihre Probleme*, a.a.O., mit ihren Anschlüssen und Absetzungen besonders aufschlussreich.

Formung vermittelt Recht nicht einen homogenen Horizont, sondern eine radikal pluralistische Gestalt. Immer ringen in der öffentlichen Wirklichkeit diverse Rechtsauffassungen um Beachtung, die sich nicht in eine übergreifende Einheit integrieren lassen. Diese konstitutive Pluralität des Rechts lässt sich zwar wirkungsstark unterdrücken und verdrängen, aber nicht abschließend ausmerzen. Deshalb sprengt die Rechtsidee hartnäckig jede Prätention einer letztverbindlichen politischen Ordnung. Das öffentliche Recht, das die Rechtserfahrung gebietet, entfaltet sich in der fortwährenden Auseinandersetzung mit der Differenz und Pluralität rechtlicher Ansprüche. Kern des Anspruchs und des Versprechens des Rechts ist die leidenschaftliche Aufmerksamkeit für das Andere.

Das Ideal eines öffentlichen, in der freien Spannung von Institution und Gesellschaft entwickelten Rechts ist im Lichte der Alteritäts erfahrung am Boden des Rechts also konsequent pluralistisch zu denken. Dieser Gedanke eines pluralistischen öffentlichen Rechts kann vor dem Hintergrund der üblichen rechtstheoretischen Nomenklatur erstaunen. Theorien des Rechtspluralismus stehen dem Begriff öffentlichen Rechts oft skeptisch bis ablehnend gegenüber. Die Kategorie des öffentlichen Rechts gilt demgegenüber als Ausdruck eines staatszentrierten Rechtsmodells, das die Vielfalt gesellschaftlicher Rechtsanschauungen einer einheitlichen autoritativen, eben öffentlichen Ordnung unterwirft. Rechtspluralistische Ansätze unternehmen es dagegen regelmäßig, »den Staat als *einen Verband unter anderen* zu begreifen.«⁴ Öffentlichen Institutionen wird natürlich nicht jede Spezifizität, aber doch im Allgemeinen eine strikte Sonderstellung und – sei es faktische oder normative – Überlegenheit in der Rechtsformung abgesprochen. In dieser Richtung argumentierten bereits klassische pluralistische Rechtstheorien im 19. und frühen 20. Jahrhundert.⁵ Die Problematisierung der Unterscheidung von öffentlich und privat in Abwendung von der Gedankenwelt, die sich mit dem Titel des öffentlichen Rechts verbindet, kennzeichnet aber auch viele gegenwärtige Ansätze des Rechtspluralismus. Mit Blick auf transnationale Verhältnisse, wo der Rechtspluralismus aktuell besonders intensiv diskutiert wird, ist dies etwas weniger klar, da hier in

4 H.P. Matter, *Die pluralistische Staatstheorie oder Der Konsens zur Uneinigkeit*, Fragment, hg. v. B. Schindler, Oberhofen am Thunersee 2012, S. 39.

5 Vgl. für einen Überblick ebd. Der vielleicht wichtigste klassische Vertreter des Rechtspluralismus ist Harold Laski. Vgl. insbes. H. Laski, *Studies in the Problem of Sovereignty*, New Haven/London 1917, S. 1ff. Eine weitere grundlegende Quelle der rechtspluralistischen Diskussion aus dieser Zeit sind die rechtssoziologischen Arbeiten Eugen Ehrlichs. Vgl. insbes. E. Ehrlich, »Das lebende Recht der Völker der Bukowina« (1912), in: ders., *Recht und Leben. Gesammelte Schriften zur Rechtstatsachenforschung und zur Freirechtslehre*, Berlin 1967, S. 43–60; ders., *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, 4. Aufl., Berlin 1989.

vielen Fällen die Pluralität öffentlicher Akteure einen Ausgangspunkt der Reflexion bietet. Auch hier werden aber oft öffentliche und private Normierungsprozesse bewusst ohne qualifizierte Differenzierung neben-einander gestellt. Die Distanznahme von öffentlich-rechtlichen Modellen kommt in der Diskussion um die transnationale Konstellation auch darin zum Ausdruck, dass der Pluralismusbegriff oft als Gegenentwurf zum öffentlich-rechtlich geprägten Konstitutionalismus ins Spiel gebracht wird – oder die pluralistische Perspektive den Verfassungsbegriff von öffentlich-rechtlichen Paradigmen loslässt.⁶ Im Bezug auf kleinräumigere Verhältnisse markiert der Begriff noch deutlicher die Problematierung der Unterscheidung privater und öffentlicher Rechtserzeugung.⁷

Die pluralistische Skepsis gegenüber der Idee öffentlichen Rechts gilt freilich nicht unmittelbar einem Kantischen Begriff öffentlichen Rechts. Sie bezieht sich im Kern auf die prinzipielle Separierung staatlich autorisierter Rechtsbildung von anderen gesellschaftlichen Prozessen der Rechtskonstitution. Damit verbindet sich eine Kritik der strengen Unterscheidung zwischen der Normierung öffentlicher und privater Gewalt, auf die mit der Differenz von öffentlichem und privatem Recht regelmäßig abgehoben wird. Das sind Anliegen, die Kants Konzeption öffentlichen Rechts durchaus verwandt sind. Kants öffentliches Recht übergreift ja ebenfalls die interne Differenzierung der Rechtsordnung in privatrechtliche und öffentlich-rechtliche Normen. Seine Explikation fokussiert zwar auf formelle Rechtserzeugungsprozesse der Staatenwelt, doch weist der Leitgedanke der Publizität der Rechtserzeugung in der Stoßrichtung genau auf die Öffnung des Rechtsstandpunkts für die gesamtgesellschaftlichen Prozesse der Normenbildung jenseits der internen Abläufe öffentlicher Institutionen. Diese Pointe des Öffentlichkeitsbegriffs wird in Hegels Sittlichkeit konsequent fortgedacht und in dieser Linie nehmen wir Kants Kategorie hier auf. Kants Begriff des Öffentlichen kommt dem Rechtspluralismus überdies in der Dezentrierung des Staates entgegen: Die Allgemeinheit des Öffentlichen weist immer schon

- 6 Eine dezidierte Gegenüberstellung von Konstitutionalismus und Rechtspluralismus schlägt N. Krisch, *Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford 2010, vor; eine gesellschaftliche Reinterpretation des Verfassungsbegriffs unternimmt G. Teubner, *Verfassungsfragmente. Gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung*, Berlin 2012; als dritte wichtige Monographie zum globalen Rechtspluralismus sei P. Berman, *Global Legal Pluralism. A Jurisprudence of Law Beyond Borders*, Cambridge u.a. 2012, erwähnt. Auch Bermans Konzeption hebt auf eine Verschränkung von öffentlicher und privater Rechtserzeugung ab.
- 7 Vgl. für einen einflussreichen Definitionsverschlag des Rechtspluralismus J. Griffiths, »What is Legal Pluralism?«, *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* 24 (1986), S. 1–56.

kosmopolitisch über den Horizont einzelner Staaten hinaus, ohne in einer neuen homogenen Einheit aufzugehen. Dem Staatsrecht kommt eine wichtige Bedeutung zu, aber es ist nur eine von mehreren, miteinander verschränkten Ebenen öffentlicher Ordnung, die überdies nicht alle durch positive Gesetze bestimmt sind.

Trotzdem operiert auch eine Rede von öffentlichem Recht im Anschluss an Kant mit der Differenz von Öffentlichem und Privatem und stellt einen unabgegoltenen Wert dieser Unterscheidung heraus. Die Allgemeinheit des Rechts impliziert im Sinne des Rechtspluralismus den Anspruch, Recht im vielfältigen Ringen der Gesamtgesellschaft zu konkretisieren. Diese pluralistische Auseinandersetzung ums Recht ist aber nicht mit dem spontanen Spiel aller sozialen Kräfte gegeben. Eine derart ungeordnete und in großem Maße unbewusste Entwicklung gesellschaftlicher Rechtsanschauung würde rasch Konstellationen scharfer gemeinschaftlicher Separation, Herrschaft und Ausgrenzung hervorbringen. Wahrhaft gesamtgesellschaftlich-pluralistisches Recht bedarf eines spezifischen institutionellen Rahmens, der die allgemein-offene Rechtsentwicklung sichert und ihr allgemeine Geltung verleiht: eben eines öffentlichen Ordnungsgefüges. Dieser institutionelle Rahmen des Öffentlichen muss nicht monolithisch sein. Der Anspruch offen-unabschließbarer Allgemeinheit drängt vielmehr auch institutionell auf eine plurale Struktur verschiedener Institutionen und Ebenen, die nur bedingt aufeinander abgestimmt sind und auch immer wieder produktiv miteinander kollidieren. Gemeinsam haben diese Institutionen indes die Idee des Öffentlichen, der umschränkten, uneinholbaren Allgemeinheit jenseits bloß privater Interessen, hochzuhalten; sie haben die Rechtssuche auf diesen Fluchtpunkt auszurichten und ausgrenzende Normierungsprozesse durch ihre Regeln und Verfahren aufzubrechen. Sie haben also zugleich den semantischen Horizont der Rechtsidee – die nicht privative Wirklichkeit des Allgemeinen jenseits der privaten Interessen – wachzuhalten und einen förmlichen Ordnungsrahmen zu stiften, der zu einer möglichst offenen und weitsichtigen Reflexion auf die konkreten Gehalte dieses Allgemeinen anhält. Dem in dieser Reflexion ermittelten Recht ist überdies immer wieder vorläufige Bestimmtheit und Durchsetzungskraft zu verleihen. Hierin müssen die öffentlichen Institutionen wiederum konsequent in ihren gesellschaftlichen Kontext eingebettet und dem kritischen Blick der Gesamtgesellschaft ausgesetzt sein. Sie dürfen aber nicht in diesem gesellschaftlichen Umfeld aufgehen, sondern müssen durch ihre institutionelle Verfasstheit einen relativen Abstand kultivieren, der eine dynamische Spannung freisetzt, in der sich gesellschaftliche und institutionelle Perspektiven wechselseitig brechen und im Streben nach dem Allgemeinen vorantreiben.

Die Rede vom pluralistischen öffentlichen Recht zeigt also an, dass die Rücksicht auf die Pluralität der Ansprüche und Gesichtspunkte nicht zur

Überwindung der Öffentlichkeitsidee und spezifischer der Auszeichnung öffentlicher Institutionen anhält, sondern im Gegenteil in diesen Institutionen eine wichtige Garantie hat. Die öffentlichen Institutionen müssen immer neu von der Vielfalt gesellschaftlicher Standpunkte aus der Ruhe gebracht werden, ihrerseits aber durch ihre tragen Formen und Verfahren die reibungslose Entfaltung gesellschaftlicher Ideologien unterbrechen und hinterfragen. Beide Seiten der Entfaltung rechtlicher Alterität – die gesellschaftliche und die institutionelle – sind im Folgenden etwas genauer nachzuvollziehen. Hierfür ist es hilfreich, juristische Literatur heranzuziehen. Was in den theologischen und philosophischen Beiträgen auf einer sehr grundsätzlichen Ebene verbleibt, wird in der juristischen Diskussion aufschlussreich ausgeführt.

Besonders erhellend zur weiteren Explikation der vorgezeichneten Dynamik sind Arbeiten von Robert Cover und Richard Bäumlin. Beide Autoren vertreten keine typischen rechtspluralistischen Ansätze. Sie haben ihre Theorien selbst auch gar nicht unter den Titel des Rechtspluralismus gestellt. Cover vermerkt die Nähe zum Pluralismus immerhin am Rande⁸ und bildet in der aktuellen rechtspluralistischen Diskussion fraglos eine wichtige Referenz. Bäumlin ist von den Diskursen zum Begriff des Rechtspluralismus noch weiter entfernt. Ein Hinweis auf die sachliche Verbundenheit liegt in der Tatsache, dass sein Schüler, Mitarbeiter und Gesprächspartner Hans Peter »Mani« Matter – besser bekannt als ikonischer Berner Troubadour – bis zu seinem plötzlichen Unfalltod eine Habilitationsschrift zur pluralistischen Staatslehre vorbereitete.⁹ Cover wie Bäumlin entfalten aber auf je unterschiedliche Weise den pluralistischen Leitgedanken, dass kein übergreifender, höchster Rechtsstandpunkt verfügbar ist, sondern sich Recht in der unabsließbaren Vielfalt rechtlicher Vorstellungen verwirklicht. Ihre Explikation des pluralistischen Grundanliegens zeichnet sich dadurch aus, dass nicht unterschiedslos eine Vielfalt der Ansprüche, Interessen, Ziele und gesellschaftlichen Positionen, sondern spezifisch die Pluralität rechtlichen Sinns geltend gemacht wird.¹⁰ Rechtssinn wird dabei im Sinne der hier diskutierten Theorielinie responsiv als Antwort auf die Erfahrung eines Anspruchs verstanden, der sich in der Begegnung mit dem Anderen aufschließt. Die Uneinholbarkeit dieses Verantwortungshorizonts setzt die Pluralität rechtlicher Sinnkonstitution frei. Diese Theorieanlage bedeutet nicht nur eine grundlegende Konvergenz mit dem philosophisch-theologischen Alteritätsdenken. Sie verbindet sich auch mit einer stärker öffentlich-rechtlichen Wendung der juristischen Pluralismusdiskussion. Den Ausgangspunkt bilden eben nicht private Interessenlagen, sondern

8 R. Cover, »Nomos and Narrative«, a.a.O., S. 13, Anm. 36.

9 H.P. Matter, *Die pluralistische Staatstheorie*, Fragment, a.a.O.

10 R. Cover, »Nomos and Narrative«, a.a.O., S. 13, Anm. 36.

Interpretationen des rechtlich Gebotenen. Die unterschiedlichen Positionen sind unterschiedliche Auffassungen der öffentlichen Sache, der anbefohlenen Ordnung der Welt. Sie sind involviert in eine unabsließbare öffentliche Sinnsuche. Auch wenn Cover mit dem klassischen Rechtspluralismus eine konstitutive Überlegenheit des Staates bei der rechtlichen Sinnsuche bestreitet, räumt auch er eine herausgehobene Stellung der staatlichen Institutionen und insbesondere auch der staatlich sanktionierten Rechtstexte, allem voran der konstitutionellen Dokumente, ein.¹¹

Die Perspektiven Covers und Bäumlins teilen also tragende Grundeinsichten mit der rekonstruierten philosophisch-theologischen Traditionslinie. Trotz des anderen Diskussionszusammenhangs, in dem sich die beiden Autoren bewegen, bestehen auch verschiedene Rezeptionsbezüge zu den im Vorigen diskutierten philosophisch-theologischen Diskursen. Sowohl Cover als auch Bäumlin verraten in ihren Texten mit affirmativen Zitaten, dass sie Karl Barth mit Zustimmung gelesen haben.¹² Cover schließt im Übrigen wie die philosophische Alteritätsdiskussion stark an die jüdische Tradition an. Diese verarbeitet er in enger Bezugnahme auf die christlich konnotierten Grundlagen des afroamerikanischen *Civil Rights Movements*. Bäumlin geht als unabhängiger Schüler Rudolf Smends von einem hegelianischen Modell der Staatsrechtslehre aus, gibt diesem Erbe aber eben nicht zuletzt im Anschluss an Barth eine deutlich pluralistischere und geschichtlich-dynamischere Wendung als Smends Integrationslehre. Wichtiger und interessanter als die ideengeschichtlichen Bezüge ist aber einmal mehr die enge Verwandtschaft in der Sache, gerade auch dort, wo kein Rezeptionsverhältnis erwiesen ist.

Robert Cover hat die Pluralität rechtlicher Sinnsuche sowohl auf einer institutionellen als auch auf einer gesellschaftlichen Ebene ausgelotet. Besonders eingehend und besonders bahnbrechend hat er sich aber mit der gesellschaftlichen Dimension auseinandergesetzt. Bäumlins Texte fokussieren dagegen traditioneller auf das Gefüge staatlicher Institutionen – das freilich konsequent eingebettet in den gesellschaftlichen Kontext rekonstruiert wird – und arbeiten die pluralistische Logik dieser institutionellen Strukturen heraus. Wir werden uns im Folgenden zunächst mit Cover die im rechtstheoretischen Diskurs oft vernachlässigte gesellschaftliche Pluralität rechtlicher Sinnkonstitution vergegenwärtigen und das daraus erhellende gesellschaftlich-institutionelle Wechselspiel der Rechtsentwicklung nachvollziehen. In einem zweiten Schritt gehen wir dann am Leitfaden der Interventionen Bäumlins noch etwas

¹¹ Vgl. hierzu und zu Covers spezifischer Variante des Rechtspluralismus im Allgemeinen auch P. Dane, »Robert Cover and Legal Pluralism«, <https://www.ssrn.com/abstract=3302988> (letzter Zugriff: 21.02.2021).

¹² R. Cover, »Nomos and Narrative«, a.a.O., S. 13f; R. Bäumlin, *Recht, Staat und Geschichte*, Zürich 1961, S. 58, Anm. 14.

näher auf die Tugenden der Rechtspflege öffentlicher Institutionen ein, die in Covers Akzentuierung nur eingeschränkt in den Blick kommen.

4.1 Robert Covers Portrait der pluralistischen Spannung zwischen gesellschaftlicher und institutioneller Rechtsformung

4.1.1 *Die gesellschaftliche Textur rechtlichen Sinns*

Cover hat kein sehr systematisches Werk hinterlassen. Das ist zunächst der Tatsache geschuldet, dass er jung und plötzlich verstorben ist. Neben einer eigenständigen Monographie und einem mitherausgegebenen Handbuch beschränken sich die entstandenen Veröffentlichungen auf kürzere Texte. Die Gestalt von Covers Schrifttum entspricht aber auch seiner pluralistischen Botschaft. Seine Texte suchen die Wahrheit nicht in Form eines wohlgeordneten Systems, sondern durch eine Vielzahl beobachtungs- und gedankenreicher, eindringlich intervenierender Essays. Deren Gedankengänge entwickeln sich oft entlang einer Kette einprägsamer Grundbegriffe, die nicht selten neue Wortschöpfungen darstellen und einen Komplex unterschiedlicher Assoziationen aufrufen. Dergestalt rücken die begrifflichen Motive zahlreiche, oft unterbelichtete Phänomene und Probleme in den Blick und stellen sie zueinander ins Verhältnis. Dem systematischen Argumentationsgang wird die Aufmerksamkeit für die spannungsreiche Vielfalt der Phänomene vorgezogen. Obwohl die verschiedenen Essays bei je unterschiedlichen Problemen ansetzen, treten deutlich tragende Fragen und Anliegen hervor, die sich durch Covers Werk hindurchziehen. Eines der prominentesten Themen ist zweifellos die Pluralität des Rechts. Diese Pluralität untersucht Cover einerseits auf einer institutionellen Ebene. Hier hat Cover namentlich den Föderalismus des amerikanischen Gerichtssystems und das Recht auf freie Meinungsäußerung in der US-Verfassung auf erhelltene Weise beleuchtet. Noch bedeutender als diese institutionellen Analysen sind allerdings seine Ausführungen zur gesellschaftlichen Pluralität des Rechts. Diese Beobachtungen vollziehen einen Perspektivenwechsel weg von den staatlichen Strukturen und hin zu gesellschaftlichen Prozessen der Sinnbildung und -bewährung, der rechtstheoretische und auch rechtspraktische Diskurse bis heute immer wieder neu aufzurütteln vermag. Diese Korrektur der herrschenden Blickwinkel juristischer Diskurse bildete ein Kernanliegen von Covers Arbeit. Eng verbunden mit dem Pluralitätsthema ist ein zweites Zentralthema Covers: Die Rolle der Gewalt im Recht. Die Gewalt und ihr Identitätszwang bilden

gleichsam das negative Gegenstück zum Hinweis auf die konstitutive Vielfalt rechtlicher Sinnbildung.

Angesichts dieser komplexen Verzweigtheit von Covers Denken und Schreiben sind im Nachvollzug seiner Analysen der gesellschaftlichen Pluralität des Rechts unterschiedliche Beiträge zu beachten. Als orientierende Grundlage kann aber der Aufsatz *Nomos and Narrative* dienen. In diesem Text, den man mit guten Gründen als den wichtigsten und kunstvollsten Text Covers erachten kann, wird die gesellschaftliche Vielfalt des Rechts besonders konsequent dargelegt. Auch hier entwickelt Cover seine Argumentation anhand verschiedener einprägsamer Grundbegriffe, die als Wegmarken des Gedankengangs aufgenommen werden können.

Die begrifflichen Motive des Textes stellen von den ersten Zeilen an immer wieder die Alterität des Rechts heraus. Der Essay ist durchzogen von Figuren der Andersheit. Er beginnt mit der Feststellung, dass unsere Begriffe des Rechts der Erfahrung des Anderen entspringen.¹³ Aus der Konfrontation mit dem Anspruch des Anderen gehen normative Visionen einer gewandelten Welt hervor, die als Gesolttes dem gegenwärtig Gegebenen gegenübergestellt werden. Mit George Steiner bezeichnet Cover den kontrafaktischen Charakter der Vision als »altnernity« – eine Wortschöpfung, mit der Steiner das französische »altérité« übersetzt, das im Deutschen üblicherweise mit »Alterität« wiedergegeben wird.¹⁴ Rechtliche Regeln verweisen auf diesen Fluchtpunkt und gewinnen daraus ihren normativen Sinn. Die Andersheit des Rechts drückt sich weiter darin aus, dass Recht nicht als Produkt eigenen Beliebens, sondern als »verbindliches ›Anderes«« begriffen wird.¹⁵ Cover bezeichnet also drei,

¹³ Ebd., S. 5.

¹⁴ Ebd., S. 9. Vgl. G. Steiner, *Nach Babel. Aspekte der Sprache und des Übersetzens*, Schriften, Bd. 5, übers. v. M. Plessner, unter Mitw. v. H. Beese, Berlin 2014, S. 228ff. Vgl. zum kontrafaktischen Charakter des Rechts auch den klassischen Text von I. Thomas, »*Fictio Legis. L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales*«, *Droits* 21 (1995), S. 17–63. In jüngerer Zeit hat Christoph Möllers das Strukturmoment der Andersheit gegenüber dem Faktischen genereller mit Blick auf Normen hervorgehoben und erläutert. Möllers zieht es vor, von Afaktizität statt von Kontrafaktizität zu sprechen, um deutlich zu machen, dass Normen nicht mit dem Gegebenen konkurrieren, sondern lediglich von diesem differieren (C. Möllers, *Die Möglichkeit der Normen. Über eine Praxis jenseits von Moralität und Kausalität*, Berlin 2015, S. 131). Cover unterstreicht seinerseits den Realitätsbezug rechtlicher Visionen. Mit der Hervorhebung ihrer Alterität stellt Cover aber zugleich das konstitutive Gegenüberstehen und Entgegentreten des rechtlich Ausgemalten im Verhältnis zur Tatsachenlage und in diesem Sinne in der Tat eine kontrafaktische Logik heraus.

¹⁵ R. Cover, »*Nomos and Narrative*«, a.a.O., S. 45 (»faithful ›other‹«, Übers. BV). An anderer Stelle vertieft Cover die Hinweise auf die rechtliche Alteritätslogik in einer Diskussion des Primats der Pflicht vor dem Anspruch im

miteinander verbundene Momente rechtlicher Alterität: Recht wurzelt im Anspruch des Anderen; diesem Anspruch entspricht die Vision einer anderen Welt; und die mit der Vision assoziierten Vorschriften werden als eine äußere, dem eigenen Belieben entzogene Forderung aufgefasst.

Dieser visionäre Sinnzusammenhang des Rechts wird nicht erst durch öffentliche Institutionen erlassen. Ohne deren Bedeutung zu bestreiten, bemüht sich Cover, die übliche Fokussierung auf das positive Recht des Staates durch eine konsequente Besinnung auf die konkrete Rechtserfahrung der Gesellschaftsglieder zu korrigieren. Unsere Rechtsbegriffe bilden sich nicht zuerst und nicht hauptsächlich dort, wo wir förmlichen Rechtshandlungen und -verlautbarungen des Staates begegnen. Sie formen sich vom Beginn unseres Lebens an in den konkreten Beziehungen zu unseren Mitmenschen, zur Welt und zu uns selbst aus und prägen auf diese Weise unser gesamtes Seinsverständnis. Im Anschluss an Peter Bergers Religionssoziologie und die biblische Rechtssemantik bezeichnet Cover diese konstitutive Dimension unserer Lebenswirklichkeit als »Nomos«.¹⁶ Die politischen Institutionen bilden darin zwar ein gewichtiges, aber nicht ein isoliertes oder gar das allein bestimmende Moment. Die Prägung unseres Rechtsverständnisses durch die staatlichen Institutionen ist eingebettet in einen breiteren sittlichen Erfahrungszusammenhang, in dem sich unsere Begriffe des Rechts aus- und stetig fortbilden. Ihm haben wir uns zuzuwenden, wenn wir nicht nur den Faktor institutioneller Gestaltung, sondern die genuine Sinnhaftigkeit des Rechts nachvollziehen wollen.

Recht geht natürlich nicht in der Vision eines anderen, gesollten Zustands auf, sondern imaginiert Wege von der gegebenen Realität zur ausgemalten Vision. »Recht kann als ein System der Spannung oder eine Brücke betrachtet werden, die einen Begriff der Wirklichkeit mit einer imaginierten Alternative verbindet.«¹⁷ Als Gegenstand des Sollens drängt die Vision auf Verwirklichung. Dies verlangt Rücksicht auf die Bedingungen der Wirklichkeit und die effektiven Implikationen unterschiedlicher Transformationsstrategien. Ins Gewicht fällt auch die Intensität unserer Hingabe an eine Vision und einzelne Gehalte derselben. Das Maß

jüdischen Rechtsdenken: R. Cover, »Obligation: A Jewish Jurisprudence of the Social Order«, *Journal of Law and Religion* 5 (1987), S. 65–74.

¹⁶ Vgl. R. Cover, »Nomos and Narrative«, a.a.O., S. 4, Anm. 2 (Verweis auf Berger), sowie S. 11, Anm. 31 (Ausführungen zur biblischen Begriffsverwendung). Zu Bergers Verständnis siehe P. Berger, *The Sacred Canopy. Elements of a Sociological Theory of Religion*, Garden City/NY 1967. In der Bibel übersetzt der Begriff, wie Cover vermerkt, das hebräische »Tora«, auf Englisch wird er später mit »the Law« wiedergegeben. Die darin hervortretende Beziehung der jüdischen Tora zur englischsprachigen Rede von Recht entfaltet Cover in seinem Essay.

¹⁷ R. Cover, »Nomos and Narrative«, a.a.O., S. 9 (Übers. BV).

dieser Hingabe im Verhältnis zu anderen Anliegen formt die Kraft und den konkreten Inhalt der uns leitenden Normen angesichts der Widrigkeiten der Realität.

Cover bezeichnet diese sinnstiftende Bindung an normative Gehalte mit dem schwer übersetzbaren Begriff des »commitment«.¹⁸ Unser »commitment« schlägt die Brücke zwischen Wirklichkeiten und Visionen, in der sich Recht aktualisiert.¹⁹ Auf Deutsch kommt Covers Wortverwendung wohl eben die Rede von »Hingabe« am nächsten. »Commitment« zeigt Verbindlichkeit, Verpflichtung, Auftrag, Sendung, Mission, Leidenschaft und Engagement an. Cover expliziert sein Begriffsverständnis nicht systematisch. Seine Ausführungen lassen aber verschiedene Bedeutungsaspekte hervortreten. Zunächst zielt Cover auf die Abhebung rechtlicher Sinnhaftigkeit von bloß interesse-, gewohnheits- und zwangsgleiteter Steuerung. Anreiz, Gewohnheit, Zwang und Gewalt prägen Kraft und Sinn unserer Hingabe durchaus erheblich, bilden aber nur Teil eines komplexeren, genuin rechtlichen Erfahrungszusammenhangs. Rechtssinn impliziert seinem Wesen nach auch die Erfahrung fordernen Anspruchs, aspirativer Imagination und unverfügbarer Verheißung. Zweitens signalisiert der Begriff seinerseits den Alteritätscharakter der Rechtserfahrung. »Commitment«, abgeleitet vom Lateinischen »committere«, kann wie die Hingabe durchaus eine aktive Haltung meinen, dies aber regelmäßig responsiv in Anerkennung einer verpflichtenden Aufgabe und Sendung. Drittens drückt die Figur aus, dass die Anerkennung rechtlicher Geltung zwar ebenfalls, aber nicht nur ein intellektuell-nüchterner Vorgang, sondern eine auch leidenschaftliche Sache ist. In unserem Bezug auf die Visionen, die dem Recht Sinn verleihen, sind rationale untrennbar mit affektiven Dimensionen verknüpft. In dieser inkarnierten Gestalt erfahren wir die Perspektiven des Rechts in ihrer existentiellen Bedeutung. Viertens realisiert sich die rechtliche Sinnerfahrung nicht nur in regungsloser Anschauung, sondern auch in praktischen Vollzügen. Sie stößt ein bestimmtes Handeln an und bewährt sich darin.

