

SCHWERPUNKT

„RESSOURCEN DER RECHTSKRITIK“

Jörn Reinhardt/Dana Schmalz

Ressourcen der Rechtskritik

Kritik als Praxis und Reflexion

Praktiken der Rechtskritik sind allgegenwärtig und so alt wie das Recht selbst. Seitdem sich rechtliche Formen der Konfliktlösung herausgebildet haben, wird Recht kritisiert, infrage gestellt und unter dem Eindruck von Kritik verändert. Rechtskritik in diesem Sinn ist eine fortlaufende Praxis und so heterogen wie ihre Anlässe und Auseinandersetzungen. Sie entzündet sich an konkreten Unrechtserfahrungen, zielt punktuell auf Veränderung, kann allerdings auch sehr fundamental ansetzen, wenn bereits das Recht als gesellschaftliche Organisationsform oder die Verrechtlichung von Lebenswelten infrage gestellt wird. Auf diese Weise durchzieht sie die gesellschaftlichen Debatten und Auseinandersetzungen im Rechtssystem. Praktiken der Kritik müssen im täglichen Umgang mit Recht viele methodische und theoretische Fragen ausklammern. Umgekehrt lösen sich theoretische Debatten zur Rechtskritik notwendigerweise vom Alltag derselben. Gleichwohl bleiben beide voneinander abhängig. Eine kritische Theorie, die sich nicht auf die Praktiken der Kritik einlässt, bleibt leer, sowie sich kritische Praxis ihrer eigenen Voraussetzungen und Maßstäbe vergewissern muss. Rechtskritik ist insofern zweierlei: kritische Praxis und methodische Reflexion.¹

Das Anliegen des Schwerpunktes ist es, Theoriediskurse und Praktiken der Kritik aufeinander zu beziehen. Der Schwerpunkt baut auf eine interdisziplinäre Tagung auf, die am 26. August 2020 im Rahmen des Forschungsverbundes „Worlds of Contradiction“, Universität Bremen, stattfand. Ein Teil der Beiträge wird hier veröffentlicht, um das Gespräch auf diese Weise fortzusetzen. Die Frage nach den Ressourcen der Rechtskritik ist dabei der leitende Bezugspunkt. Was Kritik auslöst, sie bewegt und vorantreibt, ist auch, aber nicht nur eine Frage der Gerechtigkeitsvorstellungen, der normativen Maßstäbe und Kriterien, an denen sich Kritik orientiert. Es ist zugleich eine Frage nach der Motivation,

1 Rechtskritik ist daher nicht nur eine ständige Praxis, sondern umfasst zugleich eine Kritik der Kritik. Sie bezieht sich nicht nur auf die zumeist als Erkenntnisprogramm entfaltete Begründung normativer Maßstäbe, sondern schließt etwa eine Machtperspektive ein, in der deutlicher wird, wie Erkenntnisinhalte und Machteffekte verschränkt sind. Zu diesen Facetten des Kritikbegriffs vgl. Michel Foucault, *Was ist Kritik?*, Berlin 1992, 15 ff.

den Möglichkeiten im Umgang mit Widerständen und dem Durchhaltevermögen in schwierigen Umgebungen.

Für das Aufklärungsdenken und eine mit starken Begründungsansprüchen auftretende Philosophie bedingten beide Perspektiven einander: Die Kritik nahm ihre Ressourcen aus der Einsicht in das Vernünftige, in die Natur oder das Wesen des Rechts. So konnte dem Einwand begegnet werden, gänzlich subjektiv, gebunden an individuelle Gerechtigkeitsvorstellungen und politische Präferenzen zu agieren. Begleitet wurde dies von einem Vertrauen darauf, dass sich die Dinge auch in die Richtung entwickeln würden, die man anvisierte, sich das Vernünftige auch langfristig würde durchsetzen können. In dem Maße, in dem diese Prämissen der Philosophie fragwürdig wurden, wandelte sich auch Selbstverständnis und Perspektive der Kritik (I.). Die allmähliche Dezentrierung der Philosophie hat die Ausgangssituation der Rechts- und Gesellschaftskritik dabei insgesamt verändert (II.). Im Zuge dieser Entwicklung verschob sich das Verhältnis von Theorie und Praxis der Rechtskritik. Die Begründungsansprüche wurden abgesenkt. Vieles wurde kontingenter. Die Fixpunkte der Kritik jedoch wurden scheinbar stabiler. Die Verfassungsordnungen moderner Prägung haben die normativen Ideale des Aufklärungsdenkens positiviert und auf Dauer gestellt, ohne dass die Frage nach den Ressourcen der Kritik damit obsolet wurde (III.).

