

# Einleitung

Die Erfahrung des Rechts ist durchzogen von Fremdheit. Recht konfrontiert uns mit einem Anspruch des Sollens, der unsere Willkür begrenzt und transzendiert. Die Rede von Recht, Gesetz und Ordnung verweist in Aufspeicherung einer reichen Begriffsgeschichte auf eine Finalität der Gerechtigkeit, worin unser Verfügen überschritten wird, und lässt einen Charakter entgegengesetzter Forderung anklingen, der unser Belieben unterbricht. Diese Logik des Entzugs und des Entgegentreten findet keineswegs nur oder in erster Linie in der Semantik rechtlicher Grundbegriffe Ausdruck. Weitläufig durchwaltet die Fremdheitserfahrung die Erscheinungsweise des Rechts und konkretisiert sich darin in vielen Gestalten. Die phänomenale Disposition dessen, was sich unserem Zugriff versagt, ist charakteristisch diffus, ungreifbar und ambivalent. Sie konkretisiert sich in einem spannungsvollen, nicht scharf abzusteckenden Zusammenhang unterschiedlicher, teils konträrer Erscheinungsmomente.

Mit besonderer Deutlichkeit manifestiert sich der Zug des Fremden in den vielfältigen Praktiken, mit denen wir uns die Transzendenz des Rechts tagtäglich präsent halten. Erstaunlich unbekümmert von Unterstellungen und Idealen souveräner Rechtsgestaltung pflegen wir, der Welt des Rechts sorgfältig Erinnerungen der Überschreitung menschlichen Verfügens einzuschreiben.<sup>1</sup> Drei anschauliche Beispiele bilden die Architektur gerichtlicher Bauten, die Formulierung konstitutioneller Grundsätze und die Dramaturgie rechtlicher Verfahren. Gerichtshöfe situieren sich oft mit einer ausgeprägten Ästhetik der Erhabenheit im öffentlichen Raum. Mit der transnationalen Festigung des Demokratieideals wurde im vergangenen Jahrhundert zwar auch beim Bau von Gerichten größeres Gewicht auf architektonische Expressionen der Öffnung, Zugänglichkeit und Egalität der Justiz gelegt.<sup>2</sup> Auch die Erfahrung justiziellen Unrechts hat architektonischen Ausdruck gefunden, namentlich beim Bau des südafrikanischen Verfassungsgerichts.<sup>3</sup> Bei all diesen Korrekturen und Brüchen und durch sie hindurch ist aber der Zug des Erhabenen ein zentrales Merkmal der Architektur von Gerichten geblieben. Besonders prominente Beispiele sind der kirchenähnliche Justizpalast in Den Haag und der tempelartige *Supreme Court* der USA – beides Gebäude

- 1 Vgl. dazu kritisch M.T. Fögen, *Das Lied vom Gesetz*, München 2006.
- 2 Vgl. J. Resnik/D. Curtis, *Representing Justice. Invention, Controversy, and Rights in City-States and Democratic Courtrooms*, New Haven/London 2011.
- 3 Vgl. B. Law-Viljoen (Hg.), *Light on a Hill. Building the Constitutional Court of South Africa*, Johannesburg 2006.

des 20. Jahrhunderts. Das amerikanische Höchstgericht ist aus Filmen, Bildern und anderen Darstellungen vielen Menschen auch in anderen Ländern eher bekannt als die Gerichte des eigenen Wohnorts. Aus den letzten Jahrzehnten bietet das erwähnte südafrikanische Verfassungsgericht ein besonders eindruckliches Beispiel für die Bekräftigung des Erhabenen durch die Reflexion seines Verrats hindurch. Ein weit verbreitetes Signum justizieller Bauten sind Darstellungen der Gerechtigkeitsgöttin Justitia, die auch außerhalb der Architektur ein zentrales Emblem des Rechtswesens darstellt.<sup>4</sup>

Beim Blick auf konstitutionelle Texte und Leitfiguren fällt ebenfalls auf, dass wir Gottesverweise, wenn es um Recht geht, weit weniger scheuen als im übrigen öffentlichen Leben säkularer Gemeinwesen. Verfassungen beginnen oft mit *Invocationes Dei*. Diese Anrufungen sind nicht lediglich Relikte aus älteren Zeiten. Auch die Präambel der südafrikanischen Verfassung von 1996 enthält eine entsprechende *Invocatio*, die durch Wiederholung in mehreren Landessprachen deutlich herausgehoben wird.<sup>5</sup> In der neuen Bundesverfassung der Schweiz von 1999 wurde die Gottesanrufung ebenfalls nach breiter Diskussion beibehalten.<sup>6</sup> Die Gottesbezüge der lebendigen Gründungsdokumente früherer Jahrhunderte – etwa der französischen Menschenrechtserklärung und der amerikanischen Unabhängigkeitserklärung – behalten gleichermaßen aktuelle Bedeutung.<sup>7</sup> Neben den Gottesformeln hat sich im 20. Jahrhundert insbesondere der Menschenwürdebegriff als wichtiger Ausdruck des Transzendenzmoments etabliert und weit über förmliche Dokumente hinaus in das allgemeine Rechtsbewusstsein eingetragen.<sup>8</sup> Im Zentrum der rechtlichen Würdesemantik steht, in der Terminologie der UN-Menschenrechtscharta gefasst, die Unveräußerlichkeit der Menschenrechte: Selbst dem betroffenen Subjekt sind die