Ein zentraler Bezugspunkt von Covers Rechtstheorie ist wie bereits bemerkt das afroamerikanische *Civil Rights Movement*. Ein wichtiges Anliegen seiner Arbeit ist es, die in dieser Bewegung entfalteten Verheißungen und erlittenen Abgründe des Rechts rechtswissenschaftlich zur Geltung bringen.²⁰ Cover hatte sich selbst als junger Mann in der Bewegung engagiert und die staatliche und gesellschaftliche Repression

¹⁸ Ebd., *passim*.

¹⁹ Vgl. R. Cover, »The Folktales of Justice: Tales of Jurisdiction«, *Capital University Law Review* 14 (1985), S. 179–203, 182.

²⁰ Vgl. insbes. R. Cover, »The Origins of Judicial Activism in the Protection of Minorities«, *Yale Law Journal* 91 (1982), S. 1287–1316, 1316; ders., »Nomos and Narrative«, a.a.O., S. 35. Auch in anderen Texten ist die Inspiration von Covers Denken durch die Bürgerrechtsbewegung evident.

dagegen am eigenen Leib erfahren.²¹ Sein Werk entstand in der Zeit, in der sich die konservative Rekonfiguration des *Supreme Court* unter Chefrichter Burger konsolidiert hatte und die progressive Verarbeitung der Ansprüche sozialer Bewegungen durch das Gericht der Warren-Ära zusehends verschüttete. Diese Verschüttung wurde auch dadurch begünstigt, dass die Erfahrungen des *Civil Rights Movements* nicht adäquat rechtstheoretisch nachvollzogen wurden. Covers Texte bieten ein Zeugnis von diesen Erfahrungen und formulieren damit einen Einspruch gegen den Geist und das Wirken des *Burger Court*. Gegen das administrative Räsonnement des Gerichts sollte die moralisch-visionäre Sinnhaftigkeit des Rechts dargetan werden; gegen die staatlich-institutionalistische Verengung die gesellschaftliche Wirklichkeit der Rechtserfahrung; gegen die Homogenisierung des gesellschaftlichen Rechtssinns die Pluralität der Rechtsanschauungen; gegen die Definition des Rechts durch die staatliche und andere Gewalten die tätige Hingabe an Rechtsvorstellungen – eine Hingabe, die sich nicht von der Gewalt isoliert entfaltet, sondern inmitten des gewaltamen Ringens um das Recht zu behaupten hat. All dies war in der Bürgerrechtsbewegung kraftvoll zum Ausdruck gekommen, blieb aber in den unterschiedlichen, teils konträren Ansätzen der Rechtstheorie auf die eine oder andere Weise übersehen.

Dieser »Sitz im Leben« von Covers Theorie ist bei der Interpretation im Auge zu behalten. Gerade auch mit Blick auf Covers Beschreibung der Hingabe als Gewebe rechtlicher Sinnhaftigkeit ist die Erinnerung an die Bürgerrechtsbewegung hilfreich. Andernfalls kann der Begriff entgegen seiner Pointe leicht mit einer Art Freund-Feind-Entschlossenheit identifiziert werden, die gemeinschaftliche Rechtsauffassungen mit Kraft und Gewalt ohne institutionelle Hürden gegen jedes Andere durchzusetzen sucht. Die Hingabe, mit der die Bürgerrechtsbewegung das Versprechen des Rechts gegen gesetzliches Unrecht zum Durchbruch brachte, hatte einen anderen Charakter. Sie realisierte sich wesentlich in einer Disziplin der Gewaltlosigkeit, mit der die Definitionsmacht der Gewalt über das Recht gebrochen wurde. Statt die trennenden Imperative der Selbstbehauptung zu alimentieren, war sie der Vision einer gemeinsamen Welt aus der Hinwendung zum Anderen verschrieben. Im erduldeten Leiden bezeugte sie die Grenze souveräner Stärke. In dieser Kraft, die gewaltsame und angstvolle Konkurrenz mit dem Anderen zu überschreiten, erkannte und realisierte die Hingabe der Bürgerrechtsbewegung die

21 Wegen seiner Aktivitäten vor Ort in den Südstaaten wurde Cover für einige Zeit unter unerträglichen Bedingungen inhaftiert. Im Gefängnis stand er auch einen Hungerstreik durch. Seine Unterkunft in Georgia wurde nach seiner Haftentlassung in seiner Abwesenheit bewaffnet überfallen. Bei einer späteren Hetzjagd entging er nur knapp einer Ermordung. Vgl. die Schilderung der Ereignisse in R. Burt, »Robert Cover's Passion«, *Yale Law Journal of Law & the Humanities* 17 (2005), S. 1–8, 2ff.

Überlegenheit des Rechts über die Macht. Dieses und ähnliche Beispiele hatte Cover primär vor Augen.

Tatsächlich hat Cover den Begriff des »commitment« möglicherweise sogar direkt von Martin Luther King übernommen. »Commitment« war eine Schlüsselkategorie in Kings Vokabular. In einer seiner letzten Predigten, die in Auszügen an seiner Beerdigung abgespielt wurde, rückte er das Ideal eines »committed life« ins Zentrum. Die an der Beerdigung wiedergegebenen Passagen bildeten ein zentrales, weithin vernommenes Dokument der Bürgerrechtsbewegung. Mit Blick auf den Sinn seines Lebens erklärte King: »I just want to leave a committed life behind.«²² King erläuterte dieses Ideal ganz im Sinne von Covers rechts-theoretischer Verarbeitung als weltformende Hinwendung zu Anderen. Die Predigt schließt:

»Yes, Jesus, I want to be on your right side or your left side, not for any selfish reason. I want to be on your right or your left side, not in terms of some political kingdom or ambition, but I just want to be there in love and in justice and in truth and *in commitment to others*, so that we can make of this old world a new world.«²³

Das hingebungsvolle Leben, das King erstrebt, ist ein Leben der »Hingabe an Andere«. Und in dieser Hingabe wird der Schlüssel zu einer »neuen Welt« gesehen. Genau hier ortet Cover den Sinn des Rechts: Aus der engagierten Zuwendung zum Anderen in seiner Uneinholbarkeit soll eine zu-künftige, gerechtere Welt entworfen und realisiert werden. Bewusst oder unbewusst wiederholt Cover nochmals diese letzten an Kings Beerdigung vom Verstorbenen erschallten Worte, indem er seinen eigenen Essay mit dem Aufruf beendet: »we ought to invite new worlds.«²⁴

Die rechtliche Hingabe ist freilich – darauf legte Cover Wert – keineswegs gegen Irrtum und die Verstrickung in Herrschaft und Gewalt geschützt. Wo sie weltformend wird, interveniert sie immer in Verhältnisse der Gewalt. Die Pluralität der Rechtsanschauungen impliziert, dass es immer auch entgegenstehende Überzeugungen gibt, die in der Verwirklichung des Rechts verdrängt werden. Auch der gewaltlose Widerstand bedeutet kein Ende der Gewalt, sondern nimmt die Gewalt gegen sich selbst hin. Diese Gewalt ist nicht nur ein zufälliger Nebeneffekt, sondern wesentliches Artikulationsmittel des gewaltlosen Widerstands. Stets kann dieser unhintergehbare Gewaltbezug des Rechts in rücksichtslose Gewalt umschlagen und damit in der Tat einer Freund-Feind-Dynamik anheimfallen. Diese Gefahr vorbehaltloser Gewalt besteht gerade auch dort, wo die Irreduzibilität des Gewaltmoments ignoriert wird. Deshalb

²² M.L. King, »The Drum Major Instinct«, in: *A Testament of Hope*, a.a.O., S. 259–267, 267.

²³ Ebd. (Hervorhebung BV).

²⁴ R. Cover, »Nomos and Narrative«, a.a.O., S. 68.

sind das Insistieren auf der Differenz von Recht und Gewalt einerseits²⁵ und auf der Immanenz der Gewalt im Recht andererseits²⁶ in Covers Werk zwei Seiten einer Medaille: Im Eingedenken der Gewalt drängt die Hingabe des Rechts immer neu über sich hinaus. Die Tatsache der Gewalt markiert eine Grenze der rechtlichen Vision einer gemeinsamen Welt mit dem Anderen, der die Hingabe gilt.²⁷ Die fortgesetzte Exposition der Gewalt rettet die nie eingeholte Aussicht erlöster Beziehung zum Anderen.²⁸ Dem gewaltlosen Widerstand eignet eine besondere Kraft, diesen Widerspruch von Hingabe und Gewalt im Recht wachzuhalten, weil er die Gewalt gegen sich selbst lenkt und die immer drohende Identifikation mit dieser vermeidet. Er entzieht sich dem Schein der Identität, der Verdrängung des Anderen, den die überlegene Gewaltandrohung entfaltet.

Obgleich der Sinn des Rechts nicht bei den formellen Verlautbarungen des Staates anfängt und nie in den Letzteren aufgeht, bestimmen die Vorgaben öffentlicher Institutionen unsere Begriffe des Rechts natürlich weitreichend. Das ist zwar nicht immer der Fall. Es ist möglich und kommt vor, dass wir den öffentlichen Erlassen keinen Rechts-sinn zuerkennen. Wir mögen uns der institutionellen Gewalt trotzdem unterwerfen, erkennen in den Vorschriften aber keinen normativen Sinn. Im Normalfall bieten aber die Gesetze und Rechtssprüche des Staates und anderer öffentlicher Institutionen eine Richtschnur der allgemeinen Rechtsauffassung. Selbst in diesem Fall können die öffentlichen Gesetzes-texte und Urteile jedoch nur ein wichtiges Element unseres Nomos definieren. Ihren konkreten rechtlichen Sinn gewinnen sie erst in einem viel weiteren interpretativen Zusammenhang, der sich nicht gleichermaßen festschreiben und durchsetzen lässt. Expliziten Ausdruck findet dieser sinnstiftende Kontext Cover zufolge in den Narrativen, die Rechtsordnungen begleiten und situieren. Als Paradigma zieht Cover das in die Erzählungen der Bibel und des Talmuds eingebettete jüdische Recht heran. In modern-säkularen Rechtsordnungen besteht freilich kein vergleichbarer autoritativer Korpus an Erzählungen, die sich mit den Gesetzen verweben. Auch hier existieren aber diverse kleinere und größere Narrative, die unsere Auffassung des Gesetzesbestands ausdrücklich oder stillschweigend bestimmen: Mythische Motive, historische Schilderungen, funktionale

²⁵ Vgl. etwa ebd., S. 25, 53.

²⁶ Vgl. insbes., R. Cover, »Violence and the Word«, *Yale Law Journal* 95 (1986), S. 1601–1629, 1629.

²⁷ Vgl. ebd., wo Gewalt als »tragische Grenze des gemeinsamen Sinns« beschrieben wird (Übers. BV).

²⁸ Vgl. zum erlösenden Fluchtpunkt des Rechts R. Cover, »The Folktales of Justice«, a.a.O., S. 203 (Übers. BV): »Integrität ist [...] der Akt, die Vision zu bewahren, dass nur dasjenige, was erlöst, Recht ist.«

Muster, kulturelle Verortungen, genealogische Erklärungen und viele weitere Erzählungen prägen die rechtliche Sinnerfassung. Alle Aspekte der Rechtsordnung sind von derartigen Narrativen umwoben: Die gesamte Rechtsordnung ebenso wie einzelne Bestimmungen, die staatlichen Institutionen ebenso wie unsere eigene Stellung innerhalb der Ordnung. In jeder Rechtsordnung gibt es einige große Erzählungen, die oft wiederholt werden und das konstitutionelle Verständnis prominent prägen. Viele Narrative sind aber subtiler, verstreuter und diffuser. Cover geht es nicht nur um klar umrissene Geschichten, wie sie in der Bibel zu finden sind, sondern um den dichten Bestand kulturell gewachsener Deutungsmuster, die gesetzlichen Formulierungen erst normativen Sinn geben.

Covers Beobachtung, dass diese Muster narrativ strukturiert sind, hat verschiedene Implikationen, die er im Gang des Textes ausführt. Zunächst sind Narrative eben charakteristisch sinnstiftend. Sie geben einer Norm eine Bedeutung in einem größeren Zusammenhang. Die Sinnstiftung erfolgt näherhin durch eine zeitliche, teleologische und geschichtliche Struktur. Es wird eine Herkunft, ein Fortgang und ein Ziel geschildert. Der visionäre Ausgriff auf ein Telos ist mit Blick auf die Deutung von Normen besonders wichtig und wird von Cover besonders betont.²⁹ Unsere Narrative lassen uns die Norm im Lichte leitender Visionen sehen. Diesen visionären Fluchtpunkt bezeichnet Cover oft mit dem Begriff der »Erlösung« (»redemption«). Recht verheißt eine andere, neue Zukunft, welche den Menschen und die Welt von den Zwängen des Bestehenden befreit. Bewusst wählt Cover dieses religiös konnotierte Wort, um auf die eschatologische Logik und den oft explizit religiösen Charakter rechtlicher Sinnvorstellungen hinzuweisen.³⁰ Wie in den vorhin dargestellten philosophischen und theologischen Perspektiven deutet sich hier auch bei Cover der Nexus zwischen der Rechtsidee und dem von der jüdisch-christlichen Tradition artikulierten Geschichtlichkeitsbewusstsein an. Damit wird die teleologische Pointe nochmals spezifisch geschichtlich qualifiziert: Die Vision weist in eine wahrhaft andere

29 Vgl. zum teleologischen Charakter des Rechts R. Cover, »Bringing the Messiah through the Law«, in: R. Pennock / J. Chapman (Hg.), *Religion, Morality, and the Law*, New York 1988, S. 201–217, 202 (posthum veröffentlichtes Manuskript).

30 R. Cover, »Nomos and Narrative«, a.a.O., S. 35 u.ö. Cover erläutert den Begriff an der genannten Stelle qualifiziert für spezifische soziale Bewegungen, die den erlösenden Charakter des Rechts akzentuieren. Später stellt er aber klar (S. 60), dass Recht immer ein redemptives Moment birgt; ähnlich bereits ebd., S. 9. Siehe ferner R. Cover, »The Folktales of Justice«, a.a.O., S. 180 (zum sakralen Charakter der Narrative) und S. 203 (zum Erlösungsbegriff, siehe oben Fn. 28). Vgl. zum Verhältnis von Recht und Eschatologie auch »Bringing the Messiah through the Law«, a.a.O.

Zukunft, die nicht bloß Entfaltung des Natürlichen ist. Sie verheißt ein Ziel, das unsere endlichen Begriffe und unser eigenes Verfügen überschreitet.³¹ Selbst wo Recht ohne emphatische Transformationsversprechen nüchtern auftritt oder Bewahrung postuliert, bleibt das Moment einer Zukunftsvision konstitutiv, deren Verwirklichung durch das Recht Erlösung von einem anderen Gang der Dinge bedeutet.³² Soziale Bewegungen wie die Bürgerrechtsbewegung erinnern an diese redemptive Dimension des Rechts und bringen sie gegen eine visionslos-unreflektierte Anwendung herrschender Gesetzesverständnisse zum Tragen. Als tieferer Sinn der unerschöpflichen Erlösungsvisionen tritt nach dem Gesagten auch bei Cover immer wieder die Gewalt überwindende Beziehung zum Anderen hervor.

Narrative betten Normen aber nicht nur in einen großen, zielgerichteten Zusammenhang ein. Sie schildern genereller »ein Repertoire an Zügen«, mit dem wir uns zu den Normen verhalten können.³³ Wir erfassen und tradieren in den Narrativen ganz unterschiedliche Möglichkeiten des Umgangs mit rechtlichen Vorgaben, die weit über die Option automatischer Befolgung hinausgehen – von der affirmativen Beachtung über die widerwillige Hinnahme und die subversive Reinterpretation bis hin zum offenen Ungehorsam.³⁴ All diese Handlungsweisen erlangen durch ihr Verhältnis zur Regel – ganz unabhängig davon, ob sie ihr entsprechen – ihren spezifischen Sinn und definieren umgekehrt den Sinn, den wir in der Regel erkennen. Dieser Einfluss des narrativen Reflexionshorizonts auf den Sinngehalt von Vorschriften ist nicht bloß eine marginale Ergänzung, er kann die Sinnerfahrung radikal umkehren, obgleich die Vorschrift unter Umständen gleichermaßen strikt durchgesetzt wird: Die gleiche Regel kann je nach rahmendem Narrativ im einen Fall als sinnloses Machtmittel erscheinen, dem wir nach Kräften zu widerstehen haben, im andern Fall als erhabenes Medium der Befreiung, das treu hochzuhalten ist.³⁵

31 Covers Rechtsverständnis ist insofern in der Tat messianisch, wie verschiedentlich beobachtet wurde. Vgl. S. Last Stone, »In Pursuit of the Counter-Text: The Turn to the Jewish Legal Model in Contemporary American Legal Theory«, *Harvard Law Review* 106 (1993), S. 813–894, 893; zustimmend S. Wizner, »Repairing the World Through Law: A Reflection on Robert Cover's Social Activism«, *Cardozo Studies in Law and Literature* 8 (1996), S. 1–14.

32 Vgl. für eine eingehende Erörterung des redemptiven Charakters des amerikanischen Verfassungsrechts J. Balkin, *Constitutional Redemption. Political Faith in an Unjust World*, Cambridge/MA 2011.

33 R. Cover, »Nomos and Narrative«, a.a.O., S. 9 (Übers. BV).

34 Vgl. zu den von Normen aufgespannten Möglichkeitshorizonten C. Möllers, *Die Möglichkeit der Normen*, a.a.O.

35 Vgl. R. Cover, »Nomos and Narrative«, a.a.O., S. 7.

Von besonderem Gewicht für den pluralistischen Charakter des Rechts ist, dass die sinnstiftenden Narrative zwar wesentlich sozial sind – wir erzählen sie einander, tradieren, interpretieren und verhandeln sie im steten Austausch –, aber nicht institutionell und vor allem nicht durch Sanktionsgewalt kontrolliert werden können. Sie werden in breiteren kulturellen Zusammenhängen konstituiert und fortgeschrieben. Der liberale Staat zeichnet sich dadurch aus, die Erzeugung der gesetzlichen Ordnung öffentlich zu institutionalisieren, den narrativen, sinnstiftenden Interpretationskontext dagegen grundsätzlich freizustellen.³⁶ Doch selbst ein autoritärer Staat, der die herrschenden Narrative systematisch zu steuern versucht, kann die narrative Sinnbildung nur mitbestimmen, nicht aber strikt kontrollieren.³⁷ Die Narrative entziehen sich in mehrerer Hinsicht der autoritativen Festlegung. Sie kursieren in Bereichen des gesellschaftlichen Alltags, die von der öffentlichen Ordnung nicht total erfasst werden. Sie sind vielzählig und lassen sich nur vorläufig und instabil in einem Korpus eingrenzen. Sie sind im Verhältnis zueinander, aber auch schon in sich dicht, vielschichtig und überdeterminiert, lassen Ambivalenzen, Spannungen und Widersprüche zu und unterstreichen diese Uneindeutigkeit charakteristischer Weise. Sie werden immer wieder bewusst und unbewusst fortgeschrieben, verschoben und reinterpretiert. Auch in ihren einzelnen Aspekten und erst recht in ihren größeren Zusammenhängen sind sie radikal deutungsoffen. Vor allem die schlechthinnige Uneinhaltbarkeit des redemptiven Fluchtpunkts versagt jede definitive Fixierung.

Der konkrete, weltstiftende und handlungsleitende Sinn des Rechts ist also unter allen Umständen von radikal vieldeutigen und dynamischen kulturellen Rahmungen abhängig. Aus diesem Grund ist Recht, wie Cover mit einer oft zitierten Wortschöpfung sagt, wesentlich »jurisgenerativ«. Stetig entsteht neues Recht, indem der hermeneutische Kontext (in einem weiten existentiellen, nicht bloß auslegungstechnischen Sinne) von allen Seiten verschoben oder ersetzt wird.³⁸ Der Sinn des Rechts ist also unhintergehbar plural und setzt immer weitere Prozesse der Pluralisierung frei. Eben dergestalt formt sich Recht wesentlich öffentlich: Stets ist Recht dem offenen, iterativen Ringen um neue Bedeutungen ausgesetzt.³⁹ Die Sicherung einer lebendigen öffentlichen

36 Vgl. ebd., S. 12, 16f. Böckenfördes berühmtes Diktum vom Wagnis des liberalen Staats, seine eigenen Voraussetzungen nicht garantieren zu können, zielt in eine ähnliche Richtung. Vgl. E.-W. Böckenförde, »Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation«, in: ders., *Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*, Frankfurt a.M. 1991, S. 92–114, 112.

37 Vgl. R. Cover, »Nomos and Narrative«, a.a.O., S. 18.

38 Ebd., a.a.O., S. 15 u.ö. (Übers. BV).

39 Die Verknüpfung von Derridas Begriff der Iteration und Covers Erläuterung der Jurisgenerativität wird auch ausdrücklich in Seyla Benhabib's oben

Sphäre bietet eine Grundlage dafür, dass sich diese selbst unter autoritären Bedingungen nie ganz anhaltende Dynamik der Jurisgenesis reich entfalten kann. In dieser pluralistischen Bewegung gewinnt Recht Sinn im emphatischen Sinne: Recht erhält in der narrativ gerahmten Dichte des Nomos nicht nur einen konkreten Bedeutungsgehalt, sondern auch existentielles Gewicht und normative Motivationskraft. Hier offenbart sich die volle Bedeutung der Pflege gesellschaftlicher Räume, in denen sich der Sinnstiftungsprozess entfaltet: Dieser Prozess dient nicht nur der Optimierung rechtlicher Inhalte, sondern bringt erst den leidenschaftlichen Sinn und das kritische Engagement für die normativen Visionen des Rechts hervor, worin sich die Geltung des Rechts von der heteronomen Verwaltung durch Anreiz, Gewohnheit und Zwang abhebt. Diese laufende Sinngenerierung vollzieht sich auch in der individuellen Reflexion, lebt aber vor allem von Gemeinschaften und Bewegungen, die durch ihre diskursive und praktische Kultivierung geteilter Narrative gemeinsame Ressourcen der interpretativen Auseinandersetzung herausbilden.

4.1.2 Tugenden und Abgründe der öffentlichen Institutionenordnung

Der Schwerpunkt von Covers Ausführungen zur Pluralität des Rechts liegt auf nicht-staatlichen Prozessen. Damit wollte er ein Gegengewicht gegen die verbreitete Privilegierung des Staatlichen in der Rechtstheorie bieten. In der gesellschaftlichen Rechtswirklichkeit rücken auch viele derjenigen Aspekte in den Vordergrund, die Cover besonders am Herzen lagen: die Hingabe, das Visionäre, der Sinn, die Narrative, das Kreative, die Vielfalt, das Gemeinschaftliche. Die Rolle des Staates betrachtete er demgegenüber oft in einer kritischen Perspektive, unter dem Gesichtspunkt der Gefährdung der gesellschaftlichen Rechtserzeugung. Wie erwähnt vertrat Cover trotzdem nicht einen Pluralismus, der dem Staat jede herausgehobene konstruktive Bedeutung abspricht. Zwar bestreit er in der Tat jede prinzipiell höhere normative Dignität des rechtlichen Standpunkts des Staates und seiner Institutionen gegenüber den Rechtsstandpunkten gesellschaftlicher Akteure. Er wies den öffentlichen Institutionen aber durchaus eine eminente spezifische Bedeutung bei der Verwirklichung rechtlicher Pluralität zu.

Die genuine rechtliche Rolle des Staates bezeichnet Cover idealtypisch als »imperial«.⁴⁰ Damit ist natürlich unmittelbar die oppressive Tendenz des Staates markiert. Cover vermerkt aber sogleich, dass

dargestellter Konzeption demokratischer Iterationen vorgenommen: vgl. S. Benhabib, *Kosmopolitismus und Demokratie*, a.a.O., S. 46f.

⁴⁰ R. Cover, »Nomos and Narrative«, a.a.O., S. 13.

auch eine positive Funktion angezeigt ist: Eine Organisation, die innere Vielfalt vorsieht, wie sie paradigmatisch in den alten Imperien realisiert wurde. Auch die Pluralität gesellschaftlicher Rechtsformung ist ein strukturell zwiespältiger Sachverhalt. Ihre unorganisierte Entfaltung würde sich aus doppeltem Grund selbst aufheben. Zum einen tendiert der permanente Differenzierungsprozess zur Zerstreuung. Eine völlig unkoordinierte Rechtsentwicklung würde immer kleinere insulare Gemeinschaften und letztlich eine Vereinzelung der Rechtsauffassungen herbeiführen. Die derart zerstreuten Individuen und Kollektive verlören nicht nur das Interesse und die Fähigkeit zur Kommunikation über ihre Rechtsbegriffe. Beschränkt auf die Ordnung kleiner Gemeinschaften würde Recht auch seinen weltbildenden Anspruch und sein Potential zur Transformation der Weltverhältnisse in erheblichem Maße einbüßen. Ein gänzlich vereinzeltes Rechtsbewusstsein wäre ein Zustand des Wahnsinns.⁴¹ Zum Anderen liegt in der Divergenz der gesellschaftlichen Nomoi ein hohes Gewaltpotential. Unterschiedliche normative Visionen prallen aufeinander und treiben aus der Hingabe an die eigenen Ideale zur gegenseitigen Unterdrückung. Diese Gewalt kann sich sowohl innerhalb einzelner Sinngemeinschaften gegen abweichende Kräfte richten als auch gegen konkurrierende Rechtskulturen im pluralen Gesellschaftszusammenhang.⁴² In all diesen Konstellationen der Zerstreuung und Gewalt schlägt die offene Pluralität in exklusive Identität um.⁴³

Die öffentliche Ordnung begegnet diesen Gefahren und bietet auf diese Weise ihrerseits eine wichtige Garantie pluralistischer Rechtsverwirklichung. Durch überlegene Zwangsbewehrung sichert sie einen allgemeinen Rahmen, der es ermöglicht, in sittlicher Heterogenität zusammenzuleben und Recht zu verwirklichen. Während die gesellschaftliche Sinnstiftung enge gemeinschaftliche Bindungskräfte erzeugt, ist die imperiale Logik des liberalen Staates insofern im Kern »eine Etüde auf das Thema der Differenz«.⁴⁴ Die staatliche Gesetzesordnung und Rechtsprechung bietet den gesellschaftlichen Rechtserzeugungsprozessen zunächst eine allgemein verbindliche Interpretationsgrundlage, gleichsam eine gemeinsame Sprache, die den unterschiedlichen sozialen Gruppen

41 Vgl. ebd., S. 10. Siehe zu dieser Gefahr des Wahnsinns ferner R. Cover, »Bringing the Messiah through the Law«, a.a.O., S. 204, 209, sowie ders., »The Folktales of Justice«, a.a.O., S. 196.

42 Vgl. zum Gewaltpotential von Gemeinschaften auch R. Cover, »Obligation«, a.a.O., S. 68.

43 Vgl. insbes. »Nomos and Narrative«, a.a.O., S. 15f. Vgl. zur Typologie von Zerstreuung und Gewalt auch die ausführliche Diskussion insularer und redemptiver Gruppen ebd., S. 25ff. Die Differenzierung zweier Gruppentypen reflektiert die gleiche Logik wie die erste Unterscheidung.

44 R. Cover, »Nomos and Narrative«, a.a.O., S. 16 (Übers. BV).

eine wechselseitige Auseinandersetzung mit ihren differierenden normativen Überzeugungen ermöglicht.⁴⁵ Der geteilte Interpretationshorizont der vielfältigen Rechtsvorstellungen erlaubt es uns, einander in der Differenz zu verstehen, uns auszutauschen und gegenseitig zu überzeugen, uns in einem gemeinsamen, allgemein-öffentlichen Projekt zu begreifen, uns aber auch in der Uneinigkeit anzuerkennen.

Der Staat bietet aber erheblich mehr als eine Interpretationsgrundlage. Er setzt auch einen strikten Ordnungsrahmen durch, der die Definitions- und Gestaltungsmacht der einzelnen Interpretationsgemeinschaften beschränkt, um abweichenden Anschauungen und Lebensformen Raum zu lassen. Das gilt natürlich besonders für das Modell des liberalen Staates, ist aber generell in der Struktur der Staatsidee angelegt, die Cover mit dem Imperiumsbegriff einführt: In der Idee einer allgemeinen Ordnung, die gesellschaftliche Differenzen übergreift; in der institutionellen Formierung, die eine relative Distanz und Selbständigkeit gegenüber den gesellschaftlichen Dynamiken sichert; und in den Mitteln des Zwangs und der Gewalt, die das Erfordernis normativen Einklangs relativieren. Dieser Rahmen garantiert Kollektiven und Individuen Autonomieräume zur Kultivierung differenter und divergierender Lebensweisen.

Der öffentliche Rahmen sichert aber nicht nur die Koexistenz verschiedener Welthaltungen nebeneinander, sondern auch die Möglichkeit, in dieser Differenz eine gemeinsame Welt zu formen. Nur wenn Recht trotz seiner vielfältigen Ausprägungen in der Gesellschaft in gewissen Fragen allgemein durchgesetzt wird, also konkurrierende Rechtsauffassungen zugunsten einer einzigen zurücktreten müssen, kann Recht seinen redemptiven, die Welt als ganze formenden Charakter realisieren. Die Staatsgewalt ermöglicht diese Durchsetzung über die Grenzen sittlicher Vielfalt hinweg.