I. Rechtskritik und Methodenfrage

Die Frage nach der Rolle der Philosophie greifen wir hier auf, indem wir an eine Entwicklung erinnern, die von Kant zu Hegel und darüber hinausführt und die man als Dezentrierung der Philosophie beschreiben kann. Die Entwicklung bedeutete nicht nur eine Veränderung des methodischen Selbstverständnisses von Rechtskritik, sondern auch eine Veränderung des Rechts- und Freiheitsverständnisses.

1. Kant

Immanuel Kant konnte in der Einleitung zu seiner *Rechtslehre* noch kategorisch zwischen zwei Fragestellungen unterscheiden: „Was ist Recht?“ („Quid sit iuris?“) ist die Frage nach dem positiven Recht.² Sie verweist auf das, was an einem bestimmten Ort zu einer bestimmten Zeit als Recht gilt. Zu dem Recht als *ius* tritt das Recht als *iustum* hinzu. Es zielt auf die Frage, ob dieses Recht auch gerecht ist. Diese Unterscheidung von Recht und Gerechtigkeit ist der Ausgangspunkt des philosophischen Nachdenkens über Recht und der damit einhergehenden Rechtskritik.³ Kant hatte, was die Beantwortung der Fragen angeht, noch eine klare Arbeitsteilung vor Augen. Die Frage nach dem Recht sollte an den juristischen Fakultäten beantwortet werden. Die Aufgabe der Philosophie sah er darin, die Maßstäbe des Richtigen und Vernünftigen zu klären.⁴ *Rechtskritik* ist

2 Immanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, in: *Kants gesammelte Schriften VI*, hrsgg. von der Königlich Preußischen Akademie der Wissenschaften, Berlin 1907, 229.

3 Diese Differenzierung von Recht und Gerechtigkeit ist so elementar, dass Hasso Hofmann sie als „nomologische Differenz“ bezeichnet hat. Vgl. Hofmann, *Einführung in die Rechts- und Staatsphilosophie*, Darmstadt (Wissenschaftliche Buchgesellschaft) 2000, 6.

4 Kant, *Der Streit der Fakultäten*, in: *Kants gesammelte Schriften VII* (Fn. 2).

nach diesem Verständnis vor allem eines: Philosophie des Rechts. Das Problem, das ihn dabei umtrieb, war, warum die Philosophie im Unterschied zu den anderen Fakultäten so wenig greifbare Fortschritte machte. Kant führte dies auf eine unzureichende methodische Selbstreflexion zurück und stellte die diffuse und häufig beliebig erscheinende Naturrechtstradition auf eine Vernunftbegründung um. Das reflektierende Bewusstsein sollte im Medium der allgemein menschlichen Vernunft zu einer verbindlichen Klärung der Grundfragen gelangen. Dieser Ansatz hat nicht nur Konsequenzen für die Art und Weise, wie Rechtsphilosophie betrieben wird, sondern auch dafür, was sich am Ende als Kernbestand an verbindlicher Normativität herauskristallisiert: nämlich das Prinzip der gleichmäßigen Freiheit aller, das als Ordnungsidee auch für das Rechtssystem verbindlich wurde. Das Recht ist danach „der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann“.⁵