4 Vgl. J. Resnik/D. Curtis, *Representing Justice*, a.a.O.

5 *Constitution of the Republic of South Africa* (1996), Präambel. Vgl. dazu J. Derrida, »Versöhnung, ubuntu, pardon: quel genre?«, *Le Genre humain* 43 (2004), S. 111–156, 113f.

6 *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft* (1999), Präambel. Vgl. zu den Debatten im Vorfeld die vom Schweizerischen Bundesrat vorgelegte »Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996«, Bundesblatt 1997, Bd. 1, S. 1–642, 122f.

7 *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789*, Präambel; *United States Declaration of Independence* (1776). Vgl. für weitere Beispiele von Gottesbezügen P. Häberle, »Gott im Verfassungsstaat?«, in: W. Fürst u.a. (Hg.), *Festschrift für Wolfgang Zeidler*, Berlin/New York 1987, Bd. 1, S. 3–17. Auch Häberle betont in dem Beitrag die souveränitätskritische Pointe.

8 Vgl. H. Joas, *Die Sakralität der Person. Eine neue Genealogie der Menschenrechte*, Berlin 2011.

entsprechenden Forderungen strikt indisponibel.<sup>9</sup> Eine dritte, vor allem in angelsächsisch geprägten Staaten, heute aber auch in transnationalen Kontexten sehr einflussreiche Formel des Entzugs ist die Rede von der *rule of law*, der Herrschaft des Rechts oder des Gesetzes. Die Vorstellung von Recht und Gesetz als Herrschenden, die bereits bei Pindar und Aristoteles berühmte Ausprägungen hat,<sup>10</sup> affirmiert die bezeichneten Größen als eigenständige, überlegene Instanz, die nicht wir kontrollieren, sondern die umgekehrt über uns herrschen. Besonders deutlich wird die Entzugslogik im Nachsatz, der der Figur bereits in ihren ersten konstitutionellen Versionen beigelegt wird: »a government of laws and not of men«.<sup>11</sup>

In der Gestaltung rechtlicher Prozeduren ist der Transzendenzbezug subtiler, darin aber umso konsequenter und beharrlicher. Die urteilenden Richter:innen sind im Gerichtssaal regelmäßig erhöht positioniert. Oft tragen sie Talare, zum Teil sogar Perücken, die ihre amtliche Erscheinung entpersonalisieren und ihrer gesellschaftlichen Existenz entrücken. Für andere professionell Verfahrensbeteiligte ist in vielen Fällen Ähnliches vorgesehen. Auch darüber hinaus haben gerichtliche Verfahren und weitere Formgepflogenheiten des Rechtswesens diverse unverkennbar rituelle Elemente.<sup>12</sup> Tatsächlich folgen gerichtliche Prozeduren in vielen Punkten gottesdienstlichen Liturgien.<sup>13</sup> Die Sprache und den Umgang im Rechtsverkehr kennzeichnet auch außerhalb des Gerichts nicht selten ein getragener, zuweilen feierlicher und oft veraltender Stil. Die ausgeprägte Berufskultur setzt den Jurist:innenstand in seiner alltäglichen Rechtspflege allseits merklich von der übrigen Gesellschaft ab. Die formalisierte, systematisch organisierte und habituell gerahmte Gestalt des professionellen Rechtsdiskurses verleiht dem Letzteren eine charakteristische Undurchdringlichkeit für Laien.