Zugleich bieten die öffentlichen Institutionen spezifische Potentiale, um die Pluralität der gesellschaftlichen Rechtsvorstellungen in einen konstruktiven Austausch zu bringen und die staatliche Sanktionierung einer Rechtsauffassung in diesen Austauschprozess einzubetten. Viele Arbeiten Covers gehen diesen Potentialen staatlicher und insbesondere gerichtlicher Institutionen zur Kultivierung einer pluralistischen Rechts-öffentlichkeit in Struktur und Geschichte des amerikanischen Rechtsystems nach. Herausragende Bedeutung attestierte Cover dem *First Amendment* der amerikanischen Verfassung, dem ersten Zusatzartikel, der die Rede, Versammlungs- und Religionsfreiheit garantiert. Hier

45 Vgl. R. Cover, »Nomos and Narrative«, a.a.O., S. 8. Den Vergleich des Rechtstexts mit einer Sprache erläutert Cover auf dem Panel »Legal Modes of Interpretation: Principled, Political or Nihilistic?« mit R. Cover, S. Fish, O. Fiss und R. Weisberg, 1984 AALS Annual Meeting [Audio-aufnahme].

anerkennt die Staatsverfassung die pluralistische Freiheit rechtlicher Sinnerzeugung. Die Judikatur hat der Bestimmung nicht nur die Gewährleistung eines Nebeneinanders unterschiedlicher Überzeugungen, sondern auch die Garantie einer produktiven Konfrontation mit der Perspektive der Anderen entnommen. In einem Aufsatz zur Rechtsprechungsgeschichte der Zwischenkriegszeit rekonstruiert Cover die Redefreiheit als Medium, um geschlossene Ideologien und ihre staatliche wie gesellschaftliche Stabilisierung mithilfe gerichtlicher Intervention fortlaufend aufzubrechen.⁴⁶ Ein zweiter Aufsatz zur Rolle des verfassungsrechtlichen Minderheitenschutzes in der Ära der Bürgerrechtsbewegung vertieft diese Perspektive. Cover zeichnet ein Dilemma zwischen der Sicherung gesellschaftlicher Pluralität und dem Minderheitenschutz angesichts des systemischen Rassismus nach, mit dem sich die Verfassungssudikatur konfrontiert sah: Ein konsequenter Minderheitenschutz drohte, die rassistisch dominierte gesellschaftliche Öffentlichkeit umfassend dem Staatsapparat zu unterwerfen und damit entgegen seinem Zweck seinerseits totalitäre Strukturen zu begünstigen. Dem *Supreme Court* gelang es nach Covers Analyse, durch punktuelle Eingriffe die beiden Anliegen in Einklang zu bringen und schlussendlich den Rechten der Minderheiten durch die Ausweitung pluralistischer Öffentlichkeit in der Rechtsprechung zum *Civil Rights Movement* zum Durchbruch zu verhelfen. Auch hier war das *First Amendment* ein wichtiges Instrument. Generell bringt der Aufsatz aber die Rolle eines umsichtig aktiven Gerichts für eine Rechtsverwirklichung in steter Rücksicht auf Differenz in den Blick.⁴⁷

Deutlicher treten die allgemeinen Versprechen des Gerichtsverfahrens in Covers Arbeiten zum Verfahrensrecht hervor. Verfahrensrecht war das Hauptgebiet von Covers Lehrtätigkeit und er erkannte darin viel mehr als ein bloßes Hilfsmittel materiellen Rechts. Cover arbeitete auf dem Gebiet eng mit Owen Fiss und Judith Resnik zusammen, zwei leidenschaftlichen Stimmen zugunsten des Eigenwerts öffentlicher Gerichtsverfahren. Gemeinsam mit ihnen verfasste er ein Lehrbuch.⁴⁸ Die Meinungsverschiedenheiten waren beträchtlich, aber doch von wichtigen

46 R. Cover, »The Left, the Right and the First Amendment: 1918–1928«, *Maryland Law Review* 40 (1981), S. 349–388. In *Nomos and Narrative* ergänzt Cover seine Ausführungen zur Redefreiheit um den Hinweis, dass die rechtliche Sinnerzeugung nicht nur diskursiv-sprachlicher, sondern auch praktisch-materialer Freiräume bedarf, die es erlauben, divergierendes Recht zu leben. (Ders., »Nomos and Narrative«, a.a.O., S. 49.)

47 R. Cover, »The Origins of Judicial Activism in the Protection of Minorities«, a.a.O.

48 R. Cover/O. Fiss/J. Resnik, *Procedure*, Westbury/NY 1988 (eine erste Version ohne Beteiligung von J. Resnik erschien 1979 unter dem Titel *The Structure of Procedure*).

Konvergenzen begleitet. In einer Reflexion zur Figur der Justitia expliziert Cover ganz auf der Linie der oben nachgezeichneten Alteritätsdiskussion die Logik der »Indirektheit« als Kern des Rechtsverfahrens.⁴⁹ Die berühmte Augenbinde der Gerechtigkeitsgöttin lasse sich auch als Hinweis darauf lesen: Ein frei auferlegter Verzicht auf direktes Sehen durch Einrichtung einer unterbrechenden Schranke zwischen Realität und Entscheidung. Rechtliche Verfahren verbieten ein Handeln nach Maßgabe unserer unmittelbaren Weltsicht und verweisen auf einen langen Umweg unter dem Eindruck divergenter Einwendungen. Darin gewinnt der Prozess und die Institution des Gerichts, die ihn paradigmatisch entfaltet, eine genuine Kraft, totalisierende Herrschaftsstrukturen zu brechen und den Blick für das Andere zu öffnen. Ein weiterer Essay Covers erläutert diesen Sinn der Indirektheit in Auseinandersetzung mit den »folktales of justice«, den gesellschaftlichen Narrativen, die das Versprechen der Gerichtsbarkeit tradierten.⁵⁰ Unsere Mythen verheißen uns die Gerichte als unabhängige Instanzen der Gerechtigkeit, welche sich der Willkür herrschender Macht widersetzen. Historische Berichte kontrastieren diese Hoffnung mit Schilderungen der Abhängigkeit und Korrumperbarkeit von Gerichten. Zusammengenommen malen Mythos und Historie die Gerichte, um Barths Formel aufzunehmen, als Schauplatz relativer Selbstständigkeit aus. Die Justiz hat die schwierige Aufgabe, eine unabhängige Hermeneutik auszubilden, welche von den Machtverhältnissen distanziert, ohne den Bezug zu diesen gänzlich kappen zu können. Sie ist sogar gehalten, auf die faktischen Machtverhältnisse Rücksicht zu nehmen. Andernfalls verliert das gerichtliche Urteilen seine wirklichkeitsprägende Kraft und damit auch seinen Rechtscharakter: Die Formung einer erlösenden Brücke von der Wirklichkeit zur Vision anderer Welten. Die zwiespältige gesellschaftliche Erwartung an die gerichtliche Rolle zwischen emphatischem Vertrauen und ernüchterter Skepsis, die Covers Aufsatz dokumentiert, vermittelt den Gerichten eine besondere Autorität, den Sinn des Rechts in relativer Autonomie gegen staatliche und gesellschaftliche Macht zu wenden, bewahrt aber zugleich davor, ihre Verdikte als unfehlbares letztes Wort zu nehmen. Die justiziellen Verfahren schreiben der Struktur des Staates eben vor allem eine Logik der Indirektheit ein, indem sie eine souveräne Weltgestaltung durch eine unabhängige Rechtsreflexion brechen und für andere Gesichtspunkte aufschließen, ohne dabei je zu einem erhabenen Standpunkt gelangen zu können, der die streitbare Pluralität der Auffassungen, die Verstrickung in die gegebenen Machtbedingungen und die Realität der Gewalt hinter sich lässt.

49 R. Cover, in: ders./O. Fiss/J. Resnik, *Procedure*, a.a.O., S. 1231 (Übers. BV). Die Reflexion wurde posthum aus einem unveröffentlichten Manuskript in den Band aufgenommen.

50 R. Cover, »The Folktales of Justice«, a.a.O.

Auch in der Struktur des amerikanischen Gerichtssystems, seinem föderalen Charakter und seinem Einbezug von Spezialgerichten und anderen Entscheidungsinstanzen, machte Cover die Logik der Erschütterung direkten, unbeirrten Entscheidens fest. Er analysierte den Föderalismus nicht in erster Linie unter dem Gesichtspunkt der Aufteilung der Rechtsordnung in unterschiedliche Einheiten, sondern vor allem hinsichtlich der implizierten Dynamik zwischen den verschiedenen Instanzen.⁵¹ Er unterstrich die jurisdiktionalen Konkurrenzen und Redundanzen des Systems, die mehreren Gerichten in der gleichen Angelegenheit Zuständigkeit vermitteln. Sie setzen die Gerichte einem erhöhten Rechtfertigungsdruck aus unterschiedlichen Richtungen aus, der den normativen Rahmen und die leitenden Gesichtspunkte des Urteilens pluralisiert und auf diese Weise einer gesteigerten Reflexion aussetzt.⁵²

Allerdings bergen die öffentlichen institutionellen Strukturen der Rechtsverwirklichung ihrerseits eine spezifische Tendenz, die pluralistische Entfaltung des Rechts zu unterdrücken. Die pluralitätssichernde Potenz der öffentlichen Institutionen ist, wie Cover nachzeichnet, unmittelbar verstrickt mit dieser pluralitätsgefährdenden Seite. Dieser Sachverhalt bildete ein leitendes kritisches Interesse von Covers Werk. Im Unterschied zu den gesellschaftlichen Rechtsbildungsprozessen ist die Praxis der staatlichen Gerichte, wie Cover bemerkt, nicht primär jurisgenerativ, sondern »jurispathisch«.⁵³ Ihre Kernaufgabe liegt nicht in der Produktion von mehr Recht, sondern in der Beseitigung von zu viel Recht: Aus konfigierenden Rechtsanschauungen wählt der Staat eine aus und setzt sie gegen die anderen durch. Mit der Drohung und Ausübung überlegener Zwangsgewalt sichert der Staat über normative Differenzen hinweg eine einheitliche Maßgabe. Die öffentliche Ordnungsgewalt wirkt sich nicht erst dort auf das Recht aus, wo sie konkret geltend gemacht wird, sondern überschattet die gesellschaftlichen Interpretationsprozesse umfassend.⁵⁴ Die drohende Gewalt drängt uns dazu, abweichende Rechtsanschauungen von Anfang an zu vermeiden, und erfordert im Falle von Divergenz eine Reflexion darüber, wie mit der entgegenstehenden Gewalt umzugehen ist. Sind die Gewalteffekte der Dissidenz

51 Vgl. zu diesem Blickwinkel den Aufruf, im Studium der Jurisdiktion Struktur und Dynamiken der Pluralität institutioneller Antworten in den Vordergrund zu stellen, in R. Cover, »Dispute Resolution: A Foreword«, *Yale Law Journal* 88 (1979), S. 910–915.

52 Vgl. R. Cover, »The Uses of Redundancy: Interest, Ideology and Innovation«, *William and Mary Law Review* 22 (1981), S. 639–682; ders./T.A. Aleinikoff, »Dialectical Federalism: Habeas Corpus and the Court«, *Yale Law Journal* 86 (1977), S. 1035–1102; R. Cover, »Dispute Resolution«, a.a.O.

53 R. Cover, »Nomos and Narrative«, a.a.O., S. 40ff.

54 Ebd.

hinzunehmen oder ist angesichts dieser Folgen ein anderes Handeln geboten? Ist uns die eigene rechtliche Vision so wichtig, unsere Hingabe hinreichend stark, dass wir bereit sind und es für richtig halten, das drohende Leid zu akzeptieren? Bietet dieses Leiden ein angemessenes, kraftvolles Zeugnis unserer Überzeugung?

Wie erwähnt unterstreicht Cover, dass die öffentliche Ordnungsgewalt als Regulativ der pluralistische Rechtsverwirklichung von hoher Bedeutung ist. Sie sichert durch ihre nüchterne Koordination den Frieden und die rechtliche Gestaltungsmacht unter Bedingungen normativer Differenz. Die Rolle lebt von einem institutionellen Rahmen, der die involvierten Amtspersonen systematisch zur Zurücknahme ihrer persönlichen Rechtsüberzeugungen zugunsten einer übergreifenden öffentlichen Ordnungsstruktur anhält. Diese Disposition der staatlichen Rechtsverwirklichung tendiert allerdings dazu, das Ordnungsinteresse zu überhöhen und diesem jeden anderen Gesichtspunkt der Rechtsreflexion blind unterzuordnen. Die Gerichte ziehen sich zurück auf das Faktum der staatlichen Deutungshoheit und verschließen sich absolut jedem Gesichtspunkt außerhalb der institutionell verankerten Entscheidungskriterien in der rechtlichen Reflexion. In vielen Fällen wird gar nicht reflektiert, dass die Privilegierung der institutionellen Vorgaben normative Motive hat, die potentiell durch andere normative Motive begrenzt und übertrumpft werden können.⁵⁵ Die Suprematie des institutionellen Standpunkts wird also – wie ja schon Benjamin beobachtete – gleichsam als schicksalhafte Notwendigkeit supposed. Aber selbst wo die normativen Beweggründe der Hoheit staatlicher Strukturen unvergessen sind, wird ihnen oft ein unbedingter Vorrang zuerkannt. Dadurch gewinnt der jurispathische Charakter der öffentlichen Institutionen eine andere Qualität. Die staatlichen Verdikte werden nicht mehr als bedingte, vorläufige Ordnungsleistung in einem breiteren gesellschaftlichen Prozess der Rechtsentwicklung erkannt, sondern als der unbedingt maßgebliche Standpunkt begriffen. Die Amtspersonen halten sich blind an institutionelle Vorgaben – etwa die zugewiesene Stellung in der Instanzenhierarchie und die Bindung an positive Gesetze –, ohne Grenzen der rechtlichen Erheblichkeit dieser Vorgaben überhaupt zu erwägen. Konkurrierende gesellschaftliche Rechtsvorstellungen werden nicht nur untergeordnet und zurückgedrängt, sondern gar nicht als rechtliche Gesichtspunkte anerkannt. Der Gewaltcharakter staatlicher Rechtsdurchsetzung wird verdeckt, indem der Rechtscharakter entgegenstehender Positionen ausgeblendet wird. Diese Disqualifizierung entgegenstehender Positionen treibt zugleich eine Verschärfung der zwangsförmigen Durchsetzung voran: Jeder Widerstand erscheint eben als rechtlos. Umgekehrt verstärkt die

55 Ebd., S. 54.

gewaltsame Durchsetzung den jurispathischen Schein einer einzigen homogenen Rechtsordnung, indem sie anderen Rechtsauffassungen den Raum nimmt. Diese Identifikation des Rechts mit den Stipulationen der öffentlichen Ordnung bedroht nicht nur die soziale Pluralität des Rechts, sondern damit auch den Sinncharakter des Rechts als solchen. Recht scheint eben identisch mit gewissen Prozessen öffentlicher Gewalt – ungeachtet des darin artikulierten Sinns. Die visionäre Hingabe wird obsolet und verkümmert. Eine entfesselte Administrationslogik wird beherrschend.

Covers Arbeiten kreisen immer wieder um diese Tendenz rechtlicher Institutionen, den normativen Sinn des Rechts aus dem Blick zu verlieren. Er analysiert historische und aktuelle Beispiele und beleuchtet unterschiedliche Aspekte des Problems. Als Symbol dieser Kernfrage tritt im Vorwort zu Covers Monographie *Justice Accused* die Figur des Kreon auf. Allzu oft fokussieren wir, so Cover, auf den Mut Antigones und anderer Held:innen, sich den Vorschriften einer politischen Ordnung um einer höheren Gerechtigkeit willen zu widersetzen. Unterbelichtet bleibt dabei die Disposition von Akteur:innen wie eben Kreon, die der herrschenden Ordnung gegen jeden anderen Gesichtspunkt treu bleiben. Kreon figuriere in Sophokles' Stück nur als Gegenfolie zu Antigone, die Komplexitäten seiner psychischen Verfasstheit finden wenig Raum. Die Autorität der Ordnung wird so selbstverständlich vorausgesetzt, dass die Frage, warum die Kreons dieser Welt und ihre vielen Anhänger:innen auch wider grundlegendste moralische Überzeugungen nicht von der herrschenden Ordnung abweichen, selten in Betracht kommt.⁵⁶ Nur zum speziellen Fall des Nationalsozialismus (inzwischen allenfalls noch zur südafrikanischen Apartheid⁵⁷) gibt es eine breitere Diskussion des Problems.⁵⁸ In dem Buch wendet sich Cover der Frage anhand von Richtern im amerikanischen Norden zur Zeit der Sklaverei zu, die trotz ihrer Abscheu gegenüber der Sklaverei die gesetzlich geforderte Rückführung flüchtiger Sklav:innen zu ihren Herr:innen im Süden durchsetzten. Cover erkundet, wie der Gesichtspunkt der eigenen institutionellen Rolle jeden anderen normativen Gesichtspunkt verdrängte und persönliche Verantwortung ausblendete. Dieser Studie ging ein kürzerer Beitrag zu Strafurteilen gegen Kriegsdienstverweigerer im Vietnamkrieg voraus. Hier klagte Cover die Justiz der Zeit an, dass sie die oppressiven Gesetze gegen Verweigerer mit rückhaltloser Schärfe exekutiert. Er zeichnete viele von

56 R. Cover, *Justice Accused. Antislavery and the Judicial Process*, New Haven/London 1975, S. 1f.

57 Vgl. für einen Einblick in diese Debatte insbesondere den klassischen Text von A. Chaskalson, »From Wickedness to Equality: The Moral Transformation of South African Law«, *International Journal of Constitutional Law* 1 (2003), S. 590-609.

58 R. Cover, *Justice Accused*, a.a.O., S. 1.

den Gerichten unbeschriftene Wege vor, auf denen die legislativen Vorgaben mit geringerer oder größerer Kreativität relativiert werden könnten, ohne die rechtliche Reflexion in der eigenen Moralanschauung aufzugehen zu lassen.⁵⁹

In *Nomos and Narrative* geht Cover unter anderem auf das Urteil *Walker v. Birmingham* ein, in dem der *Warren Court* die Verurteilung Martin Luther Kings und mehrerer Mitstreiter wegen Missachtung einer missbräuchlichen, offensichtlich verfassungswidrigen einstweiligen Verfügung bestätigte.⁶⁰ Die Aktivisten hatten ihren Verstoß gegen die Anordnung öffentlich angekündigt und beteuert, dass sie nicht von Geringsschätzung, sondern im Gegenteil von »dem höchsten Respekt für das Recht« geleitet seien.⁶¹ Für die knappe 5-4-Mehrheit des Gerichts überwog indes die Autorität der Gerichte jeden berechtigten materiellen Einwands.⁶² Im *Burger Court* stellte sich nach Covers Diagnose eine Verschärfung dieses Institutionenbias ein. Das Gericht zog sich noch stärker auf institutionelle Zuständigkeiten zurück und drängte materielle Erwägungen in den Hintergrund, wie Cover im Blick auf die damalige Rechtsprechung nachzeichnet. Eine administrative Betrachtungsweise, die den visionären Sinngehalt des Rechts aus der Reflexion verdrängt, wurde bestimmd.⁶³

In einem weiteren klassischen Aufsatz, *Violence and the Word*, rückt Cover einen weiteren Gesichtspunkt des Problems in den Vordergrund: Die Distanz des Gerichts zu der gewaltsamen Exekution seiner Urteile. Richter:innen werden systematisch von den Skrupeln abgeschirmt, die sich mit einer eigenhändigen Durchsetzung gegenüber den Betroffenen verbinden würden. Diese Entfernung von der Implementierung versperrt einen erheblichen Anstoß, der entgegenstehenden Stimme der Leidtragenden besser Rechnung zu tragen und unter diesem Eindruck

- 59 R. Cover, Rezension zu: R. Hildreth, *Atrocious Judges: Lives of Judges Infamous as Tools of Tyrants and Instruments of Oppression*, New York 1856, *Columbia Law Review* 68 (1968), S. 1003–1008.
- 60 *Walker v. Birmingham*, 388 U.S. 307 (1967). Es handelt sich um den einzigen Fall, in dem ein Rechtsbruch Martin Luther Kings von den Gerichten abschließend bestätigt wurde. Vgl. J. Greenberg, »Martin Luther King, Jr., and the Law«, *Congressional Record* 114 (1968), S. 17108f., 17109.
- 61 Die entsprechende Pressemitteilung ist abgedruckt in *Walker v. Birmingham*, 388 U.S. 307 (1967), Appendix B, S. 323 (Übers. BV).
- 62 Vgl. R. Cover, »Nomos and Narrative«, a.a.O., S. 55f.
- 63 Vgl. insbes. R. Cover, »Nomos and Narrative«, a.a.O., S. 66ff. Die damalige Rechtsprechungsentwicklung im *Burger Court* ist der Anlass und das Thema des ganzen Textes. Dies ergab sich schon daraus, dass der Aufsatz als *Foreword* des *Harvard Law Journal* erschien. Die *Forewords* bieten einen Kommentar zur *Supreme Court*-Rechtsprechung des jeweiligen Jahres.

der materiellen Richtigkeit des institutionell Vorgegebenen nachzusinnen. Gleichzeitig verstärkt dieser Abstand den durch die Gewalt erzeugten Schein rechtlichen Einklangs in der Gesellschaft. Es rückt aus dem Blick der Richter:innen, wie stark die eigene Deutungshoheit von Drohung, Zwang und Gewalt zehrt. Vor Augen steht lediglich die diskursive Arbeit. Dies verleitet dazu, die richterliche Interpretation für den Sinn nach überlegen und aus freiem Diskurs allgemein anerkannt zu halten.⁶⁴

In all diesen Analysen zeichnet Cover die vielschichtige Tendenz institutioneller Entfremdung vom öffentlichen Ringen um den Sinn des Rechts nach. Wie wir gesehen haben, bedeutet der Befund dieses Problems nicht, dass Cover die öffentlichen Institutionen ausschließlich für rechtsbeschädigend erachten und das wahre Recht in gesellschaftlichen Gemeinschaften verorten würde. Er vermerkt den Wert institutioneller Strukturen in der öffentlichen Rechtsverwirklichung. Er schildert auch – wenn auch nur sekundär und verstreut – spezifische Tugenden des Institutionellen in der Entwicklung des Rechts. Obwohl sich Cover nach Auskunft seines Umfelds als »Anarchisten, der das Recht liebt«, zu bezeichnen pflegte,⁶⁵ plädiert er denn auch weder für einen Rückzug der staatlichen Institutionen zugunsten einer ungehinderten gesellschaftlichen Rechtsentwicklung noch für eine Beschränkung der staatlichen Rolle auf einen minimalen Ordnungsrahmen. Genau in der scharfen Trennung eines vermeintlich objektiven Ordnungsrahmens und scheinbar bloß partikularer Sinngemeinschaften ortet Cover ja das Problem. Ebenso wenig fordert er, dass sich der Staat der physischen Gewalt begeben sollte. Ein Ende staatlicher Gewalt würde wiederum andere gesellschaftliche Gewaltpotentiale entfesseln. Cover wirbt vielmehr darum, dass sich auch der Staat in seiner Rechtsprechung, anstatt sich ultimativ auf seine faktische Autorität zu stützen, auf die ihn begründende rechtliche Hingabe besinnt, sich in seinen Interpretationen und seinem Handeln daran orientiert, darauf beruft und daran auch messen lässt. Auf diese Weise ist dem Schein einer unbedingten, in der Jurisdiktion begründeten Deutungshoheit einer staatlichen Instanz entgegenzuwirken. Staatliche Institutionen sollten ihre rechtlichen Positionierungen und das Maß ihrer zwangsweisen Durchsetzung gegen entgegenstehende Positionen aus den rechtlichen Visionen begründen, die diesen Institutionen Sinn geben. Das schließt nicht aus, dass die staatlichen Instanzen ihren Verdikten mit Gewalt Nachahzung verschaffen. Es weist diese Gewalt aber als Ausfluss der Hingabe an eine rechtliche Überzeugung aus, die in keiner Weise durch ihren Ursprung privilegiert ist, sondern ihren Wert allein in ihrem Gehalt hat und

64 Vgl. R. Cover, »Violence and the Word«, a.a.O. Vgl. auch ders., »The Bonds of Constitutional Interpretation: Of the Word, the Deed, and the Role«, *Georgia Law Review* 20 (1886), S. 815–833.

65 A. Soiver, »Preface«, in: M. Minow u.a. (Hg.), *Narrative, Violence, and the Law. The Essays of Robert Cover*, Ann Arbor 1995, S. vii–xii, x.

sich als solche immer neu in der öffentlichen Auseinandersetzung gegenüber anderen Überzeugungen und der Hingabe an diese zu bewahren hat. Das Recht des staatlichen Gehorsamsanspruchs und der daran anknüpfenden Gewalt wird damit nicht ausgeschlossen, aber es wird öffentlich streitbar. Entgegenstehenden Rechtsvorstellungen wird ein Raum zugeschanden, den Verdikten des Staates in rechtlicher Hingabe zu widerstehen.⁶⁶ Es wird nicht suggeriert, dass die durch die Hoheitsgewalt aufgrund der vorgesehenen Verfahren geschaffenen Fakten per se das Recht sind. Es wird nicht unterstellt und gewaltsam bekräftigt, dass die Kraft und der Sinn rechtlicher Hingabe letztlich unbeträchtlich sind, weil am Ende der Fakt der Jurisdiktion das Recht definiert. Gerichte sehen sich in der Verantwortung, rechtliche Überzeugungen jenseits des Staates und die gesellschaftliche Hingabe, in der sich diese Überzeugungen konkretisieren, in der justiziellen Reflexion und Praxis zu würdigen und darauf zu antworten. Auch innerhalb des Institutionenkomplexes des Staates sind Hierarchie und Ordnung nicht unverbrüchlich zum obersten Wert zu erklären, sondern in ihrer rechtlichen Bedeutung verantwortungsvoll mit anderen rechtlichen Anliegen abzuwagen. In dieser Evaluation mag Ordnung und Hierarchie in vielen Fällen ein Vorrang gegenüber anderen Gesichtspunkten zuerkannt werden. Das muss aber eben nicht immer so sein und ist in seiner rechtlichen Motivation auszuweisen.

Covers Vision des öffentlichen Rechts ist ein Raum pluralistischer Sinnsuche, in dem sich Gerichte und andere öffentliche Instanzen der Vielfalt gesellschaftlicher Hingabe an die Versprechen des Rechts öffnen, unter diesem Eindruck ihre eigene Hingabe für das Recht entwickeln und auf dieser Grundlage nach bestem Wissen und Gewissen intervenieren. Sie affirmieren dabei ihre Hoffnung und ihre Zuversicht, durch das eigene Handeln der Entfaltung des Rechts zu dienen, verbergen aber auch nicht die Endlichkeit, Fehlbarkeit und Vorläufigkeit ihrer Urteile. Sie laden dadurch zum Widerspruch und Widerstand gegen ihre Verdikte ein, in dem Maße, in dem dies die rechtlichen Überzeugungen gesellschaftlicher Gruppen und Individuen gebieten. Dieser Widerstand kann sich gesellschaftlich, aber auch institutionell artikulieren: durch soziale Bewegungen und Gemeinschaften, die staatliche Urteile kritisieren, umdeuten oder missachten, ebenso wie durch Behörden, die der Instanzhierarchie und Zuständigkeitsordnung trotzen, indem sie die danach verbindlichen Vorgaben kritisieren, umdeuten oder missachten. Gewaltsame Durchsetzung hat sich vor diesem Horizont pluraler Hingabe zu rechtfertigen und muss mit der Gefahr rechnen, durch die Überlegenheit entgegenstehender Hingabe zum Zeugnis des Unrechts zu werden.