2. Hegel

G.W.F. Hegels prominenter Gegenentwurf zu Kants vernunftrechtsbasiertem Verständnis setzt an die Stelle eines abstrakten Vernunftmaßstabs die Reflexion auf die gesellschaftliche Wirklichkeit. Die Hegelsche Rechtskritik nimmt ihre Ressourcen aus der Analyse der bestehenden Praktiken, Institutionen und ihrer Widersprüche.⁶ Hegel rechtfertigt die Grundlinien der Philosophie des Rechts nicht als abstrakte Prinzipien, sondern findet die Bedingungen ihrer Verwirklichung in der konkreten Sittlichkeit des Staates.⁷ Das Programm darf dabei nicht als schlichte Affirmation des Bestehenden missverstanden werden.⁸ „Was vernünftig ist, das ist wirklich; und was wirklich ist, das ist vernünftig“ – in dieser Wendung zeigt sich der sowohl immanent-rekonstruktive als auch kritische Zug des Ansatzes: Einerseits wird das Vernünftige aus den gesellschaftlichen Bedingungen entwickelt, andererseits wird die gesellschaftliche Wirklichkeit damit einem Anspruch unterstellt und einer Dynamik unterworfen. Hegels Kritikprogramm wird nur verständlich, wenn man es in Zusammenhang mit seinen vielfältigen Problemdiagnosen, insbesondere der bürgerlichen Gesellschaft und der Verabsolutierung eines Modells „abstrakter“ oder negativer Freiheit sieht. Die bestehenden Institutionen sind nur in dem Maß „wirklich“ wie sie „vernünftig“ sind, es ihnen also gelingt, diese Widersprüche aufzuheben.

Rechtsphilosophie ist damit nicht mehr losgelöst von einer Auseinandersetzung mit der eigenen Zeit zu denken. Auch wenn Hegel entlang des Begriffs der Sittlichkeit entwickelt, wie moralische Maßstäbe in unauflösbarer Verbindung zur sozialen Wirklichkeit

5 Kant, *Metaphysik der Sitten* (Fn. 2), 230. Die Prinzipien Gleichheit und Freiheit, deren Verschränkung Étienne Balibar als Gleichfreiheit bezeichnet hat, werden so zum strukturierenden Bezugspunkt von Rechtskritik, vgl. Étienne Balibar, *La proposition d'égaliberté*, Paris 2010, 55.

6 G.W.F. Hegel, *Über die wissenschaftlichen Behandlungsarten des Naturrechts, seine Stelle in der praktischen Philosophie und sein Verhältnis zu den positiven Rechtswissenschaften* (1802/1803), in: G.W.F. Hegel, *Frühe politische Systeme*, Berlin 1974, 103. Dazu Seyla Benhabib, *Critique, Norm, Utopia. A Study of the Foundations of Critical Theory*, New York (Columbia University Press), 1986, 22.

7 G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (1821), Frankfurt 1970, 398.

8 Frederick Neuhouser, *Foundations of Hegel's Social Theory*, Cambridge/Mass. (Harvard Univ. Press) 2000.

stehen, ist seine Beschreibung noch die einer autarken Philosophie. Schon Karl Marx kritisiert die fortdauernde Begriffsfokussierung der Hegelschen Rechtsphilosophie.⁹ An die Stelle der die Dialektik leitenden Begriffe, setzte Marx eine wesentlich auf die politische Ökonomie bezogene Wirklichkeitsanalyse. Hegels Kritik an Kant wird nicht ohne Grund als der Ausgangspunkt der Kritischen Theorie angesehen.¹⁰ Die erste Generation der Frankfurter Schule setzte die materialistische Kritik fort, erweiterte aber den Fokus und bezog auch Soziologie, Ästhetik und Psychoanalyse in die Auseinandersetzung mit den gesellschaftlichen Bedingungen ein. Zugleich löste sie sich von zentralen Prämissen des Hegelschen Denkens und verabschiedete das Vertrauen in einen kontinuierlichen, in der Geschichte wirksamen Fortschritt – ohne freilich auf die Möglichkeit von Lernprozessen selbst verzichten zu können.¹¹ Für die Kritik bleibt von Bedeutung, dass sich ihre Forderungen und normativen Erwartungen realisieren lassen. So wichtig Ideale und Utopien für Kritik immer waren und auch noch sind, dürfen sie nicht als abstrakt und unrealisierbar gedacht werden, wenn sie nicht ihr kritisches Potential einbüßen sollen. Die Frage nach den Verwirklichungsbedingungen entfernte sich dabei von den geschichtsphilosophischen und spekulativen Ausgangspunkten und erhielt zunehmend eine empirische und sozialwissenschaftliche Fassung.¹²