Die Konstellation, die Cover ausmalt, ist unordentlicher als das im klassischen Modell liberaler Rechtsstaatlichkeit bestimmende Ideal. Die

66 Vgl. R. Cover, »Nomos and Narrative«, a.a.O., S. 57, Anm. 158, S. 66f.

Aufrechterhaltung der staatlichen Hoheit, Hierarchie und Ordnung in der Rechtsverwirklichung hätte nicht den gleichen Stellenwert, sondern wäre laufend durch andere Gesichtspunkte in Frage gestellt. Eine derartige Relativierung des staatlichen Ordnungshandelns würde aber keineswegs Ordnungslosigkeit bedeuten. Genau gegen diese neurotische Suggestion einer Alternative zwischen absoluter Ordnung und Chaos schreibt Cover an. Die staatliche Ordnungsautorität bliebe in dem Maße erhalten, in dem ihre Bedeutung für die Rechtsverwirklichung plausibilisiert und eine hinreichend breite gesellschaftliche Hingabe für die staatliche Ordnungsstruktur aufrechterhalten werden kann. Das auch unter aktuellen Bedingungen unhintergehbare Erfordernis gesellschaftlicher Affirmation rechtsstaatlicher Strukturen, das oft als Element eines »Verfassungspatriotismus« namhaft gemacht wird, erhielte hier noch größere Bedeutung.⁶⁷ Auch in der von Cover vorgezeichneten Welt bliebe die staatliche Ordnungsautorität aber durch weit mehr als freie rechtliche Bejahung gestützt: die Stabilisierungskraft des Institutionellen, Gewohnheit, Tradition, Ordnungssehnsucht und weitere ideologische Faktoren, die nach wie vor gewichtige Gewaltdrohung und -ausübung mit dem darin evozierten normativen Schein. Durchbrüche der institutionellen Ordnung bedürften deshalb weit größerer Hingabe als die Aufrechterhaltung der Ordnung und wären einem erhöhten Rechtfertigungsdruck ausgesetzt. Entsprechend stark blieben auch die Beharrungskräfte der Ordnung. Das anarchistische Moment des vorgezeichneten Modells, das Cover in seinen Texten vorsichtiger als Anarchismusnähe charakterisiert,⁶⁸ liegt in der Zurückweisung einer Instanz, die den Sinn des Rechts

- 67 Der Begriff geht zurück auf Dolf Sternberger, der ihn 1979 in die öffentliche deutsche Debatte einbrachte, und wurde insbesondere von Habermas wirkungsreich aufgegriffen. Vgl. insbes. D. Sternberger, *Verfassungspatriotismus*, Frankfurt 1990; J. Habermas, »Eine Art Schadensabwicklung. Die apologetischen Tendenzen in der deutschen Zeitgeschichtsschreibung«, *Die Zeit*, 11. Juli 1986, <https://www.zeit.de/1986/29/eine-art-schadensabwicklung> (letzter Zugriff: 21.02.2021). Habermas und viele andere haben den Begriff auch in späteren Texten aufgenommen und präzisiert. Vgl. für eine systematische Aufarbeitung der Diskussion J.W. Müller, *Verfassungspatriotismus*, Frankfurt a.M. 2010.
- 68 R. Cover, »Folktales of Justice«, a.a.O., S. 181. Der Rekurs auf den Anarchiebegriff bietet eine interessante Parallel zu Lévinas. Lévinas zieht den Begriff heran, um zu beschreiben, wie sich der Andere und sein Anspruch der Kontrolle des Bewusstseins entziehen. (Vgl. E. Lévinas, *Jenseits des Seins*, a.a.O., S. 219ff.) Als Ausdruck des Anspruchs des Anderen ist Recht folglich auch Lévinas zufolge im Kern anarchistisch, der Souveränität des Selbst uneinholbar transzendent. Covers Affirmation der Anarchie als »die Abwesenheit von Herrschenden, nicht die Abwesenheit von Recht« (R. Cover, »Folktales of Justice«, a.a.O., S. 181; Übers. BV), wiederholt diese Pointe.

begründen und letztgültig beherrschen würde. Herrschaftsordnungen bleiben möglich, verstehen sich aber nie von selbst, sondern müssen für ihr Recht laufend öffentliche Anerkennung finden. Sie sind daher schwächer, intern inkonsistenter, werden zuweilen korrigiert und durchbrochen und konzedieren ihre Vorläufigkeit und Relativität. Gerade die eingestandene und ausgetragene Relativität bietet aber auch eine Ressource genuiner Stabilität.

Trotzdem ist natürlich nicht von der Hand zu weisen, dass die staatliche Gestaltungskraft erodieren kann, wenn deren Verbindlichkeit unter einen Vorbehalt gestellt wird. Der Vorbehalt kann zur Grundlage vielfältiger Abweichung werden, nicht nur wegen anderer Rechtsauffassungen, sondern ebenso aus weniger lauter Motiven. Allerdings kann die Staatsgewalt eben auch umgekehrt deshalb schwinden, weil die Frage ihres Rechts und ihres Sinns verdrängt wird und sie sich allein auf ihre überkommene Autorität stützt. Unter diesen Umständen kann die normative Anerkennung ihrer Verbindlichkeit zusehends schwinden, sodass ihre Gestaltungskraft kaum mehr weiter als ihr Zwang reicht. Die Entledigung von Rechtfertigungserfordernissen steigert natürlich auch unmittelbar die Gefahr ihrer inneren Korruption.

Genau besehen liegen die Risiken des Verzichts auf eine unbedingte Entscheidungsinstanz im Wesen des Rechts selbst. Eine rechtliche Ordnung und ihre emanzipatorisch-transformative Kraft leben davon, dass die Beteiligten darin ein sinnvolles Unternehmen erkennen und dieses bejahen. Recht unterscheidet sich von bloßem Zwang dadurch, dass darin – wie immer vermittelt und stückhaft – ein Gesolltes erkannt wird, nicht nur die beliebige Maßgabe einer überlegenen Gewalt. In dieser Sinn erfahrung und ihrer Affirmation, Covers Hingabe, liegt die spezifische Kraft des Rechts und sein Versprechen einer wirklich anderen, gerechteren Welt. Von der Hingabe lebt insbesondere die Aussicht, dass Recht nicht nur äußerlich Verhalten reguliert, sondern auch als Bildungsmedium eines allgemeinen Wollens fungiert. In der rechtlichen Hingabe tut sich die Freiheit auf, den Standpunkt des Eigeninteresses gemeinschaftlich zu überwinden. Diese Sinnerfahrung und ihre Annahme lassen sich ihrem Wesen nach nicht verordnen. Sie können sich im Gegenteil am ehesten dann einstellen und entfalten, wenn die normativen Motive ausdrücklich zur Grundlage des Anspruchs von Entscheidungssouveränität werden und sich der offenen Auseinandersetzung um ihren Sinngehalt aussetzen. Sinnbildend ist diese Auseinandersetzung im diskursiven Austausch, aber auch im praktischen Vollzug differierender Interpretationen. Erst in der gelebten Praxis wird der Sinn des Rechts umfassend erfahrbar.⁶⁹ Auch

Er hält damit den Primat und die Uneinholbarkeit des Rechts gegenüber jeder Herrschaftsordnung fest.

69 R. Cover, »Nomos and Narrative«, a.a.O., S. 49.

indem die staatliche Ordnung Räume für diese pluralistische Auseinandersetzung freigibt, kann sie die Entfaltung des Rechts nicht garantieren. Sie schafft aber wichtige Voraussetzungen dafür.

Covers Texte bieten eine eindrückliche, äußerst vielschichtige Beschreibung pluralistischer Öffentlichkeit. Er skizziert plastisch, wie die Verwirklichung von Sinn und Versprechen des Rechts der Intervention immer neuer Perspektiven bedarf und nie von einer einzigen Instanz domestiziert werden kann. Er arbeitet heraus, dass diese Dynamik zumal in einem politischen Rahmen jenseits kleiner homogener Sittengemeinschaften weder in einem informell-gesellschaftlichen noch in einem förmlich-institutionellen Prozess aufgehen kann, sondern sich in der laufenden Spannung dieser beiden Formelemente der Rechtsentwicklung aktualisieren muss. Er konstatiert überzeugend, dass vor allem der Wert gesellschaftlicher Gruppen und Bewegungen in ihrer Pluralität und die Grenzen und Abgründe staatlicher Institutionen in der Herausbildung von Recht im herrschenden Diskurs zu wenig Beachtung finden, und schenkt diesen beiden affirmativen und kritischen Anliegen besondere Beachtung. Dabei merkt er allerdings auch an, dass die von ihm unterstrichenen Gesichtspunkte ihrerseits nicht das volle Bild abgeben: Die öffentlichen Institutionen haben spezifische Tugenden und spielen mit diesen eine bedeutende Rolle für eine pluralistische Rechtsverwirklichung. Der Beitrag sozialer Gruppierungen zum Recht birgt seinerseits Abgründe, die kritisch im Auge zu behalten und institutionell zu bearbeiten sind. Nicht zuletzt deshalb ist es so wichtig, die Rolle dieser gesellschaftlichen Kräfte im Prozess öffentlicher Rechtserzeugung angemessen zu reflektieren.⁷⁰

Tatsächlich sind die Ausführungen Covers zur Bedeutung des Institutionellen nicht nur vergleichsweise sparsam, sondern über weite Strecken auch einseitig kritisch zugespitzt. Man findet diverse Hinweise zum spezifischen Wert institutioneller Intervention in der Rechtsverwirklichung und Covers Leidenschaft für das Verfahrensrecht zeigt an, wie wichtig dieser Gesichtspunkt für ihn war. Aber diese Bemerkungen bleiben verstreut und erfolgen oft nur beiläufig. In vielen Passagen erscheinen Institutionen allein oder mindestens primär als pathologischer Treiber. Entsprechend einseitig wird Cover auch von vielen Kritiker:innen und Anhänger:innen gelesen. Vor allem reflektieren Covers Texte kaum, wie die Form öffentlicher Instituierung und Prozeduralisierung mit dem von Cover betonten Sinngehalt des Rechts zusammenhängt. Selbst wo die positive Rolle von Institutionen angesprochen wird, scheint diese Rolle nicht unmittelbar zur Entfaltung rechtlichen Sinns beizutragen, sondern eine diesem Sinn äußerliche und ihn limitierende Sicherung darzustellen. Der weitere Werkzusammenhang dokumentiert, dass Cover die

70 Ebd., S. 68.

Verbindung von Rechtssinn und institutioneller Form nicht entging. Besonders bündig und schön artikuliert die zitierte Reflexion zur Justitia diese Einsicht. Aber der Aspekt blieb in seinem abrupt abgebrochenen Schrifttum von anderen Gesichtspunkten überdeckt und wurde nicht näher erläutert.

Die Vernachlässigung des Institutionellen ist nicht allein Covers Positionierung in den damaligen Entwicklungen des amerikanischen Rechtsdiskurses geschuldet – der Kritik an den ideellen Grundlagen des *Burger Courts* und der Artikulation der Erfahrungen und Ansprüche des *Civil Rights Movements*. Zum Ausdruck kommen darin auch zwei intellektuelle Ausgangspunkte von Covers Perspektive: Das jüdische Rechtsdenken und die Grundlagen amerikanischer Rechtstheorie und -praxis. Beiden Traditionen sind Institutionen natürlich nicht fremd, aber sie spielen eine nachgeordnete Rolle. In beiden Fällen gilt der Staat zwar als rechtlich begründet, wird aber vor allem als äußere Macht beleuchtet und problematisiert. Trotz wichtiger Vorbehalte ist Covers Perspektive auch sichtlich vom rechtsrealistischen Erbe im amerikanischen Diskurs und der darin implizierten Formalismuskritik geprägt. Der Fokus dieser Tradition auf die realen Effekte rückt Institutionen durchaus in den Blick. Allerdings werden die institutionellen Gebilde weitgehend als Mittel souveräner Zweckverfolgung beurteilt. Ihre strukturbildende, Handlungsdispositionen und ihre Zwecke allererst konstituierende Relevanz kommt dann regelmäßig höchstens als Hindernis in Betracht.

Drei Jahrzehnte nach Covers Tod sind die Abgründe der Form- und Institutionenskepsis im amerikanischen Recht augenfälliger denn je: Recht und Justiz haben stark an Distanz von Politik und Ökonomie eingebüßt. Sie sind dem Kampf politischer Mehrheiten vielfach beinahe unvermittelt ausgesetzt. Diese Politisierung wird erheblich von ökonomischen Interessen definiert und vorangetrieben. Dem Rechtsdiskurs fehlen Ressourcen, dieser Aushöhlung seines Eigengewichts zu widerstehen. Es ist deutlich geworden, dass Cover keineswegs eine solche Auflösung des Rechts in die politische oder gar ökonomische Auseinandersetzung postulierte. Sein Anliegen war gerade die Rettung rechtlicher Sinnerfahrung und Hingabe gegen ihre zunehmende Verdrängung, deren Fortschreiten er mit beeindruckender Sensibilität wahrnahm. Den administrativen Gestus der Gerichtsbarkeit erkannte er überzeugend als Ausdruck und Treiber dieses Desillusionierungsprozesses, der den Sinn des Rechts zunehmend einem zynischen Kampf um die Besetzung der Richter:innenbank anheimstellte. Er setzte sich ein für Bedingungen, die das fragile Bewusstsein und die engagierte Erkundung der Versprechen einer rechtlichen Perspektive auf die Welt nähren. Das Ideal einer unabhängigen Justiz und Hermeneutik würdigte er durchaus als eine wichtige Konkretisierung dieser Perspektive, sofern dieses Ideal seine rechtlichen Gründe nicht vergisst und sich der öffentlichen Aushandlung

institutioneller Autorität nicht entzieht. Neben der Kritik institutioneller Pathologien und der Darlegung der gesellschaftlich-motivationalen Voraussetzungen gelingender Institutionenpraxis kommt aber die strukturelle Leistung von Institutionen, die das subjektive Bewusstsein der involvierten Individuen überschreitet, nur ansatzweise in Betracht.

4.2 Facetten des kritischen Sinns öffentlicher Institutionen (mit Richard Bäumlin)

Um die von Cover bemerkte, aber nur bruchstückhaft explizierte Bedeutung von Institutionen in der Verwirklichung eines pluralistischen öffentlichen Rechts und seiner Kultivierung rechtlicher Alterität näher nachzuvollziehen, ist es nach dem Gesagten ratsam, über die amerikanische Rechtskultur hinauszublicken. Instruktiver sind hier die kontinentaleuropäischen Diskurse, denen eine ausgeprägtere Form- und Institutionenkultur in der Rechtsverwirklichung vor Augen steht. Gerade in der aktuellen Diskussion werden der institutionelle und formale Charakter des Rechts hier freilich zum Teil so selbstverständlich vorausgesetzt, dass ihre Bedeutung – wie es Cover unterstellt – gar nicht reflektiert wird und die gesellschaftlichen Dimensionen des Rechts völlig aus dem Bild fallen oder vehement marginalisiert werden. Verschiedene Stimmen bieten aber differenziertere Erläuterungen der Bedeutung institutioneller Formierung. Besonders aufschlussreich sind im vorliegenden Zusammenhang Arbeiten des schweizerischen Juristen Richard Bäumlin. Wie kaum ein anderer beleuchtet Bäumlin die Rolle des Institutionellen im Bewusstsein der pluralistischen Alteritätslogik des Rechts. Im Kontext der europäischen Rechtskultur und -wissenschaft wendet sich Bäumlin der institutionellen Dimension wesentlich deutlicher zu als Cover, während die von Cover beschriebenen Prozesse gesellschaftlicher Sinnkonstitution stärker zurücktreten. Trotzdem konvergieren tragende Einsichten und Anliegen. Mit Cover teilt Bäumlin die Grundbeobachtung des Anstoßes des Rechts aus dem Appell des Anderen. Auch Bäumlin rekurriert in diesem Punkt nicht unmittelbar auf die oben diskutierten Autoren. Er bezieht sich aber ausdrücklich auf die von diesen vertretene philosophisch-theologische Tradition. Den Hinweis auf die Alteritätslogik stützt er namentlich auf Calvins und Bubers Rechtslehre.⁷¹ In dieser Wendung wiederholt und vertieft Bäumlin den von Smend vorgetragenen Gedanken des Aufgaben- und mithin, nach Bäumlins Explikation, Antwort- beziehungsweise Verantwortungs-

⁷¹ Vgl. R. Bäumlin, *Recht, Staat und Geschichte*, Zürich 1961, S. 25 und 57, Anm. 45. Mit Vorbehalten erwähnt Bäumlin auch den vielfach auf Barth rekurrierenden rechtstheologischen Entwurf E. Wolfs, *Recht des Nächsten. Ein rechtstheologischer Entwurf*, Frankfurt 1958.

charakters des Rechts und des Staates.⁷² Davon ausgehend problematisiert auch Bäumlin die Gefahr einer Verselbständigung der staatlichen Institutionen gegenüber der Gesellschaft ebenso wie eine formalistische Vereinigung der Rechtskonkretisierung. Er vermerkt auch, dass im gesteigerten Bewusstsein der Zusammengehörigkeit von Staat und Gesellschaft eine Parallelie der schweizerischen und angloamerikanischen Staatslehre liegt.⁷³ Mit nicht minderer Emphase warnt Bäumlin aber andererseits vor einem »Identitätsdenken«, das den kritischen Sinn der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft übergeht.⁷⁴ Hier tritt die emanzipatorische Dimension des Eigensinns des Institutionellen deutlicher in den Vordergrund.

Bäumlins Erläuterungen bieten einen guten Leitfaden, um das institutionelle Element in einer pluralistischen öffentlichen Rechtsentfaltung präziser zu skizzieren, als es in den einschlägigen Bemerkungen Covers hervortritt. Die Explikation soll im Folgenden aber nicht auf Bäumlins Beobachtungen beschränkt bleiben, sondern auch weitere Stimmen beziehen, die für diese Ergänzung von Covers Rechtspluralismus hilfreich sind. Die Darstellung kann nach den drei Begriffen geordnet werden, die bei Cover in erster Linie in kritischer Absicht ins Spiel kommen, um die förmlich-institutionelle Dimension des Rechts zu bezeichnen: Institution, Formalität und Staat. Die drei Stichworte gehören für die hier interessierenden Fragen und im Kontext von Covers wie auch von Bäumlins Argumentation eng zusammen, zeigen aber zugleich unterschiedliche Gesichtspunkte an.

4.2.1 Das Institutionelle

Den allgemeinen Charakter staatlicher Rechtspflege im Unterschied zur gesellschaftlichen Kultivierung rechtlichen Sinns fasst Cover oft mit dem Begriff der Institution.⁷⁵ In den bisherigen Ausführungen haben wir pri-

72 Vgl. R. Bäumlin, *Recht, Staat und Geschichte*, a.a.O., insbes. S. 17, 19 sowie die Literaturhinweise auf S. 54, Anm. 9. Vgl. auch ders., »Der schweizerische Rechtsstaatsgedanke«, *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins* 101 (1965), S. 81–102, 90. Bei Smend stützt sich Bäumlin insbes. auf R. Smend, »Staat und Recht«, in: ders., *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, 4. Aufl., Berlin 2010, S. 363–379.

73 Vgl. R. Bäumlin, »Der schweizerische Rechtsstaatsgedanke«, a.a.O., S. 88. Siehe auch ebd., S. 96. Auf Parallelen der schweizerischen und der amerikanischen Rechtsordnung und insbesondere der pluralistischen Anlagen der beiden Systeme ist verschiedentlich hingewiesen worden, allem voran unter dem Gesichtspunkt des Föderalismus. Klassisch F. Fleiner, *Unitarismus und Föderalismus in der Schweiz und in den Vereinigten Staaten von Amerika*, Jena 1931.

74 Vgl. R. Bäumlin, »Der schweizerische Rechtsstaatsgedanke«, a.a.O., S. 89 (im Original kursiv).

75 Vgl. R. Cover, »Nomos and Narrative«, a.a.O., S. 4 u.ö.

mär diesen Begriff aufgegriffen, um den organisierten Gegenpol zu den freien gesellschaftlichen Prozessen in der öffentlichen Rechtsverwirklichung zu bezeichnen. Die Gegenüberstellung von Institution und Gesellschaft scheint die allgemeine Konstellation vor allem unter den heutigen Bedingungen zumal insofern treffender zu benennen als die klassische Juxtaposition von Staat und Gesellschaft, weil der Staat die öffentliche Ordnung heute im Verbund mit zahlreichen Institutionen jenseits des Staates organisiert. Außerdem lässt der Institutionenbegriff die formalen Aspekte der Differenz klarer hervortreten, während die Rede vom Staat die formale Dimension mit spezifischeren Sinn- und Zweckmomenten verknüpft. Zu bedenken ist dabei freilich, dass die vielschichtige Institutionenkategorie kein Proprium politischer Organisation darstellt. In einem weiten Sinn verwendet setzen Institutionen nicht einmal eine äußerliche Organisation voraus, sondern meinen auch formlose Gestalten normativ-sozialer Verfestigung. Diese Verwendungsweise hat nicht nur im soziologischen, sondern gerade auch im rechtswissenschaftlichen Diskurs eine bedeutende Geschichte.⁷⁶ Die semantische Breite des Begriffs ist erhellt. Sie macht deutlich, dass die Differenz von institutioneller Organisation und gesellschaftlicher Informalität keine strikte ist, sondern graduelle Übergänge kennt. Hier ist die Rede von Institutionen aber wie bei Cover an sich auf formal organisierte Gebilde bezogen. Allerdings bilden auch diese kein exklusives Element politischer Ordnung. Es gibt zahlreiche organisierte Einrichtungen innerhalb der Gesellschaft. Kirchen sind ein klassisches, vor allem im Fall der römisch-katholischen Kirche auch rechtlich stark ausgeprägtes Beispiel. In unserer Explikation öffentlicher Rechtsverwirklichung als Ringen zwischen Institution und Gesellschaft sind spezifischer diejenigen Institutionen angesprochen, die zur Pflege der öffentlichen Rechtsordnung eingerichtet sind. An den vielen Beispielen gesellschaftlicher Institutionen erhellt aber unmittelbar, dass die Charakteristika des Institutionellen nur ein Merkmal der öffentlichen Institutionenordnung neben anderen bezeichnen.

Das grundlegende Merkmal von Institutionen, das Covers Kritik ins Zentrum rückt, ist ihre Verselbständigung vom Bewusstsein und dem Handeln der involvierten Subjekte. In Institutionen entäußern und verobjektivieren wir Handlungsabläufe. Wir bleiben darin mit bewussten Erwägungen und Handlungen involviert, reflektieren und positionieren diese aber in einem organisatorisch gefestigten Rahmen, der uns als Einzelnen nicht zur freien Disposition steht und auch im Verhältnis zu kollektiven Einstellungen eine eigene Dynamik freisetzt. In dieser Dynamik

76 Grundlegend für Verwendungen eines weiten Institutionenbegriffs in der modernen Rechtswissenschaft sind die Arbeiten von Maurice Hauriou. Vgl. M. Hauriou, »Die Theorie der Institution und der Gründung (Essay über den sozialen Vitalismus)«, a.a.O.

beschränken Institutionen nicht nur das subjektive Erwägen und Verfügen, sie formen das subjektive Bewusstsein auch. Unser Welt- und Selbstverständnis wird geprägt von den Institutionen, in denen wir uns bewegen. Cover zeichnet nun nach, dass dieser Struktur der Verselbständigung ein Moment der Entfremdung innewohnt, das leicht eskalieren kann.⁷⁷ In den institutionellen Vollzügen ist uns unser Denken und Handeln immer latent fremd. Die Institutionen sind ja eben darauf angelegt, unseren subjektiven Intuitionen und Intentionen ein Stück weit zu widerstehen. Dieser Keim der Entfremdung kann rasch austreiben, wenn die selbständige Dynamik nicht fortlaufend in einem weiteren Zusammenhang reflektiert, auf diese Weise in ihrem Sinn überprüft und in diesem Lichte gestaltet wird. Dergestalt ist die produktive Spannung von institutionellen und gesellschaftlichen Perspektiven aufrechtzuerhalten. Wo diese Spannung indes in je beziehungslose Eigendynamiken auseinanderbricht, wird die institutionelle Praxis für die Beteiligten zum sinnleer-automatischen Vollzug. Dieser dispensiert die Subjekte in der institutionellen Praxis insbesondere davon, ihr eigenes Handeln verantwortungsvoll zu reflektieren. Die persönliche Verantwortung wird dann nicht lediglich im Horizont der institutionellen Rolle gesehen, sondern erscheint gänzlich obsolet.⁷⁸

Wie wir gesehen haben, bestreitet Cover damit nicht, dass der Abständigkeit von Institution ein wichtiger Wert in der Rechtsverwirklichung kommt. Der Abstand der institutionellen Strukturen von der Gesellschaft ist nicht nur entscheidend, um Gesellschaften unter Bedingungen offener Pluralität zu koordinieren und rechtliche Maßgaben unter solchen Umständen allgemein durchzusetzen. Auch die von Cover beschriebene Tugend der Indirektheit rechtlicher Verfahren lebt in erheblichem Maße von den Dynamiken institutioneller Organisation. Gerade durch die Eigensinnigkeit institutioneller Abläufe gegenüber dem Schalten der Subjekte wird ein indirektes Sehen kultiviert. In tagtäglicher gemeinschaftlicher Übung

- 77 Diese Dialektik von Entäußerung und Entfremdung zeigt die charakteristische Ambivalenz des Entfremdungsbegriffs an, der neben dem problemdiagnostischen Sinn ohne Weiteres auch einen Entäußerungsvorgang ohne negativen Beiklang bezeichnen kann. Ein berühmtes Beispiel für eine affirmative Beschreibung des institutionellen Entfremdungsvorgangs ist Rousseaus Erläuterung des Gesellschaftsvertrags als »aliénation totale« (»totale Entfremdung«; J.-J. Rousseau, »Du contrat social ou principes du droit politique«, in: *Œuvres complètes*, hg. v. B. Gagnébin und M. Raymond, Bd. 3, Paris 1964, S. 347–470, 360 (dt. mit anderer Übersetzung: »Vom Gesellschaftsvertrag oder Grundsätze des Staatsrechts«, übers. v. H. Brockard, Stuttgart 1977, S. 17)).
- 78 Vgl. R. Cover, *Justice Accused*, a.a.O., insbes. S. 199, 229ff (mit Bezug auf die Rechtsprechung angesichts der Anti-Sklaverei-Bewegung). Vgl. zur Entfremdungstendenz von Institutionen auch R. Jaeggi, »Was ist eine (gute) Institution?«, in: R. Forst u.a. (Hg.), *Sozialphilosophie und Kritik*, FS Honneth, Frankfurt a.M. 2009, S. 528–544.

wird die subjektive Reflexion unterbrochen und auf Umwege geführt, die es erlauben, über die eigenen Gedankenwege hinauszublicken.⁷⁹ Pluralistische Ordnungsstrukturen können die institutionelle Pflege der Indirektheit weiter vertiefen. Dabei besteht aber eben immer die ausgeprägte Gefahr, dass sich die hingebungsvolle Orientierung am rechtlichen Sinnversprechen und die implizierte persönliche Verantwortung verflüchtigen.

Obgleich Covers Ausführungen zur produktiven Bedeutung des Institutionellen knapp verbleiben, skizzieren die Erwägungen zur indirekten und pluralistischen Strukturlogik gerichtlicher Verfahren überzeugend wichtige Grundgedanken, die auch bei Bäumlin tragend sind. Auch bei Bäumlin tritt die Pflege pluralistischer Indirektheit als Kernbedeutung institutioneller Rechtsformung hervor. Die Fragilität dieser Strukturlogik und die implizierte Entfremdungstendenz wird von Bäumlin ebenfalls unterstrichen. Unumwundener wird aber insistiert und erläutert, dass die institutionelle Praxis eine gewisse, immer auch befremdende Eigendynamik gegenüber den involvierten Subjekten bewahren muss. Auch eine kritisch reflektierte Hingabe darf und kann nicht bruchlos im institutionellen Leben aufgehen. Nach einer totalen Aufhebung des »Widerfahrnischarakter[s]« der öffentlichen Institutionen innerhalb und jenseits des Staates zu streben, wäre verfehlt.⁸⁰ Es ist das Los und Versprechen menschlicher Endlichkeit, dass wir nie ganz eins sind mit unseren Bewusstseins- und Handlungszusammenhängen. Die menschliche Freiheit lebt auch von der Einbindung in äußere, objektive Einrichtungen, den damit einhergehenden Verfestigungsmomenten und eben nicht zuletzt der anhaltenden Fremdheit beziehungsweise Nichtidentität dieses objektiven Rahmens.

In seiner Erläuterung des Sinns von Institutionen hebt Bäumlin zunächst das basale Moment der Stabilisierung hervor.⁸¹ Institutionen festigen Vorschriften, Rollen und Praktiken und vermitteln ihnen dadurch zeitliche Dauer. Sie erlauben über die instantane Koordination hinaus gemeinschaftliche Handlungsentwürfe in die Zukunft und ermöglichen

79 Vgl. dazu auch C. Möllers, »Der Zweck im Recht und seine Grenzen: Zur Eigenlegitimität des Rechts« (unveröffentl. Manuskript). Auf der Suche nach dem Eigenwert des Rechts fokussiert Möllers auf die institutionelle Dimension unterbrochener, umwegförmiger Zweckverfolgung.

80 R. Bäumlin, *Recht, Staat und Geschichte*, a.a.O., S. 47. Der Entfremdungsbegriff fällt ausdrücklich im Anschluss an Hans Barth auf S. 57, Anm. 2. Vgl. auch R. Bäumlin, »Der schweizerische Rechtsstaatsgedanke«, a.a.O., S. 89f. Vgl. für eine Verteidigung institutioneller Entfremdung unter dem Gesichtspunkt des Öffentlichen H. Plessner, »Das Problem der Öffentlichkeit und die Idee der Entfremdung«, in: *Gesammelte Schriften*, hg. v. G. Dux u.a., Bd. 10, Frankfurt a.M. 1985, S. 212–227; in ähnlicher Stoßrichtung auch A. Gehlen, »Über die Geburt der Freiheit aus der Entfremdung«, in: *Gesamtausgabe*, hg. v. K.-S. Rehberg, Bd. 4, Frankfurt a.M. 1983, S. 366–379.

81 Vgl. R. Bäumlin, *Recht, Staat und Geschichte*, a.a.O., S. 20ff., insbes. 36.

es zugleich, in der Gegenwart an Vergangenes anzuknüpfen. Sie bilden insofern einen zentralen Zug ebender Geschichtlichkeit menschlicher Existenz, die uns auch immer über Institutionen hinausweist. Diese geschichtliche Ausweitung und Vertiefung unserer Handlungsperspektive impliziert auch die Entlastung von immer neuen, völlig ungebundenen Entscheidungen. Sie mildert durch die Eingliederung einzelner Entscheidungen in den institutionellen Zusammenhang nicht nur die kognitiven Überforderungen der Dezision, sondern in der Tat auch den Verantwortungsdruck, der ohne jede Richtschnur rasch in lähmende Angst umschlagen würde. Verringert werden auch die Erfordernisse subjektiver Motivation, die sich immer wieder zeitweilig erschöpfen.⁸²

Diese Stabilisierung in objektiven Strukturen schafft allerdings keine Wirklichkeit jenseits der Gesellschaft und auch nicht einen scharf abgegrenzten Eigenbereich in derselben. Die öffentlichen Institutionen bleiben nicht nur in einen gesellschaftlichen Kontext einbezogen, sondern werden auch durch und durch von Gliedern der Gesellschaft geformt. Institutionen werden, wie Bäumlin erläutert, durch zwischenmenschliche »Zuordnung« organisiert.⁸³ Das Verhalten der Einzelnen wird nicht in irgendeinen übermenschlichen Apparat integriert, sondern in eine Reihe synchroner und diachroner »Teilaufgaben«, die von unterschiedlichen Gesellschaftsgliedern wahrgenommen werden, eingegliedert.⁸⁴ Derart haben Institutionen wesentlich pluralistischen Charakter. Alle Involvierten haben eine durch die Anderen begrenzte Rolle. Die pluralistische Logik beschränkt sich nicht auf ein bloßes Nebeneinander, sondern impliziert das fortlaufende Bezugensein auf die Anderen. Durch die institutionelle Organisation knüpfen die Handlungen der einzelnen Aufgabenträger:innen an frühere Tätigkeiten Anderer an und werden durch künftige Praktiken Anderer weitergeführt. Das ist mit der Rede von der Zuordnung und der Zwischenmenschlichkeit des Rechts angesprochen. Durch die Beziehung auf Andere in geschichtlich offener Vielfalt gewinnt die institutionelle Praxis die auch von Bäumlin so bezeichnete elementare Eigenschaft, »*indirekt*« zu verfahren.⁸⁵ Indirektheit aktualisiert sich in den Institutionen nicht bloß durch die Berücksichtigung unterschiedlicher Gesichtspunkte auf den Umwegen vorgegebener Prozeduren, sondern durch das Zusammenwirken verschiedener Menschen mit unterschiedlichen, aber nie ganz scharf abgegrenzten Aufgaben.⁸⁶

Hier wird der Bezug institutioneller Verfasstheit zur Rechtsidee deutlich. Die erläuterten Eigenschaften ließen sich natürlich auch als Elemente rationaler Organisation und Verwaltung ohne spezifisch rechtliche

82 Vgl. ebd., S. 24.

83 Ebd., S. 24, 38 v.ö.

84 Ebd., S. 38.

85 R. Bäumlin, »Der schweizerische Rechtsstaatsgedanke«, a.a.O., S. 92.

86 Den pluralistischen Charakter institutioneller Indirektheit vermerkt auch C. Möllers, »Der Zweck im Recht und seine Grenzen«, a.a.O., S. 23f.

Konnotation beschreiben. In der Tat sind ja Institutionen in vielen Fällen nicht in der Absicht der Rechtsverwirklichung eingerichtet. Das schließt indes nicht aus, dass die Rechtsidee in die strukturelle Grammatik auch dieser Institutionen eingeschrieben ist.⁸⁷ Wie Covers Erwägungen zu den Gerichten stellen auch Bäumlins Darlegungen heraus, dass die institutionelle Konkretisierung nicht einfach ein äußerliches Mittel der Rechtsverwirklichung darstellt, sondern im Sinn des Rechts angelegt ist. Die in der Begegnung mit dem Anderen offenbar werdende, uneinholbar-geschichtliche Aufgabe der Verwirklichung von Allgemeinheit gebietet es, Recht in vorläufigen Antworten unter fortlaufender Rücksicht auf die geschichtliche Vielfalt der Anderen zu konkretisieren. Der das Recht aktualisierenden »Hingabe«, die auch Bäumlin unterstreicht, muss eine »Distanz« korrespondieren, »die vor *Verfallenheit* bewahrt«. Die institutionelle Gestaltung des Rechts dient der Kultivierung dieser »Mischung von Hingabe ans Gemeinwesen und Distanz, nicht nur zu ihm, sondern auch zu sich selber«.⁸⁸ Die Hingabe an das umständliche, indirekte Ringen um das rechtliche Allgemeinheitsversprechen tragen die Beteiligten nicht einfach von außen in die Institutionen hinein. Diese distanzierte Hingabe bildet, vertieft und erhält sich wesentlich durch die Teilnahme am institutionellen Leben.

Nach dem Leitfaden pluralistischen Zusammenwirkens rekonstruiert Bäumlin den Sinn rechtsstaatlicher Strukturen. Wie Cover betont er die hohe, nicht bloß sekundäre Bedeutung des Organisations- und Verfahrensrechts. Die in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts oft beklagte Abnahme der Gestaltungskraft allgemeiner Gesetze im Wohlfahrtsstaat – eine Diagnose, der Bäumlin mit Einschränkungen zustimmte – steigerte die Bedeutung dieses Rechtsbereichs weiter. Das Organisations- und Verfahrensrecht konkretisiert die Logik der Zuordnung: Ausscheidung von Handlungssphären, aber nicht strikte Trennung, sondern produktive Beziehung ohne absolute Instanzen.⁸⁹ So verwirklicht sich die Indirektheit des Rechts, in der die ihm spezifische Allgemeinheit auch bei nur relativer Maßgabe allgemeiner Gesetze erstrebt werden kann.⁹⁰ Auf dieser Linie erläutert Bäumlin den Sinn der Gewaltenteilung im Sinne einer pluralistischen Gliederung der Rechtskonkretisierung.⁹¹ In der gleichen Stoßrichtung

87 Das wird zumindest angedeutet in R. Bäumlin, *Recht, Staat und Geschichte*, a.a.O., S. 26.

88 R. Bäumlin, »Der schweizerische Rechtsstaatsgedanke«, a.a.O., S. 102. Die Aussage Bäumlins bezieht sich an dieser Stelle auf das schweizerische Staatsdenken, entspricht aber Bäumlins generellem Rechtsverständnis. Vgl. auch ders., *Recht, Staat und Geschichte*, a.a.O., S. 49.

89 Vgl. ebd., S. 36ff.

90 Vgl. ebd., S. 45.

91 Dass das Prinzip der Gewaltenteilung mit Rücksicht auf den Nexus von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit angemessen als »Gewaltengliederung« zu begreifen ist, wurde systematisch ausgeführt von C. Möllers,

kommentiert Bäumlin aber auch die rechtsstaatlichen Beschränkungen staatlicher Aufgaben durch die in den Grundrechten und der Privatrechtsordnung ausgeformte Differenz von Staat und Gesellschaft. Die Grundrechte und die privatrechtliche Freiheit bedeuten eine Ausscheidung individueller Freiheitssphären, eben darin aber auch pluralistische Zuordnung zum Gemeinwesen. Sie markieren keine vorpolitischen Güter, sondern sind auch im Fall der klassischen Freiheitsrechte Gebilde der Rechtsordnung, die mit der Freisetzung verantwortungsvolle Teilhabe an der Verwirklichung des Rechts im Gegenüber von Staat und Gesellschaft gebieten.⁹²

4.2.2 Das Formale

Auch die Formalität des positiven Rechts und der juristischen Reflexion bietet ganz auf der Linie institutioneller Indirektheit Umwege des Denkens und Handelns, die pluralistische Rücksichten auftun, aber ihrerseits Dynamiken der Entfremdung bergen. Bei Cover spielt das Stichwort des »Formalismus« im Recht in seinem Buch zu den Gerichten im Kontext der Anti-Sklaverei-Bewegung eine wichtige Rolle. Auch in anderen Texten Covers ist immer wieder vom Formalen der rechtlichen Institutionen die Rede. Sein Ansatz wurde auch als »anti-formalistisch« charakterisiert.⁹³ Diese Qualifizierung ist zumindest irreführend: Cover markiert immer die Ambivalenz des Formalen und die darin implizierte Dilemmatik.⁹⁴ Im Vordergrund steht aber die Kritik.

Das Spezifische des Formalen in Abhebung vom Institutionellen ist in Covers Kritik allerdings nur mittelbar im Blick. Seine Rede von Formalismus bezeichnet im Unterschied zu einem verbreiteten Sprachgebrauch zunächst die institutionelle Bestimmung des Rechts und die derart durch formelles und materielles Recht restringierte Rolle der Richter:in.⁹⁵ Davon ausgehend ist dann auch von einem bestimmten Modus der Reflexion und Argumentation die Rede, der die institutionellen und damit auch die gesetzlichen Bindungen in den Vordergrund stellt. Nicht eigens angesprochen ist aber eine spezifische Weise der Interpretation, die reale Zwecke hinter immanenter Begriffssauslegung zurücktreten lässt. Diese durch den Rechtsrealismus im Anschluss an Hol-

Gewaltengliederung. Legitimation und Dogmatik im nationalen und internationalen Rechtsvergleich, Tübingen 2005. Vgl. dort zum Begriff S. 25.

- 92 Vgl. R. Bäumlin, *Recht, Staat und Geschichte*, a.a.O., S. 11f.; ders., »Der schweizerische Rechtsstaatsgedanke«, a.a.O., S. 98f.
- 93 M. Tushnet, »Anti-Formalism in Recent Constitutional Theory«, *Michigan Law Review* 83 (1985), S. 1502–1544.
- 94 Vgl. R. Cover, *Justice Accused*, 3. Teil (S. 195ff.). Der ganze Teil steht unter dem Titel des »Moral-Formal Dilemma«.
- 95 Vgl. ebd., S. 2f.

mes oft unter dem Stichwort des Formalismus inkriminierte Tendenz kommt als solche kaum in Betracht.⁹⁶ Mit dem gewählten Begriff wird dieser qualifizierte Formalismus aber trotzdem auch aufgerufen. Die rechtsrealistische Kritik war auch unter diesem Gesichtspunkt zu der Zeit in aller Munde und prägte Covers Denken maßgeblich. In seiner Formalismusbeschreibung rekurriert er explizit auf Karl Llewellyns Kritik des »Formalen Stils« in der amerikanischen Justiz des 20. Jahrhunderts.⁹⁷ Llewellyn sah in diesem Stil positivistische Gesetzesfixierung und ein begriffslogisches Denkmuster in einem übergreifenden Ideal rechtlicher Autonomie verknüpft, ohne Zusammenhang und Unterschied der beiden Aspekte näher zu erläutern.⁹⁸ Die Verknüpfung von institutioneller Verfasstheit und Formalität einerseits, Gesetzesfikussierung und autonomer Begriffsreflexion andererseits ist durchaus plausibel. Die mangelnde analytische Differenzierung zeugt aber davon, dass die spezifischen Charakteristika formaljuristischer Erwägung wohl unter dem Eindruck der limitierten Formkultur im amerikanischen Rechtsdiskurs unterreflektiert blieben.

Während mit dem Institutionenbegriff in der hier herangezogenen Verwendungsweise primär verfestigte Organisations- und Verfahrensstrukturen sowie damit verbundene Rollenfixierungen angesprochen sind, rücken die Motive der Formalität und des Formalismus des Rechts eine charakteristische Diskurs- und Handlungsweise in den Vordergrund. Institutionelle Strukturen sind ein wichtiger Konstitutionsfaktor rechtlicher Formalität, allerdings nicht der einzige und auch nicht ein zwingender. Auch ohne institutionelle Organisation im engeren Sinne kann diskursive Formalität gepflegt werden. Wie die Einrichtung von Institutionen zeitigen Praktiken der Formalisierung ihrerseits eine Verfestigung, Objektivierung und Verregelung des Rechtsdiskurses.

Wie eben bereits angezeigt, kennt rechtliche Formalität unterschiedliche Ausprägungen. Oft ist damit die Bindung rechtlicher Erwägung an Gesetze angesprochen. Damit kann generell die Abhängigkeit von förmlich

96 Vgl. Ronald Dworkins Rezension zu Covers *Justice Accused: »The law of the slave-catchers«*, *Times Literary Supplement*, 5. Dezember 1975, S. 1437. Holmes entwickelt seine für den Rechtsrealismus grundlegende Kritik in O.W. Holmes, Jr., *The Common Law*, London 1982. Holmes selbst verwendete den Formalismusbegriff nur am Rande, im 20. Jahrhundert etablierte sich der Begriff aber als Titel für den Gegenstand der von Holmes eingeleiteten Kritik. Ein wichtiger Beitrag in diesem Zusammenhang ist M. White, »The Revolt Against Formalism in American Social Thought of the Twentieth Century«, *Journal of the History of Ideas* 8 (1947), S. 131–152.

97 R. Cover, *Justice Accused*, a.a.O., S. 200 (Übers. BV). Den »Formal Style« beschreibt und beklagt K. Llewellyn ausführlich in seinem Buch *The Common Law Tradition: Deciding Appeals*, Boston/Toronto 1960.

98 Vgl. ebd., S. 38.

erlassenen Vorschriften oder spezifischer von Vorschriften mit Gesetzesform gemeint sein. Aber auch eine richter-, gewohnheits- oder naturrechtliche Praxis, die nicht auf geschriebene Gesetze abstellt, kann als formal bezeichnet werden. In diesen Fällen tritt mit besonderer Deutlichkeit eine bestimmte Argumentationslogik hervor, die sich als formal bezeichnen lässt. Hier kann wieder differenziert werden zwischen (a) einer Orientierung an etablierten Quellen wie zum Beispiel Präjudizien, (b) einem formallogischen Deduzieren aus gegebenen Regeln und Prinzipien sowie (c) einer autonomen Konstruktion von Rechtsbegriffen und ihrem systematischen Zusammenhang. Ferner ist mit der Formalität des Rechts oft das Vorgehen nach wie immer etablierten Verfahrensvorschriften ausgedrückt. Auch die Bedeutung von Formvorschriften in nicht-prozessualen Rechts-handlungen kann impliziert sein. All den verschiedenen Verwendungswie-ßen ist gemeinsam, dass sie Merkmale rechtlicher Autonomie oder, negativ, rechtlicher Verselbständigung beschreiben: Recht folgt gewissen Formen, die es von anderen Gesichtspunkten emanzipieren.⁹⁹ Die unterschiedlichen Formen verbindet weiter ein umstrittenes Allgemeinheitsversprechen: An die Stelle der isolierten Beurteilung eines konkreten Einzelfalls durch die freien Erwägungen eines konkreten Subjekts (sei es ein Individuum oder ein Kollektiv) tritt ein Urteil nach allgemeinen Vorgaben, die sich auf allgemeine Merkmale des Falls beziehen. Der charakteristische Allgemeinheitsbezug ist besonders offenkundig beim Gesetz, das seiner Form nach generell-abstrakter Natur ist, kennzeichnet aber ebenso die Maximen der Begriffsbildung und Systematisierung wie auch das Postulat logischer Kon-sistenz. Bei der bloßen Beachtung von Vorschriften ohne Gesetzesform, von Präjudizien und von Verfahrensrecht ist dieser Allgemeinheitsbezug nicht gleichermaßen ausgeprägt. Entsprechend gelten diese Merkmale für sich allein auch als weniger qualifiziert formal. Trotz geringerer Ausprä-gung ist das Allgemeinheitsanliegen aber auch hier durchaus tragend. Die Kriterien und Abläufe der Beurteilung werden dem Entscheidungssubjekt nach allgemeinen Regeln vorgegeben, verschiedene Fälle werden in Zu-sammenhang miteinander gebracht und analog gewürdigt.

Die Verschärfung der rechtlichen Entfremdungsgefahr durch seine Formalität liegt auf der Hand und wurde oft beschrieben. Strikte Auto-nomie bedeutet eben Abstraktion vom Wirklichkeitsbezug und da-mit letztlich irrationale und gewaltsame Verselbständigung der Regelbe-trachtung. Auch unabhängig von der institutionellen Rolle werden dann Gesichtspunkte jenseits der Bahnen förmlicher Reflexion verdrängt. Der normative Sinn einer Maßgabe gerät ebenso aus dem Blick wie die realen

99 Als Mittel zur Sicherung von Autonomie wird die Formalität des Rechts auch verstanden von S. Fish, »Das Recht möchte formal sein«, in: ders., *Das Recht möchte formal sein. Essays*, übers. v. C. Sample und D. Simon, Berlin 2011, S. 112–170.

Effekte, weil die Erwägung nur auf die formalen Kriterien sieht. Die Allgemeinheitsreflexion fixiert sich, mit der oben erläuterten Figur Hegels gesprochen, auf eine bloß formelle, abstrakte Allgemeinheit: Förmliche Generalität der rechtlichen Regeln und Integration derselben in eine kohärente Ordnung ohne Rücksicht auf ihre konkrete Bedeutung, deren wirkliche Allgemeinheit sich nur in der immer neuen Auseinandersetzung mit den realen Gegenständen entfalten kann. Durch die Unterdrückung jedes äußeren Gesichtspunkts schlägt das Allgemeinheitsversprechen in blinde Partikularität um.

Das Problem des Formalismus bildet ein zentrales Motiv rechtskritischer Interventionen in der Moderne. Sowohl moderatere Anläufe zur immanenten Transformation des Rechtsdiskurses als auch Ansätze einer radikalen Rechtskritik kreisten immer wieder um dieses Motiv. Hegels Kant-Kritik bot einen ersten tiefgründigen Einsatz, Marx spitzte die rechtskritische Pointierung Hegels seinerseits klassisch zu. Vor allem die rechtsrealistische Tradition – in ihren Anfängen vom Hegelianismus inspiriert¹⁰⁰ – hat die Problematik dann später in vielen unterschiedlichen Varianten beleuchtet. Mit besonderem Nachdruck und marxistisch radikaliert wurde rechtliche Formalität im Ausgang vom Rechtsrealismus durch die *Critical Legal Studies*-Bewegung (CLS) problematisiert.¹⁰¹ Aber auch in der deutschsprachigen Diskussion hat die Thematik das kritische Rechtsdenken seit Hegel und Marx immer wieder umgetrieben. Gerade in den letzten Jahren wurde die Kritik an rechtlicher Formalität in der deutschen Debatte öfter wiederholt.¹⁰² Besondere Aufmerksamkeit wurde dabei der Rolle subjektiver Rechte geschenkt – auch dies eine Fokussierung, die an Marx anschließen konnte und ähnlich in den *Critical Legal Studies* zu beobachten ist.¹⁰³ Hier wurde analysiert, wie das Verhältnis

¹⁰⁰ Vgl. M. White, »The Revolt Against Formalism«, a.a.O., S. 132ff.

¹⁰¹ Vgl. zur zentralen Bedeutung der Formalismuskritik in den CLS statt vieler D. Kennedy, »Legal Formality«, *The Journal of Legal Studies* 2 (1973), S. 351–398; R. Unger, *The Critical Legal Studies Movement. Another Time, A Greater Task*, London/Brooklyn 2015, S. 79ff.; M. Tushnet, »Perspectives on Critical Legal Studies«, *The George Washington Law Review* 52 (1984), S. 239–242; R. Gordon, »Unfreezing Legal Reality: Critical Approaches to Law«, *Florida State University Law Review* 15 (1987), S. 195–220.

¹⁰² Zu nennen sind insbes. D. Loick, *Juridismus*, a.a.O.; C. Menke, *Kritik der Rechte*, a.a.O.; A. Honneth, *Das Recht der Freiheit*, a.a.O., S. 157ff.

¹⁰³ Auf die Form des subjektiven Rechts fokussiert vor allem C. Menke, *Kritik der Rechte*, a.a.O., und die breite daran anschließende Diskussion. Zur Rechtekritik von Marx vgl. insbes. K. Marx, »Zur Judenfrage«, a.a.O. Der grundlegende Auftakt der entsprechenden Diskussion in den CLS war M. Tushnet, »A Critique of Rights«, *Texas Law Review* 62 (1984), S. 1363–1403. Das Problem wurde innerhalb der CLS kontrovers diskutiert. Eine besonders eindrückliche Problematisierung der Rechtekritik formulierte P.

zu den Mitmenschen, aber auch generell zur Welt und zu sich selbst verkümmert, wenn sich Subjekte auf ihre formalen Rechte kaprizieren und andere Dimensionen der sozialen Verhältnisse aus dem Blick verlieren. Ein wichtiger Aspekt des Formalitätsproblems, der in diesen philosophischen Arbeiten deutlich wird, ist die Tatsache, dass die Grenzen der formalen Perspektive nicht nur machtvolle äußerliche Restriktionen bedeuten, sondern oft noch stärker als institutionelle Rollen zur Verinnerlichung tendieren. Die Formen des Rechts sind nicht nur Umsetzung eines bestimmten Welt- und Selbstverhältnisses, sondern prägen unseren Blick auf die Welt und uns selbst potentiell tiefgreifend. Im Unterschied zu institutionellen Positionen betreffen diese formalen Konstruktionen grundsätzlich alle Lebensbereiche und werden von allen Gliedern der Gesellschaft mitvollzogen. In dieser Disposition greifen sie leicht intensiv auf unsere informellen Verhältnisse über. In ihrer Ubiquität erscheinen sie rasch als naturgegeben und versperren sich so besonders hartnäckig der Überschreitung.

Die Pointe dieser Kritik ist meist nicht einfach, dass der Gesichtspunkt formalen Rechts allein zum letzten Bestimmungsgrund wird, sondern dass die formale Reflexion bestehende Herrschaftsverhältnisse bekräftigt und verschleiert. Nur scheinbar folgt der formale Diskurs demnach festgelegten Kriterien und einer rationalen Methodik. Die formalen Vorgaben sind nicht geeignet, für sich das rechtliche Bewusstsein zu definieren. Der Gehalt der formalen Perspektive ist abhängig von den Hintergrundüberzeugungen und Interessen der involvierten Akteure.¹⁰⁴ Weil diese Bestimmungsfaktoren indes durch den formalen Diskurs verborgen und als Ausdruck einer vernünftigen, allgemeinheits- und gerechtigkeitsorientierten, oft auch demokratisch legitimierten Reflexion präsentiert werden, werden die Hintergrundbedingungen der politischen Auseinandersetzung, ja dem Bewusstsein überhaupt entzogen. Die Rechtsform positiviert – sie stellt als gegeben dar, was kontingent ist – und sie entpolitisiert derart.¹⁰⁵

Auch im europäischen Diskurs sind die Gefahren des Formalismus aber nicht nur ein Gegenstand philosophischer Reflexion, sondern ebenso Objekt rechtsdogmatischer und -praktischer Bearbeitung. Besonders prägnant findet die Auseinandersetzung der europäischen Rechtslehre und Rechtsprechung mit dem Problem im sogenannten »Verbot des über-

Williams, »Alchemical Notes: Reconstructing Ideals from Deconstructed Rights«, *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* 22 (1987), S. 401–433. Darauf ist im Folgenden zurückzukommen.

¹⁰⁴ Das ist die zentrale Aussage der in zahlreichen Varianten vorgetragenen »Unbestimmtheitsthese« der CLS-Bewegung, wird aber auch in vielen kritischen Beiträgen außerhalb der CLS konstatiert. Vgl. zur Unbestimmtheitsthese der CLS etwa M. Tushnet, »Defending the Indeterminacy Thesis«, *Quinnipiac Law Review* 16 (1996), S. 339–356.

¹⁰⁵ Als Positivismus im skizzierten Sinne beschreibt Christoph Menke das bürgerliche Recht (*Kritik der Rechte*, a.a.O., S. 167ff.).

spitzten Formalismus« Ausdruck. Die Formel hat sich vor allem in der schweizerischen Judikatur und Verfassungsdogmatik zu einer distinkten Rechtsfigur entwickelt, findet sich heute aber auch in der Lehre und Praxis vieler weiterer europäischer Länder. Geächtet wird mit dem Verbot präzise eine Handhabung von Verfahrens- und Formvorschriften, in der die Formalität des Rechts nicht mehr auf ihren Zweck befragt, sondern zur unbedingten Maßgabe genommen wird. Unter diesen Umständen wird der Rechtsformalismus »exzessiv«¹⁰⁶, wie es in der französischen und italienischen Terminologie heißt, oder eben »überspitzt«. Damit wendet sich die rechtliche Formalität gegen den Sinn des Rechts selbst. Die Unzulässigkeit übersteigerter Formalität wird daher als Implikation des Rechtsverweigerungsverbots gesehen.¹⁰⁷ Auch jenseits dieses spezifischen Verbots reflektiert die europäische Rechtsdoktrin und -praxis in vielen Erwägungen, dass die Verwirklichung des Rechts Grenzen des Formalismus impliziert. Trotzdem ist die Tendenz zur formalen Verengung und Versteinerung der juridischen Reflexion nicht von der Hand zu weisen.

Dass der formalistische Überschuss des Rechts so hartnäckig wiederkehrt, ist allerdings nicht nur einem Abbruch der Sinnreflexion geschuldet, sondern entspringt auch einem kritischen Bewusstsein von den Abgründen im Gegenprogramm der Entformalisierung. Eine formfreie Praxis droht Recht noch ungeschützter den herrschenden Verhältnissen auszuliefern und jeder Chance einer eigenen Rationalität zu berauben. Die Bestimmung rechtlicher Entscheidungsmacht durch politische Vorgaben erscheint bei fehlender Formbindung noch prekärer. Vor diesem Hintergrund wird der Preis eines konsequenteren Formalismus oft als geringeres Übel angesehen als die Folgen einer Abkehr von der Formalität. Nicht selten motiviert diese Abwägung selbst im Wissen um die Defizite des Formalen die Affirmation strikter Formalität.

Eine rechtliche Praxis, welche den Abgründen auf beiden Seiten Rechnung trägt, müsste danach streben, die Tugenden des Formalen wie diejenigen institutioneller Praxis zu pflegen, ohne ihnen gänzlich zu verfallen. Sie müsste auch unter diesem Gesichtspunkt die Rechtsverwirklichung in einem Ideal *relativer Autonomie* suchen. Dergestalt wird im Pluralismus Bäumlins der Sinn des Formalen fasslich. Auch seine Arbeiten exponieren zunächst in durchaus ähnlicher Stoßrichtung wie die eben erläuterten Kritikentwürfe die Grenzen rechtlicher Formalität. Als Autor im Umfeld der Smend-Schule stellt Bäumlin in der Tradition Hegels den gesellschaftlichen und geschichtlichen Charakter des Rechts ins Zentrum seiner Texte. Diese Verfasstheit bricht jede Formalisierung immer

¹⁰⁶ Urteile des Schweizerischen Bundesgerichts BGE 144 IV 64, E. 2.6 (»formalisme excessif«) und BGE 132 III 747, E. 2 (»formalismo eccessivo«).

¹⁰⁷ BGE 130 V 177, E. 5.4.1: »Überspitzter Formalismus ist eine besondere Form der Rechtsverweigerung.« So bereits BGE 44 I 18, E. 3.

schon auf. Jede formale Fixierung bleibt stückhaft und scheinhaft, der Sinn des Rechts geht stets darüber hinaus. Dem hat die rechtliche Praxis Rechnung zu tragen. Formalität kann keine strenge Methode begründen, die es erlauben würde, Recht ohne Rücksicht auf äußere Gesichtspunkte zur Anwendung zu bringen.

Diese konstitutiven Grenzen nehmen den Formalisierungspraktiken aber keineswegs jeden Sinn. Bäumlin spricht die Formalität des Rechts zwar nur am Rande explizit an, legt aber in seinem Argumentationsgang deutlich dar, dass die Relativität formaler Determination entsprechenden Bindungen des Rechtsdiskurses nicht ihren Wert nimmt. Im Gegenteil: Erst in dieser Relativität erhellt der eigentliche Sinn dieser Bindungen. Wie Llewellyn in kritischer Pointierung erläutert Bäumlin das Formale affirmativ als Ausdruck und Medium eines bestimmten »Stils« und »Habitus« der rechtlichen Praxis.¹⁰⁸ Die beiden Begriffe markieren deutlich, dass die Formen des Rechts keine Anwendung auf geschlossenen und eindeutig determinierten Bahnen gestatten, sondern sich in einer offenen, geschichtlichen Praxis konkretisieren, diese Praxis aber nichtsdestotrotz auf spezifische, erheblich wirklichkeitsprägende Weise zu formen vermögen. Damit ist auch gesagt, dass die formalen Vorgaben die implizierte Perspektive nicht zu sichern vermögen, sondern Element einer Diskurskultur sind, die anhaltender gesellschaftlicher Pflege und Hingabe bedarf.

Bäumlins Beschreibung der Jurisprudenz als »Stil« schließt an Theodor Viehwegs Aufarbeitung der topischen Tradition und Ludwig Buissons Explikation von Gratians Konkordanzdenken an.¹⁰⁹ Davon ausgehend zeichnet er den charakteristischen juristischen Stil als eine problemorientierte Reflexion nach, die den konkreten Gegenstand anhand verschiedener vorgeformter Gesichtspunkte, eben Topoi, erörtert und diese Topoi im Zuge der Problemreflexion laufend weiterentwickelt und ergänzt. Die unterschiedlichen Topoi lassen sich nicht, oder genauer: immer nur vorläufig anhand des konkreten Gegenstands in ein einheitliches System einordnen. Sie sind »Teilantworten«, als solche wesentlich plural und einander teils widersprechend.¹¹⁰ Der juristische Denk- und Handlungsstil bearbeitet Sachverhalte auf dem Umweg über diese aus kollektivem Zusammenwirken überkommenen und laufend fortzuentwickelnden Vorbegriffe. Dies fasst Bäumlin in Anlehnung an Gratians »concordantia disconcordantium« mit der berühmt gewordenen, heute oft mit Skepsis betrachteten, dabei aber kaum authentisch rezipierten Devise »praktischer Konkordanz«.¹¹¹

¹⁰⁸ R. Bäumlin, *Recht, Staat und Geschichte*, a.a.O., S. 41 u.ö., 48.