II. Die Dezentrierung der Philosophie

Die methodischen Herausforderungen, die hier an den Namen Kant und Hegel festgemacht wurden, setzen sich in den späteren Aneignungen der jeweiligen Kritiktradition fort. Insgesamt bedeutete die Entwicklung eine allmähliche Dezentrierung der Philosophie auf dem Feld der Rechtskritik. Dies geschah nicht als eine Art Bedeutungsraub von außen, sondern vielmehr als Verweis aus der Philosophie selbst heraus: Mit dem anerkannten Bezogensein auf die gesellschaftliche Umwelt wuchs die Abhängigkeit von Wissenschaften, die dieses Bezogensein aufzuschlüsseln vermochten. Eine umfassende Antwort auf die Frage, was gerechtes Recht ausmache, erwartete niemand mehr von der Philosophie allein.

Die Praxis der Kritik verlegte sich in den Binnenraum moderner Verfassungsordnungen, die die Versprechen des Aufklärungsdenkens positivieren und Mechanismen der Selbstkorrektur bereitstellen.¹³ Rechtskritik kann bereits bei der Interpretation des Rechts einsetzen. Sie kann sich auf Verfassungsgewährleistungen berufen, um punktuell Missstände zu korrigieren oder weitergehende emanzipatorische Veränderungen einzu-

9 Karl Marx, *Kritik der Hegelschen Rechtsphilosophie* (1843), in: Siegfried Landshut (Hrsg.), Karl Marx – Die Frühschriften, Stuttgart (Kröner) 2004, 94 (101).

10 Steven B. Smith, *Hegel's Idea of a Critical Theory*, *Political Theory* 15 (1987), 99.

11 Zur Frage, ob auch „der problemlösende Gebrauch der praktischen Vernunft zu moralisch-politischen Lernprozessen geführt hat, die in der Gestalt von Institutionen der Freiheit historisch ähnliche Spuren hinterlassen haben wie die wissenschaftlichen Fortschritte in der Steigerung der Produktivkräfte“, siehe Jürgen Habermas, *Auch eine Geschichte der Philosophie*, Bd. 2, Berlin 2019, 778 ff. Zur Problematisierung der Fortschrittsannahmen vgl. Amy Allen, *The End of Progress. Decolonizing the Normative Foundations of Critical Theory*, New York (Columbia University Press) 2016, insb. 25 ff.

12 Vgl. Jörn Reinhardt, *Human Rights, Human Nature, and the Feasibility Issue*, in: Albers/Hoffmann/Reinhardt (Hrsg.), *Human Rights and Human Nature*, Dordrecht, 2014, 153 ff.

13 Zu der Prozeduralität des Rechts als Kritikressource siehe Tatjana Shepyakova in diesem Heft.

fordern. Insbesondere die Grundrechte wirken als Argumente in den politischen Raum hinein.

Rechtskritik bewegt sich so zwischen sozialwissenschaftlichen Rechts- und philosophischen Gerechtigkeitskonzeptionen, wobei es darum geht, die normativen Leitvorstellungen in der Auseinandersetzung mit den strukturgebenden Institutionen und den soziokulturellen Gegebenheiten zu entwickeln. Die eingangs erwähnten methodischen Herausforderungen stellen sich auch für die zeitgenössischen Versionen kritischer Gesellschafts- und Rechtstheorie, die vielfach kantische und hegelianische Motive wiederaufnehmen. Jürgen Habermas' Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Verfassungsstaates bemüht sich insofern um eine „nachmetaphysische“ und wesentlich prozedurale Lösung des Begründungsproblems. Kants problematische Voraussetzung einer transzendentalen Vernunft ersetzt Habermas durch eine kommunikative. Dabei wird nicht einfach ein allgemeines „Diskursprinzip“ für die Rechtfertigung von Normen auf rechtliche Zusammenhänge übertragen, sondern so mit der Rechtsform und den juristisch-politischen Institutionen verschränkt, dass es sich auf verschiedenen Ebenen demokratischer Verfassungsordnungen auszuspielen vermag.¹⁴ Die Legitimität des Rechts speist sich aus der Integrität von Willensbildungsprozessen, die auf verschiedene Weise an kommunikative Vernunft zurückgekoppelt sind. Ein normativer Primat soll dabei – anders als in den gängigen republikanischen oder liberalen Erläuterungen – weder dem Prinzip der Volkssouveränität noch den Grund- und Menschenrechten zukommen, sondern der „Praxis des verfassungsgebenden Prozesses, die diese beiden Prinzipien in sich performativ vereinigt.“¹⁵ Diese Praxis kommt zu keinem Abschluss. Sie knüpft an die selbstkorrektiven Mechanismen moderner Verfassungsordnungen an und muss sich deren normative Gehalte immer wieder aneignen. Sie vollzieht sich dabei nicht nur in den Bahnen institutionalisierter Willensbildungsprozesse, sondern in den verschiedensten demokratischen Praktiken und Protestformen. Das Problem der ungleichen Verteilung von Macht und der systemischen Imperative ist dabei immer präsent. Im Rahmen des prozeduralistischen Rechtsparadigmas muss es vor allem durch die Gewährleistung allgemeiner und gleicher Teilnahmevoraussetzungen und „unverzerrter“ Kommunikation bearbeitet werden. Dass Habermas so stark auf die Gewährleistung diskursiver Verfahren und die Integrität von Kommunikationsverhältnissen abhebt, liegt nicht nur daran, dass er diesen tatsächlich einiges zutraut, sondern dass es die einzige Ressource ist, die übrig bleibt, nachdem in den politischen Konflikten ausdifferenzierter Gesellschaften alles andere weggeschmolzen ist.¹⁶

Wie auch immer man zu den Einzelheiten dieser Konzeption steht, lässt doch bereits diese kurze Skizze erkennen, warum sie leicht die Einwände nach sich zieht, die schon Hegel gegenüber Kant erhoben hatte. Die Kritik an dieser sich in vieler Hinsicht zurücknehmenden Rechtsphilosophie setzt nicht nur am methodischen Selbstverständnis an, sondern bezieht sich auch auf die Gehalte einer Konzeption, die um kommunikative Vernunft und rational akzeptable Mehrheitsentscheidungen kreist. Dem anti-fundamentalistischen Zug, der für den Habermasschen Ansatz wie für viele „liberale“ Rechts- und Gesellschaftstheorien konstitutiv ist, wird entgegengehalten, er schneide zu viele Ressourcen

14 Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt a.M. 1992, 141.

15 Jürgen Habermas, *Auch eine Geschichte der Philosophie*, Band II, Berlin 2019, 762.

16 Vgl. bereits Jürgen Habermas, »Können komplexe Gesellschaften eine vernünftige Identität ausbilden?«, in: ders., *Zur Rekonstruktion des Historischen Materialismus*, Frankfurt a.M. 1976, 92 ff.

der Kritik ab. Die normativen Versprechen moderner Gesellschaften, die in den prozeduralistischen Konzeptionen häufig verdeckt sind, sollen explizit gemacht und zu einem umfassenden Modell sozialer Freiheit ausbuchstabiert werden. Es ist insbesondere das Anliegen Axel Honneths, mittels einer „Re-aktualisierung“ der Hegelschen Rechtsphilosophie eine solche Idee sozialer Freiheit als ein zentrales Element moderner Gesellschaftsordnungen zu erläutern.¹⁷ Der Begriff sozialer Freiheit zielt auf gelingende Anerkennungsverhältnisse in Kontrast zu einem Kritikverständnis, das auf die Voraussetzungen gelingender demokratischer Willensbildung zielt und die damit verbundenen juristisch-politischen Gewährleistungen begründet. Mit einem solchen Vorgehen ist die Schwierigkeit verbunden, dass die Konturen positiver Freiheit entweder sehr abstrakt bleiben, wie bei Honneth, oder ein bestimmtes Freiheitsverständnis in Anspruch genommen wird, das die Züge einer Lebensform trägt und daher nur bedingt verallgemeinerbar ist. Eine rekonstruktive Gesellschaftskritik, die keine privilegierte Position der Erkenntnis voraussetzen kann, muss unmittelbar praktisch werden und ist in den Prozessen individueller und kollektiver Selbstaufklärung stärker involviert.¹⁸