¹⁰⁹ Vgl. ebd., S. 20ff.

¹¹⁰ R. Bäumlin, *Recht, Staat und Geschichte*, a.a.O., S. 27.

¹¹¹ R. Bäumlin, *Recht, Staat und Geschichte*, a.a.O., S. 30, 34. Vgl. zur Kritik insbes. die scharfe Polemik von A. Fischer-Lescano, »Kritik der praktischen Konkordanz«, *Kritische Justiz* 41 (2008), S. 166-177. Der Artikel zitiert

Die Formalität des Rechts in ihren vielfältigen Gestalten – Gesetze, Figuren, Begriffe, Prinzipien, Argumentations- und Handlungsmuster – trägt diesen konstitutiv pluralen und geschichtlichen Reflexionsstil. Gerade in ihrer Formalität bieten die verschiedenen Vorgaben keine fertigen Antworten auf ein konkretes Problem. Sie sind wesentlich mehr oder minder abstrakt, verbleiben charakteristisch generell und markieren eben immer eine Mehrzahl beachtlicher Gesichtspunkte. Insofern bleiben sie in der Tat selbst bei klarem Wortlaut im Kern unbestimmt, ihre Interpretation ist eine geschichtlich offene und unabschließbare Aufgabe. Gleichzeitig versagen sie aber unmittelbare, souveräne Einzelentscheidungen. Jedes Urteil wird auf den Umweg über die formalen Topoi geführt, hat in ihrem Lichte Rechenschaft zu geben und gewinnt seine rechtliche Kraft erst aus der Bewährung in diesem argumentativen Kontext. Das Denken, Handeln und Entscheiden der Einzelnen bindet sich auf diese Weise an einen Prozess kollektiver Rechtsentwicklung und schreibt sich darin ein. Hier ortet Bäumlin das spezifische Allgemeinheitsversprechen des Rechts.¹¹²

Die Pflege des formalen Stils ist unterschiedlichen Akteuren aufgegeben. Zu kultivieren sind die charakteristischen Umwege rechtlicher Reflexion zunächst in der Rechtsanwendung – insbesondere durch die Verarbeitung gesetzlicher Vorschriften, aber ebenso in einem Rahmen, wo auf Präjudizien und ungeschriebene Regeln und Prinzipien abgestellt wird. Die Gesetzesanwendung setzt aber natürlich auch den Prozess der Gesetzgebung voraus. Die Gesetzgebung kennzeichnet in komplementärer Weise der mittelbare Zugriff auf den Sachverhalt. Die klassischen Formeigenschaften des Gesetzes stützen diese Mittelbarkeit. Gesetze formulieren charakteristischerweise weder situationsspezifische Befehle noch flexibel anzupassende Empfehlungen. Sie regulieren in Form starr abstrakter Vorschriften mit allgemeiner Reichweite. Auch machen Gesetze typischerweise nicht isolierte Einzelvorgaben. Die gesetzlichen Bestimmungen sind regelmäßig Teil eines zusammenhängenden Regelwerks und fügen sich in eine weitere geschriebene und ungeschriebene Rechtsordnung und Rechtsentwicklung ein. All diese Formelemente distanzieren das gesetzgeberische Handeln von einer direkten Problembehandlung. Sie drängen dazu, schon in der Produktion der Gesetze die Vielfalt relevanter Gesichtspunkte zu reflektieren. Sie rücken jedes Gesetz in den Horizont anderer Elemente der bestehenden Rechtsordnung sowie überkommener Rechtsbegriffe. Sie machen seine konkrete Wirkung in hohem

Bäumlin und seine Rezeption Gratians, präsentiert diese Quellen aber grob verkürzt als untergeordnete Impulse eines konservativen Abwägungsprogramms in der deutschen Staatsrechtslehre, um die entstellte Formel davon ausgehend pauschal zu verwerfen.

¹¹² Vgl. R. Bäumlin, *Recht, Staat und Geschichte*, a.a.O., S. 45.

Maße abhängig von anderen Akteur:innen.¹¹³ Auch wenn der Strukturwandel der öffentlichen Ordnung seit dem letzten Jahrhundert auch spezifischere und flexiblere Steuerungsinstrumente als das allgemeine Gesetz nach dem klassischen Muster des bürgerlichen Rechtsstaats erforderlich macht, bleiben diese gesetzlichen Formmerkmale eine eminent wichtige Errungenschaft. Ihre gänzliche Preisgabe wäre gleichermaßen falsch wie ihre unhistorische Versteinerung. Auch komplexere Regulierungsregime haben den Maximen gesetzlicher Allgemeinheit durchwegs Rechnung zu tragen und formale Gesetze hinreichend einzubeziehen. Gerade darin, dass die entsprechenden Formelemente reibungslose Regulierung stören und unterbrechen, zeigt sich der ungebrochene emanzipatorische Sinn dieser Charakteristika.¹¹⁴

Bäumlin weist ferner auf den generellen Habitus juristischer Profession sowie auf die Rolle der Rechtswissenschaft hin.¹¹⁵ Tatsächlich liegt in der Pflege einer spezifischen Profession und Wissenschaft eine wichtige Ressource des formaljuristischen Reflexionsstils – offenkundig auch seiner Abgründe, aber ebenso seiner Versprechen. Die Existenz eines eigenen Berufsstands ermöglicht einen speziellen Diskurs und in der Tat einen besonderen Habitus, der – freilich immer nur relativ – von herrschenden Betrachtungsweisen distanziert und über ideologische Grenzen hinweg eine kollektive Auseinandersetzung am Leitfaden rechtlicher Begriffe erlaubt. In der juristischen Ausbildung kann dieser Habitus erlernt und inkarniert werden, der spätere berufliche Alltag festigt ihn. Die Rechtswissenschaft vertieft die juristische Distanznahme von einer unmittelbaren Problembehandlung entscheidend. Sie stellt die Rechtspraxis in einen weiteren Reflexionshorizont, der das konkrete Handeln deutlicher im Gesamtzusammenhang der Rechtsordnung und ihrer geschichtlichen Entwicklung situiert und befragt. Besonders gestärkt wird die formale Abstandnahme durch die Rechtsdogmatik. Minutiös werden konkrete Rechtsprobleme hier zu anderen Konstellationen ins Verhältnis gesetzt, in ihren unterschiedlichen Gesichtspunkten beleuchtet und im weiteren Zusammenhang der Rechtsordnung reflektiert.

Bäumlin entwickelt den formal vermittelten, darin aber gerade pluralitäts- und geschichtoffenen Reflexionsstil und -habitus als Mittelweg zwischen den falschen, je geschichtslosen Alternativen eines starren Formalismus und eines ungebundenen Dezisionismus.¹¹⁶ Das Formale ist dabei über weite Strecken nur implizit angesprochen, wird aber deutlich als tragende Voraussetzung nachvollziehbar. Noch ausdrücklicher

¹¹³ Vgl. zur konstitutiv beschränkten Gestaltungsmacht des Gesetzes R. Bäumlin, *Recht, Staat und Geschichte*, a.a.O., S. 31.

¹¹⁴ Vgl. zur anhaltenden Bedeutung des allgemeinen Gesetzes R. Bäumlin, *Recht, Staat und Geschichte*, a.a.O., S. 45.

¹¹⁵ R. Bäumlin, *Recht, Staat und Geschichte*, a.a.O., S. 48.

¹¹⁶ Vgl. R. Bäumlin, *Recht, Staat und Geschichte*, a.a.O., S. 29.

ist der relative Wert rechtlicher Formalität in der jüngeren Debatte von Martti Koskenniemi hervorgehoben worden. Koskenniemi gelangt in einem anderen Kontext, demjenigen des Völkerrechts und seiner Entwicklung in den vergangenen Jahrzehnten, zu der Thematik und erläutert sie auf der Basis theoretischer Grundlagen, die sich nur teilweise mit denjenigen Bäumlins decken. Sein wichtigster intellektueller Ausgangspunkt sind die amerikanischen *Critical Legal Studies*, deren Formalismuskritik oben skizziert wurde. In diesem anderen Rahmen gelangt Koskenniemi in vieler Hinsicht zu ähnlichen Schlüssen wie Bäumlin.

Auch Koskenniemi geht davon aus, dass ein reiner Formalismus nach der Art Kelsens keinen gangbaren oder auch nur wünschenswerten Weg darstellt und ein entsprechendes Reinheitsideal nach den Erfahrungen und Erwägungen seit der Zeit Kelsens seine Plausibilität noch deutlicher eingebüßt hat.¹¹⁷ Gerade im internationalen Recht, aber – nicht zuletzt durch den wachsenden Einfluss transnationaler Normierung – auch in weiten Teilen der innerstaatlichen Rechtspraxis ist die Formalismustendenz in unserer Zeit denn auch oft nicht sehr ausgeprägt. Schärfert sind in den letzten Jahrzehnten die Pathologien ungezügelter Entformalisierung zutage getreten. Die Vorherrschaft des amerikanischen Rechtsdiskurses hat Entformalisierungsprozessen transnational Vorschub geleistet. In Rechtsregimen jenseits des Staates hat sich diese Entwicklung besonders stark niedergeschlagen. Der Formverlust schmälert die Kraft des Rechts, Machtverhältnisse und ideologische Gewissheiten zu erschüttern, empfindlich. Die formfreien Normregime präsentieren ähnlich unverbrüchliche Ordnungen wie ein rigider Formalismus.¹¹⁸

Koskenniemi beschreibt diese Entwicklung im internationalen Recht seit dem allmählichen Aufstieg der USA zur dominierenden Weltmacht im Zuge des Kalten Krieges.¹¹⁹ Am Beispiel einer Debatte zur US-Intervention in der Dominikanischen Republik von 1965 zeichnet er nach, wie eine ungebremst rechtsrealistische Konstruktion das Völkerrecht den staatlichen Interessen und Überzeugungen unterwirft.¹²⁰ Mangels Reflexion der eigenen Werte und Interessen verliert in der anti-formalistischen Interpretation der rechtliche Diskurs weitgehend die Kraft, Vermittlungsprozesse zwischen den konkurrierenden Perspektiven freizusetzen. Die verschiedenen Positionen prallen unvermittelt aufeinander und es setzt sich diejenige Perspektive durch, die mehr Macht hat. Ge-

¹¹⁷ Vgl. M. Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870–1960*, Cambridge 2004, S. 495f.

¹¹⁸ Vgl. zur Konvergenz der scheinbar gegensätzlichen Modelle M. Koskenniemi, »The Politics of International Law – 20 Years Later«, in: ders., *The Politics of International Law*, Oxford/Portland 2011, S. 63–75, 73; ders., »Constitutionalism as Mindset«, a.a.O., S. 16f.

¹¹⁹ Vgl. M. Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations*, a.a.O., S. 48off.

¹²⁰ Vgl. ebd. S. 497ff.

rade das Völkerrecht ist natürlich immer auch ein Mittel der Machtausübung und -stabilisierung. Mit seiner Formalität verliert es aber eine erhebliche Ressource des Eigensinns, der sich diesen Aneignungsvorgängen widersetzt und Herrschaftsverhältnisse immer wieder – mal sanfter, mal stärker – erschüttert. Die amerikanische Austragung der eigenen Vormachtstellung im internationalen Recht kennzeichnet im Unterschied zu früheren imperialen Legitimationskonzepten dieser Anti-Formalismus. Der Formverlust verschärft sich natürlich, wenn nicht nur die Interpretation entformalisiert erfolgt, sondern sich auch die Rechtsquellen – aufgrund neuer Instrumente, aber auch wegen der Interpretationsgeschichte – zusehends diffus, zerstreut und flexibel präsentieren. Inzwischen hat das klassische Völkerrecht bedeutend an Autorität eingebüßt. Gerade mit Blick auf die militärischen Aktivitäten der USA ist dies deutlich zu beobachten. Während die völkerrechtliche Einordnung des Irakkriegs die Staatengemeinschaft intensiv umtrieb und die Weltöffentlichkeit zutiefst bewegte, erschien die völkerrechtliche Würdigung jüngerer Militärinterventionen fast nur noch von akademischem Interesse. Sicherlich hat der völkerrechtliche Rahmen gerade auch im Bereich der Friedenssicherung weiterhin erhebliche normative Kraft. Die Diskursentwicklung der letzten Jahrzehnte hat seine Verbindlichkeit aber bedenklich beschädigt.

Mit der Transformation des transnationalen Rechts von einer zwischenstaatlichen Koordinationsordnung zu einem zunehmend komplexen Netz überstaatlicher Regulierungs- und Verwaltungsregime hat sich das Problem in den letzten Jahrzehnten erheblich verschärft.¹²¹ Die klassische Formalität des Rechts erscheint gerade für die Ambition nuancierter »Global Governance« zu schwerfällig und allgemein. Zur Vertiefung und Differenzierung der grenzüberschreitenden Rechtsordnung haben sich inzwischen zahlreiche, oft thematisch spezifizierte Regime und Institutionen etabliert, die eine sachgerechte Verfolgung ihrer spezifischen Ziele in einer transnational verflochtenen Welt sicherstellen sollen.¹²² Sie verantworten detaillierte Regelwerke und Maßnahmenkataloge. Durch dynamisierte, flexible Administrationspraktiken können sie besser mit dem permanen-

¹²¹ Vgl. M. Koskenniemi, »Global Governance and Public International Law«, *Kritische Justiz* 37 (2004), S. 241–254; ders., »International Law as ›Global Governance‹«, in: J. Desautels-Stein/C. Tomlins (Hg.), *Searching for Contemporary Legal Thought*, Cambridge 2017, S. 199–218; ders., »Miserable Comforters: International Relations as New Natural Law«, in: *The Politics of International Law*, a.a.O., S. 307–330, insbes. 318ff.; ders., »Constitutionalism as Mindset«, a.a.O.

¹²² Vgl. G. Teubner/A. Fischer-Lescano, *Regime-Kollisionen. Zur Fragmentierung des globalen Rechts*, Frankfurt a.M. 2006; M. Koskenniemi, »Hegemonic Regimes«, in: M. Young (Hg.), *Regime Interaction in International Law. Facing Fragmentation*, Cambridge 2015, S. 305–324.

ten Wandel der Umstände mithalten und präziser auf die Vielfalt alltäglicher Konstellationen reagieren. An die Stelle des Regelmäßigen treten immer öfter Ausnahmeregime.¹²³ Zugleich werden gesetzliche Kodifikationen häufig mit flexibleren Instrumenten ersetzt, die der Administration größeren Anpassungsspielraum bieten und die regulierten Akteur:innen sanfter und damit auch situationssensibler zu steuern vermögen.¹²⁴

Statt einem juridischen Formalismus ist so im gewandelten transnationalen Recht über weite Strecken ein neues Administrationsdenken, eben eine Logik der Gouvernanz bestimmt geworden. Koskenniemi bezeichnet diese neue Logik im supra- und internationalen Recht als »Managerialismus«.¹²⁵ Er bestreitet nicht die Vorteile einer derart optimierten öffentlichen Verwaltung. Die Schattenseiten sind aber auch unverkennbar und folgenschwer. Die einzelnen Regime tendieren dazu, ihren Standpunkt zu verabsolutieren. Die jeweils bestimmenden Zielvorstellungen – freier Handel, Umwelt, Arbeit, Investitionsschutz, Menschenrechte oder andere bereichsdefinierende Güter – werden zu einem Motiv, das jedes andere Anliegen dominiert. Diese Dynamik wurde oft unter dem Titel der Fragmentierung problematisiert.¹²⁶ Darin erschöpfen sich die Pathologien des Managerialismus aber nicht. Ein weiterer Aspekt des Problems ist, dass das flexibilisierte Recht zum gefügigen Ausdruck der jeweils bestimmten Expert:innenkulturen wird. Die in den Verwaltungseliten herrschenden technischen und wissenschaftlichen Paradigmen mit ihren ideologischen Prämissen werden durch das Recht nicht mehr in einen weiteren Reflexionshorizont gerückt, sondern erscheinen als unverbrüchliches Gebot.¹²⁷ Diesem Reflexionsverlust aufseiten der verwaltenden Akteur:innen korrespondiert ein Reflexionsverlust seitens der unterworfenen Subjekte: Sie werden in den administrativen Rechtsregimen oft nicht als freie, veränderliche Personen adressiert, sondern als Objekte mit feststehenden Interessen, Präferenzen und Handlungsmustern gesteuert.¹²⁸ Die darauf

¹²³ Vgl. M. Koskenniemi, »The Politics of International Law. 20 Years Later«, a.a.O., S. 66. Klassisch zu der Dynamik G. Agamben, *Homo Sacer*, a.a.O. Agamben vermerkt, dass auch seine entsprechenden Erwägungen durch die Transformationsprozesse der globalen Ordnung veranlasst wurden (ebd., 22). Siehe zu dem Thema auch J. Heller, *Mensch und Maßnahme*, a.a.O.

¹²⁴ Vgl. M. Goldmann, *Internationale öffentliche Gewalt*, a.a.O.

¹²⁵ M. Koskenniemi, »The Politics of International Law. 20 Years Later«, a.a.O., S. 71ff. (Übers. BV).

¹²⁶ Vgl. für eine vorsichtig optimistische Diskussion M. Koskenniemi/P. Leino, »Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties«, *Leiden Journal of International Law* 15 (2002), S. 553–579.

¹²⁷ Vgl. M. Koskenniemi, »The Politics of International Law. 20 Years Later«, a.a.O., insbes. S. 68; ders., »Constitutionalism as Mindset«, a.a.O., insbes. S. 17.

¹²⁸ Vgl. ebd., S. 23ff.

zugeschnittenen, oft weichen Regelungsmechanismen optimieren die Koordination dieser Dispositionen und kanalisiieren sie, ohne den Betroffenen einen Widerspruch mit der eigenen Interessenperspektive zumuteten. In vielen Fällen kann die Steuerung sogar hinter dem Rücken der Subjekte geschehen. Diese Anpassung der Regeln an die vorausgesetzten naturwüchsigen Präferenzen der Betroffenen entledigt das Recht der Potenz, Reflexion und dadurch die freie Veränderung der Adressierten anzustoßen. Stattdessen werden die unterstellten Dispositionen allererst festgeschrieben und zementiert. Die Objektivierung der Subjekte verschärft die ideologische Undurchdringlichkeit der Regime. Hier wiederholt sich nach Koskenniemis Diagnose der Vorgang, den Kant als Fluchtpunkt des frühmodernen Naturrechts problematisierte.¹²⁹ Mit neuer Schärfe und Reichweite bestätigt die Entwicklung die Tendenz, die Foucault mit dem sprechenden Titel der »Gouvernementalität« bezeichnet hat.¹³⁰ Es ist kein Zufall, dass »Governance« zum Schlagwort der Ära geworden ist.

Mangels eines höheren Reflexionshorizonts verselbständigt sich die ideologische Programmatik der verschiedenen Rechtsregime. Auf der Linie der Formalismuskritik der *Critical Legal Studies* legt Koskenniemi auch mit Blick auf die entformalisierten Verwaltungsregime Wert darauf, dass die jeweiligen Prioritäten nicht in Stein gemeißelt sind. Zwar kennzeichnet die verschiedenen Rechtsregime durchaus ein »struktureller Bias«, der ihre Entscheidungen oft berechenbar macht.¹³¹ Dieser Bias wird allerdings nicht durch die jeweiligen Sachbereiche festgelegt, sondern geht aus den ideologischen Auseinandersetzungen unter den involvierten Akteur:innen hervor. Das prägnanteste Beispiel sind die Menschenrechte, die unter Umständen einen kraftvollen Einspruch gegen wirtschaftliche Ausbeutung markieren können, sich aber nicht selten in einen Schutz und Treiber ökonomischer Privilegierung verkehren.¹³² Unreflektierte Wissens- und Wertregime neigen immer dazu, von den herrschenden Machtverhältnissen dominiert zu werden. Auch das zeigt der Begriff des Managerialismus an, den Koskenniemi aus der Beschreibung kolonialer Administration aufgreift.¹³³ Weniger denn je lässt sich die

¹²⁹ Vgl. ebd.; siehe ferner ders., »Miserable Comforters«, a.a.O.

¹³⁰ Vgl. ebd., S. 24. Siehe zu dem Begriff M. Foucault, »Die Gouvernementalität«, übers. v. H.-D. Gondek, in: M. Foucault, *Analytik der Macht*, Frankfurt a.M. 2005, S. 148–174.

¹³¹ M. Koskeniemi, *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*, Neuausgabe mit neuem Epilog, Cambridge 2006, S. 60ff. (Übers. BV).

¹³² Vgl. M. Koskeniemi, »The Politics of International Law. 20 Years Later«, a.a.O., S. 66.

¹³³ Vgl. M. Koskeniemi, »Hegemonic Regimes« a.a.O., S. 305, Anm. 1. Koskeniemi rekurriert auf A. Orford, »Book Review Article: International

bestimmende Macht allerdings einem souveränen staatlichen Hoheitsträger zuordnen. Die globalkapitalistischen Herrschaftsverhältnisse übergreifen und durchqueren staatliche Gemeinschaften. Staatliche Macht-positionen sind nicht ihr Ausgangspunkt, sondern ihrerseits verstrickt in eine diffusere und komplexere weltgesellschaftliche Machtdynamik.¹³⁴

Um diesen Tendenzen entgegenzutreten, ohne in das analoge Verhängnis eines rigiden Formalismus zurückzufallen, postuliert Koskenniemi eine moderate Rückbesinnung auf die Tugenden des Formalen in Gestalt einer »Kultur des Formalismus«.¹³⁵ Die Formel ist ersichtlich dialektisch: Sie bejaht eine systematische Formorientierung, dies aber nicht im Sinne einer reinen Methode, sondern eben als Kultur: als gesellschaftlich-geschichtlich gewachsene, pluralistisch und offen fortzupflegende Diskurs-praxis.¹³⁶ Wie Bäumlin stellt Koskenniemi dem Begriff der Methode auch denjenigen des Stils gegenüber.¹³⁷ Koskenniemi rekurriert auch auf den Begriff der Sprache, den Cover in der Erläuterung der Rolle staatlichen Rechts heranzieht.¹³⁸ Der Stil und seine sprachliche Disposition erlauben es, die Welt in einem spezifischen Horizont zu sehen. Jeder Stil und so auch der formale macht bestimmte Gesichtspunkte sichtbar, verdeckt aber auch andere. Vor diesem Hintergrund ist seine emanzipatorische Kraft immer auch abhängig von der Situation, in der auf ihn rekurriert wird. Formalität ist kein übergeschichtliches Patentrezept, sondern so weit erhellend und befreiend, wie sie in der konkreten Konstellation Abstand von ideologischen Voraussetzungen zu gewinnen erlaubt, den Blick für andere Perspektiven öffnet und diese anderen Perspektiven ebenfalls in ihrer Relativität begreiflich macht. Wie jeder Stil wird auch ein Formalismus oppressiv, wo seine kulturelle und geschichtliche Geformtheit und Relativität aus dem Blick rückt und er als strikt objektive Methode erscheint.

Territorial Administration and the Management of Decolonization«, *The International and Comparative Law Quarterly* 59 (2010), S. 227–249. Vgl. dort insbes. S. 245ff.

¹³⁴ Dass Macht unhintergehbar zerstreut ist, sich derart nicht auf Subjekte zurückführen lässt, sondern diese durchzieht und allererst konstituiert, ist bekanntlich ein Kerngedanke von Foucaults Machtanalytik.

¹³⁵ M. Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations*, a.a.O., S. 500 u.ö. (Übers. BV).

¹³⁶ Zum bewusst »paradoxen« Charakter der Formel vgl. M. Koskenniemi, »Interview: Martti Koskenniemi on International Law and the Rise of the Far-Right«, Interview von D. van den Meerssche, <http://opiniojuris.org/2018/12/10/interview-martti-koskenniemi-on-international-law-and-the-rise-of-the-far-right/> (letzter Zugriff: 21.02.2021).

¹³⁷ M. Koskenniemi, »Style as Method: Letter to the Editors of the Symposium«, in: *The Politics of International Law*, a.a.O., S. 294–306.

¹³⁸ Ebd. Vgl. zu Cover oben Fn. 45.

Die genuine Potenz rechtlicher Formalität bezeichnet Koskenniemi im Anschluss an Kant mit dem klassischen Begriff der Allgemeinheit (»universality«).¹³⁹ Der formale Diskurs schafft Distanz von unseren unmittelbaren Zielen in einer Sprache und Logik, die konkrete Zwecke als Momente einer allgemeinen Ordnung reformuliert. In der formalen Artikulation kommen Forderungen nicht einfach als private Anliegen und Leidenserfahrungen nicht nur als individuelles Übel, sondern eben als allgemein-objektive Gebote und Verletzungen in Betracht. So drängt uns der formale Diskurs dazu, Ansprüche auf allen Seiten gleichermaßen zu reflektieren, andere beachtliche Gesichtspunkte angemessen einzubeziehen und vor allem auch der Stimme des Anderen Gehör zu schenken. Die Formalität widersteht dabei wesentlich der Festlegung auf eine substantielle Konkretisierung. Darin liegt ihre Potenz zum Ausdruck der uneinholbaren Offenheit, Negativität und also Geschichtlichkeit des Allgemeinen. Gegenüber jedem substantiellen Anspruch erinnert das Formale durch seine Nichtidentität mit der substantiellen Konkretisierung, dass das Streben nach Allgemeinheit darin nicht zum Abschluss kommt. Es wird ein Raum zum Widerstand gegen die Verabsolutierung bestimmter Werte und Ziele geöffnet, zum Ausdruck fortgehenden Unrechts und ausgeschlossener Ansprüche.

Bei all diesen Chancen des formalen Diskurses bleibt immer zu beachten, dass Formalität keine Garantie emanzipatorischer Dynamiken darstellt. Rechtliche Formalität war und ist immer wieder Medium der Zementierung herrschender Verhältnisse und der Exklusion existentieller Anliegen. Auch wo die formale Praxis befreiende Potentiale entfaltet, kann sie nicht jeden Anspruch in all seinen Facetten und seinem ganzen Gewicht adäquat ausdrücken.¹⁴⁰ Das Versprechen einer bewussten Formkultur im Unterschied zu einem mechanischen Formalismus besteht eben darin, das Formale als eine begrenzte gesellschaftliche Praxis zu reflektieren und immer neu aus der Erfahrung der konkreten Situation verantwortungsvoll zu pflegen.

Die Ausführungen Bäumlins und Koskenniemis zur Bedeutung rechtlicher Formalität bringen vor allem die Praxis professioneller Akteur:innen

¹³⁹ M. Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations*, a.a.O., S. 500ff. Vgl. auch ders., »Cosmopolitanism as Mindset«, a.a.O. Konkretisiert hat Koskenniemi dieses Formalitätsideal in dem von ihm hauptverantworteten ILC-Bericht zum Fragmentierungsproblem: *Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law*, Bericht der Arbeitsgruppe der International Law Commission, finalisiert von M. Koskenniemi (2006, UN Doc. A/CN.4/L.682).

¹⁴⁰ Vgl. M. Koskenniemi, »Faith, Identity, and the Killing of the Innocent: International Lawyers and Nuclear Weapons«, in: *The Politics of International Law*, a.a.O., S. 198–218; ders., »Style as Method«, a.a.O., S. 302f., 305f. Koskenniemis Überlegungen sind in diesem Punkt inspiriert von Lévinas. Vgl. im erstgenannten Text S. 211, Anm. 35.

in den Blick. Mit der Erläuterung des Formalen als Kultur wird aber auch deutlich, dass die Entfaltung der formalen Optik von breiteren gesellschaftlichen Austauschprozessen getragen ist. Institutionelle Strukturen und ein juristischer Berufsstand sind wichtige Grundlagen der Herausbildung und Pflege einer stabilen und differenzierten Formkultur. Mit ihren Praktiken gestalten die institutionellen und professionellen Kräfte aber Erfahrungs-, Handlungs- und Diskursräume, in die auch die übrigen Glieder der Gesellschaft involviert sind. Durch ihre Teilnahme an diesen Räumen bilden und formen auch diese Teile der Gesellschaft die rechtliche Formkultur. Die Einschreibung der formalen Perspektive in den gesamtgesellschaftlichen Alltag ist ja auch ein wichtiger Aspekt der Pathologien des Rechtsformalismus. In diesem breiteren gesellschaftlichen Rahmen kommt aber auch die emanzipatorische Kraft des Formalen zum Tragen.¹⁴¹

Die afroamerikanische Autorin Patricia Williams hat in einem Aufsatz zur Rechtekritik der *Critical Legal Studies* diese befreiende Kraft des Formalen im gesellschaftlichen Alltag eindrücklich geschildert. Auch Williams verwirft die Kritik keineswegs. Sie teilt die Grundanliegen der *Critical Legal Studies*, beklagt aber gerade aus dieser Warte mangelnde Differenzierung in der Kritik der Rechte. Ihr Unbehagen leitet der Eindruck, dass die Kritik die Erfahrung der afroamerikanischen Bevölkerung unzureichend reflektiert. Während die meisten Weißen in den USA soziale Beziehungen aus einer Grunderfahrung des Selbstbesitzes erlebten, sei die dominierende Ausgangserfahrung selbst privilegierter Schwarzer oft diejenige »physischer und psychischer Enteignung«.¹⁴² Plastisch schildert Williams aus ihrem eigenen Erleben, wie anders sich vor diesem Hintergrund die Formalität rechtlicher Beziehungen darstellt. Am Beispiel zweier Wohnungsmietverhältnisse erläutert sie, wie sich ihr die gleichen formalen Rechtsbeziehungen, die für einen weißen Kollegen eine entfremdende Verarmung und Entstiftlichung konkreter Sozialverhältnisse bedeuteten, als Schlüssel zu Beziehungen in gegenseitigem Respekt und Vertrauen präsentierten. Entfremdung drohte für sie umgekehrt gerade im Fehlen formaler Beziehungen. Grundsätzlicher beschreibt Williams, wie sich für Schwarze angesichts einer Geschichte der Ausbeutung, Objektivierung, der Distanz- und Namenlosigkeit im Status formaler Rechte ein Versprechen

¹⁴¹ Vgl. S. Loidolt, »Order, experience, and critique: The phenomenological method in political and legal theory«, *Continental Philosophy Review* (2021), <https://link.springer.com/article/10.1007/s11007-021-09535-y> (letzter Zugriff: 09.03.2021), Kap. 3.1. Loidolt identifiziert überzeugend die Erhellung dieser weltbildenden Kraft rechtlicher Formalität in ihren negativen *und* positiven Aspekten als wichtiges Potential einer phänomenologischen Betrachtung des Rechts.