III. Rechtstheorie und kritische Praxis

In dem Maß wie die Praktiken der Kritik vielschichtiger wurden, veränderte sich auch noch einmal die theoretische Landschaft der Rechtskritik. Sie ist heute durch eine Heterogenität der Selbstverständnisse, Grundbegriffe und Zielrichtungen geprägt. Mit den *Critical Legal Studies* fand eine methodische Selbstreflexion prominent Eingang in die Rechtswissenschaft der 1970er und 1980er Jahre.¹⁹ Spezifische kritische Perspektiven wie antirassistische,²⁰ feministische²¹ oder queere²² Rechtskritik konnten sichtbar machen, in welchem Maß Recht auf diskriminierenden Annahmen beruht oder diskriminierende Strukturen begünstigt, und wandten sich auch gegen die blinden Flecken innerhalb der *Critical Legal Studies* selbst. Im Zuge von Globalisierung und Internationalisierung des Rechts wuchs zudem die Bedeutung postkolonialer Perspektiven, welche in den Blick nehmen, wie Recht die andauernden Machtungleichheiten in den zwischenstaatlichen Beziehungen stützt.²³ Die Konflikte, die im Fokus materialistischer Rechtskritik standen, blieben daneben bestehen. Diese entzündeten sich nicht zuletzt an Begriff und Verständ-

17 Zuletzt Axel Honneth, *Die Armut unserer Freiheit*, Berlin 2020.

18 Vgl. dazu Robin Celikates, *Kritik als soziale Praxis*, Frankfurt a.M. 2009, 159 ff., sowie den Beitrag von Bernard Harcourt in diesem Heft.

19 Roberto M. Unger, *The Critical Legal Studies Movement*, Cambridge/Mass. (Harvard University Press) 1986.

20 Kimberlé Crenshaw/Neil Gotanda/Gary Peller/Kendall Thomas (Hrsg.), *Critical Race Theory. The Key Writings That Formed the Movement*, New York (The New Press) 1995, xxii ff.

21 Margaret Davies/Vanessa E. Munro (Hrsg.), *The Ashgate Research Companion to Feminist Legal Theory*, London (Routledge) 2013.

22 Libby Adler/Gay Priori, *A Queer Critical Legal Studies Approach to Law Reform*, Durham (Duke University Press) 2018.

23 Kaleck/Theurer (Hrsg.), *Dekoloniale Rechtskritik und Rechtspraxis*, Baden-Baden 2020; Antony Anghie/B.S. Chimni, *Third World Approaches to International Law and Individual Responsibility in Internal Conflicts*, Chinese Journal of International Law 2 (2003) 1 (77). Vgl. zu den methodischen Herausforderungen einer Rechtskritik, die heute notwendig vor globalem Hintergrund stattfindet, Dana Schmalz, *Social freedom in a global world: Axel Honneth's and Seyla Benhabib's reconsiderations of a Hegelian perspective on justice*, Constellations 26 (2019) 2, 301 (313).

nis des Rechts selbst, das häufig am Paradigma eines gänzlich auf Privatautonomie und Vertragsfreiheit gegründeten bürgerlichen Privatrechts verstanden wurde.