¹⁴² P. Williams, »Alchemical Notes«, a.a.O., S. 405 (Übers. BV).

der Autonomie und der gesellschaftlichen Teilhabe auftat. Die Defekte der Formalität und spezifisch formaler Rechte seien nicht im Wesen des Formalen zu suchen, sondern in einer verengten Konstruktion. In der »historischen Alchemie der Rechte im schwarzen Leben«, der Redefinition aus den Unrechtserfahrungen der Afroamerikaner:innen, offenbaren die Rechte eine existentiell emanzipatorische Verheißung.¹⁴³ Sie drängen auf eine Ausweitung zugunsten des noch Namenlosen und Entrechteten in und außerhalb der menschlichen Natur und auf eine Umwendung von der exklusiven Selbstsorge zur zivilen Gemeinschaft mit dem Anderen.

Williams' bewegender Essay ist in vieler Hinsicht bemerkenswert. Sie stellt anschaulich dar, wie die formal eröffneten Beziehungsräume mittendrin im gesellschaftlichen Leben suppressive gesellschaftliche Ideologien aufbrechen, das rechtliche Bewusstsein erweitern und ein Zusammenleben über gesellschaftliche Segregationslinien hinweg stabilisieren können. Dabei verdeutlicht Williams aber auch nochmals, dass Formalität aus sich selbst keineswegs die Entfaltung dieser Potentiale garantiert. Das Formale muss reflektiert werden in einem kulturellen Horizont, der den emanzipatorischen Sinn aktualisiert. Besonders beachtlich gerade im vorliegenden Zusammenhang ist auch, dass Williams' Ausführungen mit der Wendung zum Anderen schließen. Der Anspruch offener Allgemeinheit, den eine Kultur des Formalismus Koskeniemi zufolge wachhalten kann, ist im Kern der Appell des Anderen.

4.2.3 Das Öffentliche

Der dritte, gleichsam übergreifende Leitbegriff in Covers Kritik der herrschenden Rechtsparadigmen ist derjenige des Staates. Oft bezeichnet Cover die problematisierte Gegenposition schlicht als »etatistisch«.¹⁴⁴ Er moniert im Kern, dass Recht auf die gewaltgesicherte staatliche Sanktionierung reduziert wird, während andere gesellschaftliche Prozesse der Rechtsformung ausgeklammert werden. Die Diskussion des Institutionellen und Formalen fügt sich in diese Unterscheidung ein. Die beiden Kategorien heben charakteristische Merkmale des staatlichen Rechts heraus und setzen diese von typischen Zügen nicht-staatlicher Rechtsformung ab. Sie bezeichnen aber beide keine Phänomene, die nur im Staat zu finden wären. Sowohl institutionell organisiert als auch formalisiert mitsamt aller Pathologie gefahren kann auch die Rechtserzeugung nicht-staatlicher Verbände sein. Covers Kritik wendet sich aber zumindest in erster Linie spezifischer gegen diese Elemente als Aspekte des staatlichen Rechts.

¹⁴³ Ebd., S. 406 (Übers. BV).

¹⁴⁴ R. Cover, »Nomos and Narrative«, a.a.O., S. 33 u.ö. (Übers. BV).

Angesichts der hoheitlichen Stellung gewinnen die Probleme, aber auch die Potentiale der beiden Aspekte im Recht des Staates eine andere Tragweite. Gleichzeitig reicht Covers Kritik weiter. Sie betrifft die etatistische Verkürzung des Rechts auch jenseits des institutionellen und formalen Moments. Cover wendet sich grundsätzlich gegen die Unterstellung eines normativen und nicht bloß faktischen Privilegs der staatlich definierten Rechtsanschauung. Es mag im konkreten Fall gute Gründe für den Vorrang einer staatlichen Entscheidung geben. Diese verstehen sich aber nicht von selbst und sind angesichts der konstitutiven Pluralität der Rechtsauffassungen wesentlich umstritten. Gewalt und Ideologie leisten einem Etatismus Vorschub, der die konstitutive normative Zweifelhaftigkeit der staatlichen Autorität verdrängt.

Die Rede vom Staat kann wie erwähnt irreleiten, weil Staaten in einer zunehmend transnational strukturierten Rechtsordnung nur einen begrenzten Teil des öffentlich sanktionierten Rechts in weitgehender Autonomie festlegen. Immer größeres Gewicht kommt supra- und transnationalen Organisationen zu. Auch überlappen und beeinflussen staatliche Ordnungen einander vermehrt. Covers Etatismus-Kritik trifft nicht nur die Rolle des Staates in diesem Gefüge, sondern die Gesamtheit der öffentlichen Institutionenordnung. Im amerikanischen Kontext der 1980er-Jahre – der Rechtsordnung einer Supermacht mit großem Territorium vor den Globalisierungsschüben ab 1989 – lag es natürlich nahe, die Argumentation auf die Staatsordnung zu beschränken. Damit sollte der Staat nicht von öffentlichen Institutionen auf überstaatlicher Ebene abgegrenzt, sondern als paradigmatische Instanz öffentlicher Ordnung herangezogen werden. Der Sache nach sind damit auch supra- und internationale Instanzen öffentlicher Ordnungsmacht angesprochen, denen unter den heutigen Bedingungen eines verstärkt grenzüberschreitend organisierten Rechts gesteigerte Bedeutung zukommt. Daher wurde im Vorigen öfter allgemeiner von öffentlichen Institutionen gesprochen. Diese Redeweise kann ebenfalls irreführen, weil in vielen Ländern auch gewisse Institutionen des gesellschaftlichen Lebens (insbesondere Religionsgemeinschaften, Kultureinrichtungen und Medien) öffentlich verfasst sind. Es dürfte aber hinlänglich herausgestellt worden sein, dass hier im Anschluss an Kants Rede vom öffentlichen Recht lediglich die Einrichtungen der politischen Ordnung angesprochen sind. Die alleinige Rede vom Staat wäre noch missverständlich. Wenn der Staatsbegriff hier verwendet wird, ist er in der Regel als Paradigma des grenzüberschreitenden Institutionenzusammenhangs öffentlichen Rechts zu lesen.

Wir haben gesehen, dass Cover in seinen Schriften dem Staat trotz aller Kritik durchaus eine genuine Bedeutung zuerkennt. Die öffentliche Ordnung sichert ein friedliches Zusammenleben und ermöglicht mit ihrer Hoheitsgewalt erst eine umfassende Weltgestaltung des Rechts. Gerade die weltanschauliche Differenz innerhalb einer offenen Gemeinschaft

wird durch die normativ enthaltsamen Staatsordnungen der westlichen Moderne gesichert. Immer wieder bietet Cover auch Hinweise auf die Potenz des Staates, Reflexionsprozesse anzustoßen und die pluralen Perspektiven in einen produktiven Austausch zu bringen. Diese Kultivierung der Indirektheit, des Umwegs über die Auseinandersetzung mit anderen Stimmen und die kollektive Durchführung formaler Verfahren, wird zwar mit institutionellen, prozeduralen und formalen Zügen in Verbindung gebracht, die nicht notwendig öffentlich-politische Instanzen voraussetzen. Auch ein religiöses Gericht kann beispielsweise die Tugenden der Indirektheit aktualisieren, die Cover mit dem rechtlichen Verfahren assoziiert. Gleichzeitig tritt in Covers Argumentation aber doch eine Anlage des Staates und insbesondere modern-säkularer Staatswesen hervor, diese Reflexionsprozesse bedeutend zu vertiefen. Insbesondere in den Ausführungen zur fundamentalen Rolle des *First Amendment* bezeichnet Cover zumindest implizit das spezifische Potential einer weltanschaulich offenen Ordnung, die gemeinschaftliche Rechtsreflexion für grundlegend divergierende Perspektiven, ultimativ sogar die vermeintliche oder reale Zurückweisung der Staatsordnung selbst, offenzuhalten.

Diese produktive Rolle in der Rechtserzeugung deutet sich aber nur sehr selten als Eigenheit des Staates an. In dem allgemeinen Bild, das Cover zeichnet, scheint sich die positive Bedeutung des Staates auf die tragische Notwendigkeit gesellschaftlicher Friedenssicherung zu beschränken. Die politische Ordnung limitiert die pluralistische Rechtsformung, um eine Koexistenz gesellschaftlicher Gruppen zu gewähren, die einander andernfalls gewaltsam verdrängen und überwältigen würden. Ihre Leistung ist charakteristisch jurispathisch, nicht jurisgenerativ. Würden sich die gesellschaftlichen Glieder in ihren unterschiedlichen Überzeugungen nicht gegeneinander wenden, wäre der Staat – so kann es scheinen – entbehrlich. Die rechtliche Sinnsschöpfung würde damit nichts verlieren, sondern sich im Gegenteil besser entfalten. Der Verweis auf den Anarchismus unterstreicht dieses Bild.

Der prägnanteren Staatskepsis steht ein verkürzend positives Bild vom gesellschaftlichen Leben gegenüber. Zwar erörtert Cover, wie wir gesehen haben, die Tendenz gesellschaftlicher Bewegungen und Gemeinschaften, Differenz intern und nach außen zu unterdrücken. Eine bedeutende Limitierung besteht aber darin, dass sich seine Beschreibung gesellschaftlicher Rechtsformung weitgehend auf zivilgesellschaftliche Gruppierungen konzentriert, namentlich Religionsgemeinschaften und politische Bewegungen. Andere Bereiche des gesellschaftlichen Lebens, insbesondere wirtschaftliche Zusammenhänge und generell nutzen- und bedürfnisorientierte Vorgänge, kommen dagegen kaum zur Sprache. Diese Fokussierung hat gute sachliche Gründe. Cover behauptet auch nicht, dass sich das gesellschaftliche Leben darin erschöpfen würde. Trotzdem ergibt sich daraus eine verzerrende Perspektive auf die nicht-staatliche

Realität und ihr Verhältnis zur Staatsgewalt. Der Einfluss privater Ziele und Interessen, wirtschaftlicher Macht und nicht-staatlicher Gewalt-potentiale kommt nur unzureichend in den Blick. Die gesellschaftliche Rechtsbildung scheint kaum von diesen Gesichtspunkten beeinträchtigt oder gefährdet zu werden. Als Problem gesellschaftlicher Rechtskonstruktion kommen dann vor allem ideologische Verirrungen in Betracht, die allenfalls vermittelt Faktoren privater Macht implizieren. Staatliche Interventionen werden nicht deutlich auf die von diesen Faktoren ausgehenden Gefahren bezogen. Erst deshalb erscheint der Staat in so schroffer Opposition zu den zivilgesellschaftlichen Sinnbildungsprozessen. Diese Prozesse allein scheinen die soziale Wirklichkeit darzustellen, die der Staat zu ordnen versucht.

Auch mit Blick auf den Staat beziehungsweise die öffentliche Gewalt generell bietet die Zuspitzung von Covers Kritik ein wichtiges Korrektiv gegenüber dem herrschenden Diskurs. Oft wurde und wird Recht selbstverständlich als Ausfluss der Staatsgewalt präsentiert. Im europäischen und vor allem im deutschen Diskurs sind etatistische Prämissen besonders ausgeprägt.¹⁴⁵ Gerade hier kann Covers aus der amerikanischen und der jüdischen Erfahrung entwickelte Perspektive irrite Einseitigkeiten zutage fördern. Die tief eingewurzelte Privilegierung des Staates im modernen Rechtsdiskurs wird durch Covers radikalen Perspektivenwechsel prinzipiell der Selbstverständlichkeit entrissen. Covers Hinwendung zur Zivilgesellschaft korrigiert zugleich die Tendenz, das gesellschaftliche Leben auf Dynamiken der Interessenverfolgung zu verengen. Diese Abhebung kultureller Sinnbildung von der bloßen Interessenverfolgung in der Gesellschaft zeichnet Covers Analysen gegenüber anderen rechtspluralistischen und rechtsrealistisch geprägten Perspektiven auf die Rolle des Staates aus.

Gerade auch unter dem Gesichtspunkt des Staatlichen konvergieren die tragenden Anliegen Covers erheblich mit denjenigen Bäumlins. Auch in Bäumlins Theorie bildet die Kritik einer Überhöhung des Staates über das gesellschaftliche Leben eine zentrale Pointe. Bäumlin entwickelt dies vor allem in der Konfrontation obrigkeitstaatlicher Prämissen des bundesrepublikanischen Diskurses mit dem schweizerischen Republikanismus, beruft sich aber auch hier immer wieder auf das Beispiel der USA.¹⁴⁶ Vor diesem Hintergrund kritisiert er die entfremdende Konstruktion des Staates als autonome Gewalt jenseits der Gesellschaft und postuliert seine fortwährende Einbindung in die pluralistischen Deutungsprozesse der Gesellschaft. Wie Cover expo-niert Bäumlin dabei insbesondere die zwanghafte Identitätsprätention,

¹⁴⁵ Vgl. für eine systematische Kritik etatistischer Interpretamente im deutschen Verfassungsrecht C. Möllers, *Staat als Argument*, 2. Aufl., München 2011.

¹⁴⁶ Vgl. R. Bäumlin, »Der schweizerische Rechtsstaatsgedanke«, a.a.O.

die eine verselbständigte Staatsgewalt entfaltet. Klassischen Attributen und Erläuterungen des Staates wie dem Souveränitätsbegriff, dem Einheitsgedanken und der Lehre von der Rechtspersönlichkeit des Staates ist dieses Identitätsideal deutlich eingeschrieben.¹⁴⁷ Dagegen streicht Bäumlin den zwischenmenschlichen Charakter des Rechts heraus, der schon in der Darstellung seines Institutionenverständnisses angesprochen wurde. Ausdrücklich rekurriert Bäumlin auf den Begriff der »civil society«, um die Zusammengehörigkeit von Staat und Gesellschaft gegen herrschende Prämissen der deutschen Diskussion zu plausibilisieren.¹⁴⁸

Der Opposition gegen die *Trennung* von Staat und Gesellschaft fügt Bäumlin aber sogleich den dezidierten Hinweis auf die kritische Bedeutung der *Unterscheidung* von Staat und Gesellschaft hinzu.¹⁴⁹ Der Distanz des Staates wird dabei nicht nur unter den Aspekten institutioneller und formaler Verfasstheit Relevanz zuerkannt. Die Würdigung der spezifischen Rolle des Staates beschränkt sich auch nicht auf diejenige der Sicherung friedlicher Koexistenz und der Ermöglichung einer allgemein verbindlichen und umfassend durchgesetzten Rechtskonkretisierung. Bäumlin macht auch eine entscheidende produktive Funktion des Staates in der Rechtsverwirklichung namhaft. Im Staat und anderen öffentlichen Institutionen konkretisiert sich die Idee eines Gemeinwohls, das über jeden besonderen Zweck gesellschaftlicher Assoziationen hinausgeht und den unterschiedlichen Anliegen in einem Gebiet angemessen Rechnung trägt. In diesem Ausgriff auf das Ganze in seiner Offenheit unterscheiden sich die öffentlichen Institutionen von institutionellen Strukturen und Formalisierungspraktiken, die an besondere Assoziationen gebunden bleiben. Dergestalt vergegenwärtigt der Staat als *res publica* die Aufgabe des Rechts, wie Bäumlin darlegt. Seine Distanz von der Gesellschaft markiert die geschichtliche Uneinholbarkeit der Rechtsidee. Ihre Verwirklichung unter endlichen Wesen bedarf einer Entäuscherung und Verstetigung, die uns in ihrer gesellschaftlichen Verfasstheit anhaltend als ein Fremdes beziehungsweise Nichtidentisches oft auch wider unsern unmittelbaren Willen gegenübertritt. Darin befähigt uns der Staat, den Gemeinwohlstandpunkt im Zusammenwirken mit Anderen kontinuierlich und immer neu einzunehmen, durch offizielles Amtshandeln, aber auch im Mandat der einfachen Bürger:in.¹⁵⁰ Darin entlastet er uns aber auch von dem Anspruch, im Standpunkt der Allgemeinheit aufzugehen. Er bietet uns Räume der Privatheit, in denen wir unseren besonderen Interessen nachgehen können, die uns aber auch erlauben,

¹⁴⁷ Vgl. R. Bäumlin, *Recht, Staat und Geschichte*, a.a.O., S. 18ff.

¹⁴⁸ R. Bäumlin, »Der schweizerische Rechtsstaatsgedanke«, a.a.O., S. 88.

¹⁴⁹ Ebd., S. 89f.

¹⁵⁰ R. Bäumlin, *Recht, Staat und Geschichte*, a.a.O., S. 47f. Bäumlin lehnt sich an den Mandatsbegriff Dietrich Bonhoeffers an.

das staatliche Gemeinwesen in seiner Relativität zu durchschauen und derart fortzupflegen. Vor allem erinnert die kritische Transzendenz des Staates aber, dass seine Wirklichkeit weder in einer privaten noch irgend-einer amtlichen Handlung zu Abschluss und Einheit kommt, sondern als unendliche Aufgabe stetiger Fortgestaltung bedarf.¹⁵¹ Aus verantwortungsvoller Rücksicht auf die Pluralität öffentlicher Ansprüche, auf das Ausgeschlossene, Ungesehene und Unbedachte, sind die öffentlichen Institutionen immer neu zu aktualisieren.

Der Gemeinwohlzweck des Staates und generell des Öffentlichen ist notorisch schwer zu greifen. Im deutschen Begriff des Öffentlichen wird diese konstitutive Offenheit deutlich angezeigt. Bei Bäumlin tritt sie vor allem als geschichtliche Zukunftsoffenheit, aber auch als Implikation uneinholbarer Pluralität hervor. In den letzten Jahrzehnten hat sich uns insbesondere auch die räumliche und personale Entgrenztheit des Öffentlichen mit neuer Evidenz aufgedrängt, auf die Kant so nachdrücklich hingewiesen hat. Die öffentliche Verantwortung lässt sich nicht auf die Grenzlinien eines bestimmten Territoriums oder die Zugehörigkeit zu einem distinkten Volk festlegen. Sie bewegt sich in einem Raum, der sich mit den Horizonten unseres Handelns und Erfahrens verändert und deshalb seinerseits immer neuer und wechselnder Bestimmung bedarf.¹⁵² Auch realisieren wir allmählich klarer, dass sich das Gemeinwohl nicht auf die Interessen der Menschheit beschränkt, sondern alles betrifft, was uns angeht und zur Verantwortung ruft.¹⁵³ Namentlich fordert auch die nicht-menschliche Natur öffentliches Interesse, nicht nur als Umwelt des Menschen, sondern in ihrer eigenen Dignität. Diese Ungreifbarkeit verleiht der Vergegenständlichung des Öffentlichen in spezifischen Institutionen gesteigerte Bedeutung. Sie ermöglichen es, uns der Wirklichkeit desselben trotz seiner Flüchtigkeit zu vergewissern.

Auch dieses Desiderat des Sichtbarwerdens kommt im Öffentlichkeitsbegriff zum Ausdruck. Der Terminus verweist auch auf ein Offenbares, etwas, das allen zugänglich in Erscheinung tritt.¹⁵⁴ In der intensiven philosophischen Diskussion des 20. Jahrhunderts zum Begriff des Öf-

¹⁵¹ R. Bäumlin, »Der schweizerische Rechtsstaatsgedanke, a.a.O., S. 90.

¹⁵² Vgl. J. Dewey, *Die Öffentlichkeit und ihre Probleme*, a.a.O.

¹⁵³ Die Rede von dem, was uns angeht, schließt frei an Tillichs berühmte, dem Barth'schen Alteritätsdenken bei allen Differenzen verwandte Bestimmung des theologischen Gegenstands an: »Der Gegenstand der Theologie ist das, was uns unbedingt angeht.« P. Tillich, *Systematische Theologie*, Bd. 1, 3., überarbeitete Aufl., Stuttgart 1956, S. 19f. (im Original kursiv).

¹⁵⁴ Vgl. zur Akzentuierung dieses Elements in der deutschen Bezeichnung und den begriffsgeschichtlichen Implikationen L. Hölscher, Art. »Öffentlichkeit«, in: *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, hg. v. O. Brunner u.a., Studienausgabe, Stuttgart 2004, Bd. 4, S. 413–463.

fentlichen wurde verschiedentlich auf dieses Erfordernis hingewiesen. Namentlich John Dewey und Hannah Arendt haben diesen Aspekt in ihren klassischen Beiträgen mit unterschiedlichen Akzenten herausgestellt. Deweys Erörterung ging bereits vor einem Jahrhundert von der heute wieder hochaktuellen Beobachtung einer rapiden Ausweitung, Verdichtung und Komplizierung gesellschaftlicher Abhängigkeiten aus, die wir diffus und immer dringlicher spüren, aber nicht klar zu erfassen und gemeinschaftlich zu bearbeiten vermögen. Die historische Entwicklung habe eine sachlich und geographisch weit über die überkommenen Kommunen politischen Lebens hinausreichende »Große Gesellschaft« gezeigt, die wir noch nicht als »Große Gemeinschaft« erfahren und gestalten können.¹⁵⁵ Die vertrauten öffentlichen Institutionen stünden dieser gemeinschaftlichen Gestaltung der allgemeinen Zusammenhänge oft eher im Wege, als sie zu befördern. Sie vertieften das Gefühl der entfremdeten Autonomie dieser Zusammenhänge. Das Öffentliche als Horizont gemeinschaftlicher Gestaltung der allgemeinen Verhältnisse sei »formlos«¹⁵⁶, »unartikuliert«¹⁵⁷ und »zerstreut« in viele unkoordinierte Bruchstücke.¹⁵⁸ Die zentrale Herausforderung für die Wiedergewinnung einer lebendigen demokratischen Öffentlichkeit besteht nach Deweys Überzeugung darin, das Öffentliche in seiner integrierenden Ganzheit, das sich in seiner konstitutiven geschichtlichen Offenheit laufend wandelt, in der Gegenwart wieder »zu finden und zu identifizieren«.¹⁵⁹ Hierfür bedarf es gemeinsamer »Zeichen und Symbole«, die uns befähigen, das Öffentliche kommunikativ zu begreifen und zu gestalten, und eine dauerhafte Verbundenheit erzeugen.¹⁶⁰ Die primäre Ressource des Sinns für das Allgemeine verortet Dewey weiter in den kleinräumig lokalen Beziehungen, in denen wir die Rücksicht auf gemeinschaftliche Interessen konkreter, tiefer und verbindlicher erfahren und erlernen als in den oft anonymen, vermittelten und diffuseren Verflechtungen weiterer Gesellschaftsverhältnisse.¹⁶¹ Um diesen Sinn aber angemessen zu entfalten und nicht in sein Gegenteil exklusiver Selbstbehauptung zu verkehren, sind wir auf einen semantischen Horizont angewiesen, der uns in Austausch und Kooperation über die verflochtenen Gemeinschaften hinweg konkret um das Allgemeine besorgt sein lässt.

Hannah Arendts Ausführungen verdeutlichen, dass sich dieser Erscheinungshorizont nicht in ideellen Referenzen erschöpfen kann, sondern

¹⁵⁵ J. Dewey, *Die Öffentlichkeit und ihre Probleme*, a.a.O., S. 91, 112 u.ö. (im Original kursiv).

¹⁵⁶ Ebd., S. 124.

¹⁵⁷ Ebd., S. 116.

¹⁵⁸ Ebd., S. 137.

¹⁵⁹ Ebd., S. 179.

¹⁶⁰ Ebd., S. 124.

¹⁶¹ Vgl. ebd., S. 175ff.

einen realen Erfahrungs- und Handlungsraum impliziert. Die Wirklichkeit des Öffentlichen erschließt sich, indem es der Allgemeinheit in der dinglichen Welt erscheint. Es erscheint dabei distinkt als ein Gemeinsames, auf das ich mich mit Anderen beziehe, die es je unterschiedlich sehen. Wir bilden es im Miteinander dieser pluralen Perspektiven auf eine geteilte Welt. Als äußerstes Beharrliches in der Welt weist es über unsere Lebenszeit und diejenige der gegenwärtigen Gesellschaft hinaus. Es präsentiert sich als ein Raum, in den wir eintreten, den wir wieder verlassen und der uns mit einer zeitlich und örtlich entgrenzten Gemeinschaft verbindet. In dieser weltlichen Konkretisierung offener Pluralität aktualisiert sich die spezifische Allgemeinheit des Öffentlichen als Forum befreiernder Überschreitung gesellschaftlicher Interessenkoordination.¹⁶²

Arendts Einsichten zur Angewiesenheit des Öffentlichen auf reales Erscheinen wurden in den vergangenen Jahren in Bonnie Honigs Buch *Public Things* aufgegriffen und anregend weitergedacht.¹⁶³ Honigs Titel verweist unmissverständlich auf den lateinischen Begriff der *res publica*, zu Deutsch »öffentliche Sache«, der auch Hannah Arendts Überlegungen inspiriert haben dürfte. In der Tat ist ja bemerkenswert, dass im Begriff der Republik der Rekurs auf eine »Sache« oder eben ein »Ding« steckt. Honig fragt nun vor dem Hintergrund weitreichender Privatisierung unter dem Anliegen effizienter öffentlicher Verwaltung in den vergangenen Jahrzehnten, wieweit eine lebendige demokratische Öffentlichkeit das alltägliche Erleben und Gestalten öffentlicher Dinge und Räume voraussetzt. Geht die Bedeutung der Existenz öffentlicher Dinge – Plätze, Gebäude, aber beispielsweise auch Züge, Briefkästen oder Telefonzellen – über ihre unmittelbare Funktion hinaus? Offenbart sich hier eine Gefahr rastloser Privatisierung, die selbst dann akut bliebe, wenn der Privatisierungsprozess kühnste Hoffnungen der Effizienzsteigerung einlösen würde? Honig bejaht dies. Die Erfahrung öffentlicher Gegenstände ist fundamental, um das zivile Gemeinwohlstreben zu motivieren, zu pflegen und zu stabilisieren.

¹⁶² Vgl. H. Arendt, *Vita Activa, oder Vom Tätigen Leben*, 14. Aufl., München/Zürich 2014, S. 62ff. Siehe zur Allgemeinheit des Öffentlichen auch die oben zitierte Vorlesung zum politischen Urteilen nach Kant: dies., *Das Urteilen*, a.a.O. Vgl. zur oft vernachlässigten Bedeutung des Erscheinungsaspekts in Arendts politischer Philosophie S. Loidolt, *Phenomenology of Plurality. Hannah Arendt on Political Intersubjectivity*, New York/Abingdon 2018. Skeptischer mit Blick auf die phänomenologischen Implikationen von Arendts Öffentlichkeitsbegriff S. Benhabib, *Hannah Arendt. Die melancholische Denkerin der Moderne*, erweiterte Ausgabe, übers. v. K. Wödemann, Frankfurt 2006, S. 200ff.

¹⁶³ B. Honig, »The Politics of Public Things. Neoliberalism and the Routine of Privatization«, *No Foundations* 10 (2013), S. 59–76; dies., *Public Things. Democracy in Disrepair*, New York 2017.