Die Pluralität und Polyphonie der unterschiedlichen Kritikperspektiven führt wiederum auf die Frage nach Bezugspunkt und Selbstverständnis der Kritik zurück: In den verschiedenen „Kämpfen um Anerkennung“ geht es um das Aufdecken „falscher Universalismen“,²⁴ also scheinbar universeller Normen, die partikulare Bedingungen zum Maßstab erheben oder historische Zusammenhänge ausblenden. Ist das Ziel dabei die Kritik des Universalismus oder ein kritischer Universalismus? Lässt sich die uneinholbare Spezifität von Erfahrungen und darauf aufbauenden Deutungsperspektiven anerkennen, ohne Prinzipien wie Verallgemeinerbarkeit oder Unparteilichkeit aufzugeben? Die Artikulation spezifischer Unrechtserfahrungen und ungerechtfertigter Ausschlüsse kommt nicht ohne den Bezug auf einen Anspruch aus, der – wie das Versprechen gleicher Freiheit im Sinn der eingangs erwähnten *Égaliberté* (Balibar) – als allgemeiner formuliert ist und über das Besondere hinausweist.²⁵ Wie dieser allgemeine Bezugspunkt konkret zu verstehen ist, kann dabei selbst zum Gegenstand der Auseinandersetzung werden. Dies gilt auch für den rechtlichen Rahmen. Auch die geteilten Regeln und Verfahren, die das Recht bereithält, um politische Konflikte aufzulösen, um Anerkennung zu gewähren oder eben zu verweigern, werden in den Streit hineingezogen und stehen immer auch ein Stück weit zur Disposition. Denn die Kritik der leitenden Maßstäbe kann nicht von einem Punkt aus artikuliert werden, der dem Streit äußerlich wäre. Eine Kritik der Kritik vermag sich auf die eigenen Voraussetzungen zurückbeziehen und die Standpunkte und sozialen Zusammenhänge, von denen Kritik aus artikuliert wird, sichtbar zu machen und zu thematisieren, ohne jedoch gänzlich aus ihnen heraustreten zu können.²⁶

Eine Kritik, die Veränderungen im Namen eines Allgemeinen einfordert, das sich nicht konkret und endgültig bezeichnen lässt, befindet sich auch auf der Suche nach Formen, welche dieses Allgemeine dennoch plausibilisieren und Sichtweisen verändern können. In diesem Sinne vermögen literarische Texte Perspektiven aufzuzeigen und Zusammenhänge darzustellen, ohne dabei Maßstäbe von Alleingültigkeit anzulegen. Gerade literarische Texte und andere Kunstformen, die nicht auf eine abschließende Deutung ausgerichtet sind, lassen sich für Rechtskritik produktiv machen. Das Konkrete von Darstellungen oder Erzählungen schafft einen Referenzpunkt, der dominante Sichtweisen zu kontrastieren, Wahrnehmung herauszufordern und normative Annahmen zu testen erlaubt. Die ästhetische und emotionale Ebene der Auseinandersetzung steht dabei nicht in Widerspruch zum Erkenntnisanspruch. Vielmehr gibt es eine gewisse Notwendigkeit für eine Kritik, die keinen neutralen Standpunkt der Bewertung zur Verfügung hat, das Chaos der Weltwahrnehmung nicht auszublenden.²⁷

24 James D. Ingram, *Radical Cosmopolitics*, New York (Columbia University Press) 2013, 162.

25 Zur kritischen Funktion eines solchen Gerechtigkeitsbegriffs und zu den Perspektiven einer kritischen Theorie der Gerechtigkeit vgl. jetzt Esther Neuhann, *Zeitstrukturen des Rechts*, Weilerswist 2020, 19 ff.

26 Zur Notwendigkeit und den Spielarten einer Kritik der Kritik vgl. den Hinweis in Fn. 1 sowie den Text von Ino Augsberg in diesem Heft.

27 In den Strömungen von Recht und Literatur spiegelte sich in den letzten Jahrzehnten wie Recht aus Literatur sowie aus darstellenden Formen wie Theater und Film Ressourcen schöpft. Rechtskritik ermöglichen diese Quellen sowohl indem Inhalte dieser Kunst in die rechtlichen Überlegungen einbezogen werden als auch umgekehrt indem die Formen des Rechts in Kategorien der Kunst

Kritik tritt nicht nur als politisch-emanzipatorische Forderung an das Recht heran, sondern bricht sich bereits im Inneren des Rechts Bahn.²⁸ Die Formen des Rechts können Ausdruck unreflektierter oder ungerechtfertigter Macht- und Herrschaftsstrukturen sein. Sie sind zugleich Ausdruck emanzipatorischer Errungenschaften. Eine immanent ansetzende Kritik kann daher bei dem Eigenwert rechtlicher Formen ansetzen und deren kritisches Potenzial entfalten. Je nach Kontext kann bereits das Einfordern elementarer rechtsstaatlicher Grundsätze ein herrschaftssubversiver Akt sein.²⁹ Das Bestehen auf den Formeigenschaften kann das Recht vor vordergründiger Politisierung und einseitig instrumenteller Inanspruchnahme bewahren.³⁰ Rechtsstaatlichkeit, Verfahren, Methodenorientierung, Dogmatik sind nicht nur ein konstitutives Element rechtlicher Freiheit. Auch sie gehören zu den Ressourcen der Kritik.³¹ Zugleich werden ihre Annahmen auch immer wieder infrage gestellt, nicht nur hinsichtlich einzelner normativer Prinzipien oder Interpretationen, sondern auch hinsichtlich der sich aus Form und historisch gewachsener Struktur des Rechts ergebenden Voraussetzungen. Rechtsinterne Kritik operiert notwendigerweise mit dem zur Verfügung stehenden Vokabular, als Mitteln rechtlicher Verfahren und als Kategorien dogmatischer Auseinandersetzung. Kategorien wie diejenige der subjektiven Rechte als Grundbausteine von Gerechtigkeitskämpfen strukturieren dabei, indem sie Anliegen und Abhängigkeitsverhältnisse formulierbar machen oder aber verdecken. Zugleich sind auch solche Kategorien nicht statisch; neben der theoretischen Kritik an Rechtsform und -struktur von außen treten insofern Analysen, welche Gegenbewegungen und Aneignungen dieser Formen im Recht selbst identifizieren.³²

Die Rechtswissenschaft ist heute unvermeidlich der Ort, an dem Rechtskritik verschiedenster Art zusammentrifft. Nicht nur bedient sie sich diverser Ressourcen der Kritik, rechtsinterner ebenso wie rechtsexterner, sondern sie muss auch Rechtskritik selbst wieder bewerten. So stellt sich die Frage nach Methoden und übergreifenden Maßstäben, die die Beurteilung von Kritik erlauben, in der Rechtswissenschaft teilweise als praktische Notwendigkeit, vielfach jedenfalls in der theoretischen Auseinandersetzung. Nimmt man ernst, dass es dabei keinen neutralen Standpunkt gibt, richtet das zugleich den Scheinwerfer auf die internen Bedingungen der Rechtswissenschaft. In den scheinbar zurückgezogenen und analytisch vorgehenden Strukturen der Rechtswissenschaft wird Kritik des Rechts verhandelt und Rechtskritik praktisch. Das soll die Bedeutung der Rechtswissenschaft nicht überhöhen, wohl aber ihre einflussreiche Stellung als Türhüterin und Weichenstellerin unterstreichen. Die Debatten über marginalisierte Perspektiven, Identitätspolitik und Gemeinwohl, welche gegenwärtig Politik und Feuilletons beschäftigen, betreffen die Rechtswissenschaft in hohem Maße. Der Mythos eines neutralen Beobachters wurde in der Rechtswissenschaft lange gepflegt, die Bedeutung von Diversität lange vernachlässigt. Nicht zuletzt vor dem heutigen globalen Hintergrund vieler Rechts- und Gerechtigkeitsfragen ist die Selbstreflexivität der Rechtswissenschaft unerlässlich.

neu interpretiert werden, vgl. z.B. Shoshana Felman, *Trials and Traumas in the Twentieth Century*, Cambridge/Mass. (Harvard Univ. Press) 2002, 106.

- 28 Zu den Ressourcen einer immanenten Kritik und den Aufhebungsrechten als Kritikinstanz siehe den Beitrag von Tim Wühl in diesem Heft.
- 29 Zu Rechtsstaatlichkeit als Ressource der Kritik siehe auch den Beitrag von Hannah Birkenkötter in diesem Heft.
- 30 Denis Baranger, *Penser la loi. Essai sur le législateur des temps modernes*, Paris (Gallimard) 2018.
- 31 Vgl. dazu den Beitrag von Alexander Stark in diesem Heft.
- 32 Andreas Fischer-Lescano/Hannah Franzki/Johan Horst (Hrsg.), *Gegenrechte: Recht jenseits des Subjekts*, Tübingen 2018, 3.