In ihren Erwägungen verbindet Honig die Hinweise Arendts mit Winnicotts psychoanalytischer Lehre vom Übergangsobjekt. Als Übergangsobjekte bezeichnet Winnicott existentiell aufgeladene Gegenstände, mit denen Kinder ein differenziertes Bewusstsein von sich selbst, der Welt und den Mitmenschen in ihrer jeweiligen Autonomie und wechselseitigen Abhängigkeit entwickeln. Klassische Fälle sind Stofftiere oder auch Bettdecken. Die entsprechenden Objekte kennzeichnen eine Vermischung von subjektivem Innenleben und objektiver Außenwelt, von Imagination und Rezeption. Im spielerischen Umgang mit diesen Gegenständen erlernen Kinder allmählich, die Unabhängigkeit der Außenwelt anzuerkennen und Vorstellungen der Einheit mit der Welt und der Kontrollmacht darüber aufzugeben. Nach Winnicotts Dafürhalten wird dieser transitorische Erfahrungsmodus zwischen Innen- und Außenwelt im späteren Leben nicht einfach aufgegeben. Er löst sich von spezifischen Objekten und setzt sich fort im breiteren Feld der Kultur, insbesondere in Kunst, Spiel und Religion.¹⁶⁴

Der Rekurs auf Winnicotts Theorie ist instruktiv, um die nicht-instrumentelle, expressive Bedeutung der uns umgebenden Dingwelt zu erfassen. Der Blick auf das Phänomen der Übergangsobjekte erinnert uns anschaulich, wie tief unser existentielles Selbst- und Weltverhältnis über die Erfahrung von Dingen vermittelt ist. Er erhellt, wie weit die Realität vieler Gegenstände über ihre physikalischen Eigenschaften hinausgeht, wie sich dabei Äußerlichkeit und Innenleben zwar differenzieren lassen, aber unhintergehbar verwoben sind. In dieser Disposition ermöglichen uns die Dinge einen stabilen Realitätssinn. Die Rezeption der Psychologie vergegenwärtigt uns außerdem, dass dieser Sinn nicht nur auf intellektuellen, sondern in erheblichem Maße auch auf psychischen Bedingungen aufruht. Ein stabiles dingliches Umfeld, das wir in zugewandter Interaktion mit Anderen mit Bedeutung versehen können, bietet nicht einfach die Grundlage, um die Welt in ihrer unverfügaren Äußerlichkeit zu erkennen, sondern auch und in eins damit, um sie als solche ertragen und annehmen zu können. Nur mit dieser Anerkenntnis ist die Erkenntnis möglich. Im Umgang mit den bedeutungsvollen Dingen können wir Vertrauen ausbilden, dass die Welt trotz ihrer unkontrollierbaren Eigenständigkeit ein entgegenkommendes Umfeld bietet. Durch die vielfältigen Konstellationen, in denen wir uns mit Anderen zu den Gegenständen verhalten, können wir die Fähigkeit entwickeln, uns in der Verschränkung von Differenz und Abhängigkeit frei und verantwortungsvoll zu bewegen. Die Ausbildung dieser Kompetenzen zehrt Winnicott zufolge insbesondere von einer gewissen Kontinuität der umgebenden Dingwelt,

¹⁶⁴ Vgl. D. Winnicott, »Transitional Objects and Transitional Phenomena – A Study of the First Not-Me Possession«, *International Journal of Psycho-Analysis* 34 (1953), S. 89–97.

die vom sozialen Umfeld förderlich mitgetragen wird.¹⁶⁵ Diese Kontinuität und das kollektive Teilen der Dingerfahrung sind keineswegs nur für die Kleinkinderfahrung bedeutsam, sondern bezeugen ihr Gewicht gerade auch in Kulturpraktiken des Erwachsenenlebens.

Im Anschluss an diese Einsichten bringt Honig überzeugend vor, dass die Erfahrung, gemeinsame Nutzung und Pflege öffentlicher Dinge und Räume eine entscheidende Grundlage dafür bildet, einen lebendigen Sinn für das Öffentliche auszubilden und zu erhalten. Die konkrete Begegnung des Öffentlichen trägt die Erkenntnis und vertrauensvolle Bejahung desselben, woraus die engagierte Sorge um das öffentliche Interesse entspringt. In Anlehnung an die Dynamiken des Übergangsjekts vertieft Honig auch Arendts Überlegungen zur spezifischen Relevanz, die der Dingerfahrung für das politische Bewusstsein einer demokratischen Öffentlichkeit zukommt. Das öffentliche Zusammenhandeln erfordert auf einer politischen Ebene die Erlernung einer komplexen Verschränkung von innerem Subjektleben und äußerer Welt, die Anerkennung eines objektiven, mich überdauernden Handlungskomplexes, den ich nicht kontrollieren kann, an dem ich aber in konstitutiver Interdependenz partizipiere. Die öffentliche Dingwelt vergewissert uns nicht nur der Wirklichkeit, Verlässlichkeit und Güte des Öffentlichen, sondern erlaubt es auch, die genuine Disposition desselben zu erfassen und eine angemessene Haltung verantwortlicher Teilnahme einzuüben.¹⁶⁶

Der Staat und die übrige öffentliche Institutionenordnung bieten durch ihre konkrete Gegenwart in der Welt, als gesellschaftliche Größe, die der Gesellschaft doch immer transzendent bleibt, diesen unentbehrlichen Erfahrungshorizont der Aufgabe und des Versprechens rechtlicher Allgemeinheit. Dieser semantische Anspruch der *res publica* definiert mit dem damit verknüpften Aspekt der Hoheitsgewalt (die sich mit wachsender transnationaler Verflechtung zunehmend komplex vermittelt darstellt) die spezifische Bedeutung der institutionellen und formalen Strukturen politischer Ordnung, im Unterschied zu anderen Institutionen- und Formalisierungspraktiken. Er bestimmt nicht nur die Praxis innerhalb dieser Strukturen, sondern bietet auch Referenz und Rahmen einer lebendigen Zivilgesellschaft. Die Gesellschaft versammelt

¹⁶⁵ Ebd., 95. Vgl. zur Bedeutung einer förderlich-kontinuierlichen Umwelt Winnicotts ebenfalls oft zitierte und adaptierte Kategorie des »holding environment« (»haltende Umwelt«). Dazu D. Winnicott, »The Theory of the Parent-Infant-Relationship«, *International Journal of Psycho-Analysis* 41 (1960), S. 585–595, 590. Auch Honig nimmt diesen Begriff auf. Vgl. B. Honig, »The Politics of Public Things«, a.a.O.; dies., *Public Things*, a.a.O., insbes. S. 47ff.

¹⁶⁶ Vgl. insbes. B. Honig, »The Politics of Public Things«, a.a.O., S. 71. Zur Verknüpfung von Arendt und Winnicott vgl. v.a. B. Honig, *Public Things*, a.a.O., S. 37ff., insbes. 38.

sich als »zivile«, als Öffentlichkeit, jenseits eines »Systems der Bedürfnisse« (Hegel)¹⁶⁷ um die Aufgabe, die der Staat und die weitere öffentliche Weltordnung bezeichnen. Hier erschließt und stabilisiert sich auch für die gesellschaftliche Auseinandersetzung die Idee eines allgemeinen Wohls, der wir gemeinschaftlich verpflichtet sind. Hier kristallisieren sich durch förmliche Entscheidungen konkrete Bedeutungen, die der gesellschaftlichen Interpretation bestimmte Bezugspunkte bieten. Die gesellschaftliche Sinnformung konkretisiert sich durch die Aufnahme, Bestätigung, Verschiebung und Verwerfung dieser Entscheidungen, und im selben Zuge umgekehrt die Antizipation, den Entwurf und die Provokation derselben. Im Gegenüber der öffentlichen Institutionen werden zivilgesellschaftliche Gruppen außerdem beständig der Begrenztheit des eigenen Standpunkts gewahr. Gleichzeitig erkennen sie in ihrer eigenen Differenz von der Institutionenordnung die Stückhaftigkeit und Vorläufigkeit der Letzteren. Diese beharrliche Durchkreuzung des Identitätsscheins vergegenwärtigt den zivilgesellschaftlichen Bewegungen auch das Recht anderer Perspektiven und hält an zum zuwandten, das heißt allem voran auch zuhörenden Austausch in offener Pluralität, der Öffentlichkeit definiert.¹⁶⁸

In der Kultivierung dieser kritischen Differenz bleibt natürlich stets die von Cover so eindringlich geschilderte Gefahr, dass die Unterscheidung in entfremdende Trennung umschlägt. Bäumlin vermerkt den anhaltenden Unterschied seinerseits immer erst vor dem Hintergrund der nachdrücklich explizierten Zusammengehörigkeit von Staat und Gesellschaft: Abstraktes Differenz- und Identitätsdenken verstehen beide die geschichtliche Alteritätslogik des Rechts. Auch die drei zitierten Denker:innen des Öffentlichen – Dewey, Arendt und Honig – tragen alles andere als etatistische Plädoyers vor. Die Wendung zum Begriff des Öffentlichen hat im Kern eine anti-etatistische Pointe. Der Begriff ruft unmittelbar die konstitutive Verschränktheit von Staat und Gesellschaft auf und wird in den drei Ansätzen auch entsprechend erläutert. Der moderne Nationalstaat wird als geschichtliches Produkt eines zeitlich und örtlich weiter ausgreifenden sozialen Prozesses herausgestellt. In diesem Rahmen betonen dann aber alle drei Beiträge die irreduzible Relevanz distinkter institutioneller Komplexe, die dem Öffentlichen nicht nur separate Verfahren, Diskurse und Durchsetzungsgewalt

¹⁶⁷ G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, a.a.O., S. 360.

¹⁶⁸ Vgl. zur Bedeutung des Zuhörens in der Öffentlichkeit C. Emcke, »Zuhören«, *Süddeutsche Zeitung*, 30. Juli 2016, <https://www.sueddeutsche.de/politik/kolumne-zuhoeren-1.3100330> (letzter Zugriff: 21.02.2021); C. Abbt, »Zuhören. Nachdenklich werden. Ein subversiver Akt«, in: dies. u.a., *Nachdenklichkeit*, Zürich 2020, S. 77–94 (ältere Textfassung online verfügbar unter <https://docplayer.org/70543047-Zuhoeren-ein-subversiver-akt.html> (letzter Zugriff: 21.02.2021)).

sichern, sondern eben konkrete, symbolisch qualifizierte Gestalt und Festigkeit in der Welt geben. Als ein zentrales Moment tritt dabei immer wieder die Aufrechterhaltung der Differenzerfahrung hervor, die das Öffentliche geschichtlich über die unmittelbaren gesellschaftlichen Verhältnisse, aber ebenso über die Verabsolutierung der bestehenden Institutionenordnung hinaustreibt. Hier liegt eine unabgegoltene Relevanz des Staatlichen, die auch in einer geschichtlichen Konstellation jenseits des nationalstaatlichen Paradigmas immer neu Ausdruck zu finden hat.

Die der gesamten Gesellschaft gestellte Herausforderung besteht also darin, in jeder geschichtlichen Konstellation *relativ* selbständige Gebilde öffentlicher Ordnung zu formen, sie dem unmittelbaren gesellschaftlichen Zugriff zu entziehen, aber doch bis in ihre Grundlagen der offenen gesellschaftlichen Auseinandersetzung zu exponieren. Nochmals lässt sich die Argumentation prägnant mit Barths Formel relativer Selbständigkeit bündeln. Der von Honig empfohlene Blick auf die Psychoanalyse und insbesondere die Theorie Winnicotts ist an dieser Stelle nochmals aufschlussreich, um das gefasste Desiderat besser nachzuvollziehen. Wie bereits erwähnt, hebt Winnicott als Bedingung der Entwicklung eines gesunden Verhältnisses von subjektiver Innen- und objektiver Außenwelt vor allem die vom sozialen Umfeld getragene Kontinuität der umgebenden Dingwelt hervor. Die entsprechende Umwelt erlaubt es, bestimmte Objekte vorläufig als Versicherung einer entgegenkommenden äußeren Realität einzusetzen, ohne uns langfristig zwanghaft an die Fiktion ihrer Macht klammern zu müssen. Im gelingenden Fall gibt das Kind die Besetzung des Übergangsobjekts allmählich auf. Es beginnt, den gelassenen Zugang zur Außenwelt und die Anerkennung ihrer Externalität durch flexible Kulturpraktiken jenseits der Fixierung auf ein einziges persönliches Ding zu pflegen. Mit der Beziehung zum Öffentlichen scheint es sich ähnlich zu verhalten. Eine Umgebung stabiler und verlässlicher öffentlicher Strukturen bietet den Rahmen, um die Transzendenz öffentlicher Allgemeinheit gegenüber den unmittelbaren gesellschaftlichen Verhältnissen nachzuvollziehen und anzuerkennen, ohne diese Wirklichkeit kompulsiv mit den konkreten Strukturen zu identifizieren. Die leibhafte Erfahrung solcher Strukturen befähigt uns vielmehr, dieses ängstliche Identifikationsbedürfnis zu überwinden und die geschichtliche Unabschließbarkeit öffentlicher Rechtsformung vertrauensvoll zu bejahen. Es wird möglich, den gegebenen öffentlichen Rahmen in Winnicotts Terminologie als ein Objekt des Übergangs zu erfassen, als eine geschichtliche Konkretisierung, die ihren Sinn nicht verliert, sondern allererst eigentlich bekundet, wenn wir darüber hinausgehen.

Wo hingegen ein solcher stabiler Rahmen fehlt, wo sich die öffentliche Ordnung verflüssigt, rapide umformt und verflüchtigt, wo »[a]ll es

Ständische und Stehende verdampft«¹⁶⁹, da wird das Erlernen und Annehmen relativer Selbständigkeit prekärer. Die Tendenz, Instanzen absoluter Souveränität zu imaginieren, wächst. Es ist kein Zufall, dass die totalitären Projekte des 20. Jahrhunderts, die sich der Überwindung staatlicher Eigensinnigkeit gegenüber der Gesellschaft verschrieben, die schärfsten Etatismen hervorgebracht haben. Auch gegenwärtig erleben wir ein neues Erwachen autoritärer Sehnsüchte vor dem Hintergrund fundamentaler Umwälzungen der öffentlichen Ordnung, die stabile Erfahrungsräume schwinden lassen. Bezeichnender Weise kennzeichnet die autoritären Bewegungen auch heute oft ein widersprüchliches Schwanken zwischen etatistischen und anti-etatistischen Verklärungen: Ideale einer autonomen Wirtschaftsgesellschaft, einer reinen Volkssouveränität und einer strikten Staatsordnung gehen scheinbar mühelos ineinander über. Angesichts dieser Entwicklungen sind wir einmal mehr dringend gefordert, Strukturen zu bilden und zu verstetigen, in denen das öffentliche Gemeinwohlstreben in seinem unabschließbaren Aufgabencharakter verlässlich erfahrbar wird.

Dewey wie Arendt waren überzeugt, dass sich diese Strukturen auch in einer transnational organisierten Welt zuallererst im Lokalen erschließen lassen müssen. Im konkreten Austausch und Zusammenhandeln mit überschaubaren Gemeinschaften vor Ort muss uns die Wirklichkeit des Öffentlichen auch heute noch real greifbar werden.¹⁷⁰ Gleichzeitig ist aber die Ausbildung eines hinreichend gefestigten Arrangements öffentlicher Institutionen jenseits des nationalen Horizonts erforderlich, das nicht nur die auf dieser Ebene gestellten Probleme löst, sondern es der gesamten Gesellschaft ermöglicht, den Gemeinsinn in dieser Reichweite zu begreifen und auf dieser Grundlage gemeinsam um rechtliche Visionen einer veränderten Welt zu ringen. Nur dann kann die öffentliche Ordnung unter den heutigen gesellschaftlichen Bedingungen den robusten Erfahrungs- und Handlungsräum eines wirklich allgemeinen Standpunkts bieten.¹⁷¹

Der semantische Horizont, der die institutionellen und formalen Strukturen der politischen Ordnung von anderen Institutionen und Formkulturen abhebt, vertieft und konkretisiert also nochmals die Aufgabe offener, pluralistischer Allgemeinheit als Fluchtpunkt der Rechtsverwirklichung. Er verweist die Reflexion auf einen Standpunkt jenseits partikularer Zwecke der Assoziation, der sich in der entschränkten Pluralität gesellschaftlicher

¹⁶⁹ K. Marx/F. Engels, »Manifest der Kommunistischen Partei«, in: Werke (MEW), hg. v. Institut für Marxismus-Leninismus beim ZK der SED, 9. Aufl., Berlin 1980, S. 459–493, 465 (mit Bezug auf die Verflüssigung aller gesellschaftlichen Verhältnisse durch die Bourgeoisie).

¹⁷⁰ Vgl. J. Dewey, *Die Öffentlichkeit und ihre Probleme*, a.a.O., S. 175ff.; H. Arendt, *Vita Activa*, a.a.O., S. 52, 57.

¹⁷¹ Vgl. J. Dewey, *Die Öffentlichkeit und ihre Probleme*, a.a.O., S. 113ff., 182ff.; H. Arendt, »Karl Jaspers: Bürger der Welt«, in: dies., *Menschen in finsternen Zeiten*, München 1989, S. 99–112, insbes. 112.

Perspektiven formt. Er stiftet einen realen Erfahrungsraum, der dem pluralistischen Allgemeinheitsideal konkrete Greifbarkeit und Stabilität vermittelt und die Aufgabe seiner Verwirklichung mit einer distinkten Sphäre von den autonomen Dynamiken der Gesellschaft differenziert. Obwohl die öffentliche Ordnung die durch institutionelle Verfahren und formale Reflexion nur formell kultivierte Allgemeinheitslogik des Rechts derart in realer Gegenständlichkeit konkretisiert, bekräftigt dieser Erfahrungsraum insbesondere auch nochmals den indirekten Charakter der Rechtsverwirklichung. Die *res publica* offenbart das rechtliche Allgemeinheitsstreben als eine Aufgabe, die sich hier und jetzt in kollektivem Engagement aktualisiert, aber nie abschließend, sondern immer nur stückhaft bewältigt ist und der Gesellschaft anhaltend als transzender Anspruch gegenübertritt. In jeder öffentlichen Instanz kristallisieren sich nur vorläufige Bestimmungen des Allgemeinen. In ihrer beständigen Differenz von der Gesellschaft bieten der Staat und die übrige öffentliche Institutionenordnung also ihrerseits keineswegs letzte Antworten. Sie markieren vielmehr die anhaltende Aufgabe eines geschichtlichen Reflexionsprozesses, der über die aktuelle Gestalt auch dieser Institutionen hinausweist.

Wenn im Vorhergehenden nachdrücklich auf die Dinghaftigkeit und vor allem die psychische Dimension der Erfahrung öffentlicher Räume hingewiesen wurde, so sollte damit natürlich nicht nahegelegt werden, dass der Horizont des Öffentlichen ausschließlich oder auch nur primär psychisch relevant wäre. Es sollte damit der öfter zu verzeichnenden Tendenz gegenteiliger Verkürzung des Öffentlichen auf einen bloß diskursiv-intellektuellen Horizont widersprochen werden. Die *res publica* bietet auch, aber nicht nur einen diskursiven Rahmen. Sie ist eben umfassender ein Erfahrungs- und Handlungsraum, der unser In-der-Welt-Sein geistig, seelisch und körperlich prägt. Nur wenn wir diese unterschiedlichen Dimensionen der Erfahrung öffentlicher Ordnung beachten, wird angemessen nachvollziehbar, wie der darin aufgeschlossene Referenzrahmen die Praxis in öffentlichen Institutionen und der darum versammelten Zivilgesellschaft prägt. Das eröffnete Gemeinwohlstreben zehrt von der Gewinnung einer bestimmten Allgemeinperspektive, aber ebenso vom Vermögen, sich im kritischen Vertrauen auf einen pluralistischen und geschichtlich offenen Prozess einzulassen, von der leibhaften Erfahrung sozialer Pluralität, konkreter Weltförmigkeit und gemeinschaftlicher Praxis in alltäglicher Übung. Erst diese volle Erfahrungsdichte kann dem immer fragilen, bedrängten, vielfältig überdeckten und verzerrten und unverfügbar offenen Prozess rechtlichen Allgemeinheitsstrebens den semantischen Halt bieten, den ein lebendiger öffentlicher Raum verspricht.

Die Rücksicht auf die psychischen Voraussetzungen hingebungsvoller öffentlicher Rechtssuche im Wechselspiel institutioneller und gesellschaftlicher Praktiken stellt auch nochmals deutlich heraus, dass das Gelingen dieses Prozesses durch keine Erkenntnis und ihre getreue

technische Umsetzung garantiert werden kann, sondern im Kern immer unverfügbar bleibt. Die Teilnahme an diesem Prozess lebt von einem Vertrauen, das in der Evidenz der Rechtsidee und ihrer symbolischen Verkörperung durch die öffentliche Ordnung Ermutigung, aber keine Gewähr finden kann. Diese grundlegende Einsicht ist für die Würdigung aller diskutierten Elemente öffentlicher Rechtsentfaltung – offene gesellschaftliche Räume, hingebungsvolle soziale Bewegungen, Aufmerksamkeit für andere Stimmen, institutionelle Stabilisierung und Zuordnung, Kulturen der Formalität, greifbare öffentliche Strukturen – von entscheidender Bedeutung. Die Kultivierung dieser Bedingungen bietet einen Rahmen, um den Appell des Rechts wachzuhalten und in offener pluralistischer Auseinandersetzung mit stets aufmerksamem Blick auf Andere zu interpretieren. Die Evidenz des anstoßenden Appells, das darin eröffnete Versprechen und seine effektive Bewährung lassen sich aber durch keine Vorkehrung sicherstellen. Wir können uns nur fehlbar um beste Entfaltungsbedingungen bemühen. Dazu gehört nicht zuletzt die Pflege des Bewusstseins dieser letzten Unverfügbarkeit und die Sorge um die Zeichen, die uns in dieser Ungewissheit Zuversicht vermitteln.

Die andere Seite dieser ultimativen Unverfügbarkeit ist, dass unser Tun diesen Appell und sein Versprechen auch nie auslöschen kann. Die Geschichte des Rechts ist reich an Zeugnissen dieses tröstlichen Sachverhalts. Immer wieder wurde und wird die pluralistische Aufgabe des Rechts verdrängt. Totalitäre Staatsordnungen, völkische Bewegungen, koloniale Projekte, aber auch diverse andere, oft viel unscheinbarere und unschuldigere Varianten ideologischer Domestizierung haben den uneinholbaren Anspruch des Rechts nicht selten verheerend konsequent und folgenreich unterdrückt. Doch selbst in den dunkelsten Fällen gewaltsamer Suppression trat das Unrecht dieser Lage doch unwiderstehlich zu Tage, wurde von marginalisierten Stimmen vorgebracht und im Lichte rechtlicher Visionen aufgebrochen.

Diese Erfahrung bildet einen grundlegenden Ausgangspunkt der hier ausgemessenen Theorien des Versprechens rechtlicher Fremdheit. Kants Erkundung der Spuren geschichtlicher Überlegenheit der Rechtsidee wider allen Anschein der gesellschaftlichen Machtverhältnisse gibt bereits ein aufschlussreiches Zeugnis dieser unauslöslichen Widerständigkeit. Vor allem seine gegen die juristische Fakultät vorgebrachte Lehre vom »Geschichtszeichen«, das eine Anlage zum Besseren offenbart, »dergleichen kein Politiker aus dem bisherigen Lauf der Dinge herausgeklügelt hätte«, bezeichnet deutlich den konkreten Erfahrungsgehalt einer überlegenen Renitenz des Rechts gegen alle neutralisierende Vermachtung.¹⁷² Kant bezog sich dabei auf die uneigennützige öffentliche Teilnahme des ausländischen Publikums an der Französischen Revolution.

¹⁷² I. Kant, »Der Streit der Fakultäten«, a.a.O., S. 357 (im Original gesperrt), 361.

Barth und Lévinas brachten dann in erster Linie die viel düsterere Evidenz des Unrechts der kriegerischen, nationalistischen und totalitären Projekte des 20. Jahrhunderts, allem voran des Nationalsozialismus, zur Sprache. Den optimistischen Blick auf die Haltung der gesellschaftlichen Öffentlichkeit konnten sie auch mit Kants Differenzierungen nicht mehr gleichermaßen teilen. Doch im Verfall der gesellschaftlichen Begeisterung erwies die öffentliche Widerständigkeit der Rechtserfahrung allererst ihre volle Kraft. Noch unter diesen Umständen markierte der Appell des Rechts einen nicht zu unterdrückenden Protest, der langfristig zum Durchbruch gelangen sollte. Intensiv bemühte sich Barth, diesem Einspruch eine Stimme zu leihen – in theologischen Vorträgen und Schriften, mit der aufsehenerregenden Verweigerung des Führereids im Hochschullehreramt und der erfolgreichen gerichtlichen Verteidigung dieses Verhaltens (das deshalb außergerichtlich sanktioniert werden musste),¹⁷³ und vor allem als Leitfigur der Bekennenden Kirche. Hartnäckig hielten Barths Interventionen die unwiderstehliche Evidenz des Rechts gegen das nationalsozialistische Gleichschalten und subtilere Konstellationen ideo-logischer Domestizierung wach.

Lévinas erlitt die nationalsozialistische Entrechtung persönlich noch viel drastischer und überlebte den Zweiten Weltkrieg in einem deutschen Arbeitslager für jüdische Kriegsgefangene. Seine vielleicht bekannteste Reflexion zum Recht erzählt davon, wie der streunende Hund Bobby allen Eifer um systematische Entrechtung im Lager durchkreuzte.¹⁷⁴ Völlig unbekümmert vom politischen Schauspiel begegnete Bobby den in den Augen ihrer befehlshabenden Mitmenschen aller menschlichen Ansprüche baren Gefangenen freudig zugewandt als Menschen. Als »letzter Kantianer von Nazideutschland« bezeugte Bobby in einer umfassend entstellten Welt die Unverbrüchlichkeit der allgemeinen Rechte.¹⁷⁵

Derrida bewunderte in den Auseinandersetzungen seiner Lebzeiten vor allem Nelson Mandelas Wendung des Rechts gegen die mit höchster juristischer Kompetenz inszenierte Ordnung des Apartheidstaats. Er zeichnete auf, wie Mandelas rechtliche Einsprüche die koloniale Rechts-tradition mit afrikanischen Quellen verknüpften und darin einen Sinn freilegten, der die europäische Oppression aus den Angeln hob. Mandelas Gang vor das Forum der Weltöffentlichkeit bezeugte hinter der oppessiven Öffentlichkeit der Weltordnung, die das Apartheidsystem stützte, die Ressource einer anderen, kritischen Öffentlichkeit im ent-schränkten Raum, in der sich das Versprechen des Rechts umwälzend

¹⁷³ Vgl. die Dokumentation H. Prolingheuer, *Der Fall Karl Barth. Chronographie einer Vertreibung. 1934–1935*, Neukirchen-Vluyn 1984.

¹⁷⁴ E. Levinas, »Nom d'un chien ou le droit naturel«, in: *Difficile liberté*, a.a.O., S. 231–235. Der Text wurde nicht in die deutsche Ausgabe des Buches aufgenommen.

¹⁷⁵ Ebd., S. 234f. (Übers. BV).

wachhält. Das internationale Gemeinschaftswerk für den damals noch inhaftierten Freiheitskämpfer, das durch Derridas oben studierten Beitrag zu Mandelas entwurzelnder Rechtstreue eingeleitet wird, stellte sich in den Dienst dieser noch aufgehaltenen, aber unüberwindlich widerständigen Welterfahrung.

Eng im globalen Befreiungskampf mit der Anti-Apartheid-Bewegung verbunden bezeugte in den USA die Bürgerrechtsbewegung den prophetischen Aufruhr des Rechts gegen seine Verkehrung. Hier fanden Covers Schriften ihren ersten Anstoß. In der aufopfernden Hingabe der unterdrückten Minderheit entwand sich der Sinn des Rechts dem Schleier der herrschenden Verhältnisse. Die Gewalt der staatlichen Sanktion brach demaskiert am gewaltlos ausgetragenen Leiden. Covers Teilnahme an der Bewegung, die seinem Rechtsstudium vorausging, suchte er zeit seines Lebens in der juristischen Arbeit weiterzuverfolgen: noch während des Studiums als Verfasser eines wegweisenden Memorandums im verfassungsrechtlichen Kampf gegen administrative Willkür bei Sozialleistungen,¹⁷⁶ später dann durch die rechtstheoretische und rechtsgeschichtliche Verarbeitung, durch Teach-ins, Demonstrationen und Rechtsberatungsaktivitäten¹⁷⁷ und durch Bemühungen um einen stärkeren Einbezug der Perspektiven sozialer Gerechtigkeit in der Rechtsausbildung.¹⁷⁸

All diese Beiträge sind angestoßen von Erfahrungen einer Evidenz des Rechts, die selbst gegen schärfste Sanktionsgewalt und eine intensive Verhüllung des Unrechts in Rechtsgestalt letztlich unabweisbar durchdringt. In dieser unwiderstehlichen Evidenz erkennen sie die verheißungsvolle Kraft des Rechts. Wir können sie nicht kontrollieren. Aber wir sind berufen, ihr leidenschaftlich und nüchtern Raum zu geben.

¹⁷⁶ R. Cover, »Federal Judicial Review of State Welfare Practices«, *Columbia Law Review* 67 (1967), S. 84–129. Der Text entstand im Vorfeld des Supreme Court-Urteils zum Fall *Goldberg v. Kelly*, 397 U.S. 254 (1970), das für den Rechtsschutz für Bezieher:innen von Sozialleistungen einen entscheidenden Durchbruch brachte. Chefrichter Warren zitierte Covers Aufsatz bereits in *King v. Smith*, 392 U.S. 309 (1968), S. 312, Anm. 3. Vgl. zu Covers Rolle in diesen Auseinandersetzungen S. Wizner, in: G. Calabresi u.a., »Tributes to Robert M. Cover«, *Yale Law Journal* 96 (1987), S. 1699–1726, 1707f.

¹⁷⁷ Vgl. ebd., S. 1710.

¹⁷⁸ Vgl. S. Wizner, »Repairing the World Through Law «, a.a.O., S. 1ff.