All diese im Alltag wenig thematisierten, aber stets eifrig kultivierten Signale der Transzendenz tragen dazu bei, uns die Fremdheit des Rechts

- 9 Vgl. *Allgemeine Erklärung der Menschenrechte* (1948), Präambel.
- 10 Pindar, *Carmina cum fragmentis*, Bd. 2, hg. v. H. Mähler, Leipzig 1989, Fr. 169a, S. 133 [nach der Zählung von B. Snell Fr. 169] (zitiert bei Platon, *Gorgias*, 484b4-9); Aristoteles, *Politik* Γ, 1287a18-22.
- 11 *Constitution of the Commonwealth of Massachusetts* (1780), T. 1, Art. XXX; *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803), 163 (zweite Belegstelle mit anderer Interpunktion; Hervorhebung BV). Den metaphysischen Charakter dieser Formel unterstreicht auch I. Kant, »Metaphysik der Sitten«, in: Werkausgabe, hg. v. Weischedel, Frankfurt 1977, Bd. 8, S. 303–634, 479.
- 12 Vgl. A. Garapon, *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, Paris 2001.
- 13 Vgl. M. Stolleis, »Im Namen des Gesetzes«, in: H. Dreier (Hg.), *Rechts- und staatstheoretische Schlüsselbegriffe: Legitimität – Repräsentation – Freiheit. Symposium für Hasso Hofmann zum 70. Geburtstag*, Berlin 2005, S. 33–66, 39.

vor Augen zu halten. Als Fremdes erleben wir Recht aber nicht nur in solchen Erhabenheitsbekundungen. Schon mit den basalen Strukturen rechtlicher Verhältnisse verbindet sich ein Eindruck des Fremden. Hier liegt eine zweite grundlegende Dimension rechtlicher Fremdheit: Recht tritt uns als – geschriebenes oder ungeschriebenes – Gesetz gegenüber. Der weitaus größere Teil des Rechts, der uns in unserem Leben begegnet, ist ohne unsere legislative Beteiligung entstanden. Wo wir beteiligt sind, ist diese Teilhabe in aller Regel sehr vermittelt. Doch selbst wenn wir an der Sanktionierung einer Bestimmung beteiligt waren, sie im äußersten Fall sogar als Einzelperson formulieren und setzen konnten, konfrontiert uns die Vorschrift in der Folge als äußere Instanz. In dieser externen Verfasstheit begrenzt und unterbricht Recht den unmittelbaren Denk- und Handlungshorizont des Subjekts. Unterbrochen wird der Subjekthorizont dabei nicht durch bloße Feststellungen, sondern in Gestalt verbindlicher, regelmäßig zwangsbewehrter Anweisung. Rechtliche Vorschriften appellieren und befragen uns, drängen uns auf diese Weise zur tätigen Antwort.<sup>14</sup> Die formale Ordnung rechtlicher Maßgaben und ihre positive Verankerung vertiefen den Fremdheitscharakter der Rechtserfahrung erheblich. Als abstrakte, starre Regelordnung, die sich nur zögerlich in umständlichen Kollektivprozessen Stück für Stück verändern lässt, gewinnt Recht gesteigerten Abstand von unserem unbefangenen Blick auf die Welt und widersteht hartnäckig dem Fluss der Dinge. Dergestalt zwingt Recht die gesellschaftliche Handlungsreflexion auf Umwege, die in den Bahnen unserer aktuellen Überzeugungen nicht vorgezeichnet sind.

Ein drittes gewichtiges Moment der rechtlichen Fremdheitserfahrung liegt darin, dass sich der beschriebene rechtliche Appell nicht an unserer eigenen Wahrnehmung der Gesetzesordnung festmachen lässt, sondern uns in konkreten Ansprüchen Anderer angeht. Recht begegnet uns wesentlich in konkreten Forderungen, die andere Gesellschaftsglieder und Institutionen an uns richten. Strukturierend für rechtliche Verfahren sind die Elemente des Einspruchs und des Widerspruchs. Freilich vertreten wir in diesem Rahmen auch unsererseits Ansprüche und können je nach Rolle Verfügungen erlassen. Auch darin bleibt der rechtliche Standpunkt aber stets abhängig von der Erfahrung entgegnetender Perspektiven. Selbst den Angehörigen höchster Instanzen vergegenwärtigt diese Konfrontation mit anderen Perspektiven die Differenz des Rechts von den eigenen Gewissheiten. In dieser Konstellation sehen wir uns aufgerufen, Recht zu suchen und zu finden.

14 Vgl. zum Recht als Frage H. Wofford, »The Law and Civil Disobedience«, *The Presbyterian Outlook*, 26. September 1960, S. 5f.; zur responsiven Logik des Rechts aus phänomenologischer Perspektive B. Waldenfels, *Schatzenrisse der Moral*, Frankfurt a.M. 2006, S. 119ff.

In der Verschränkung dieser unterschiedlichen Momente konkretisiert sich die Fremdheit der Rechtserfahrung. Eindrücke des Appells, der Unterbrechung und der Transzendenz konfigurieren miteinander verwoben die Erscheinungsweise der Rechtswelt. Starre Formalität verknüpft sich mit auratischer Erhabenheit und konkreten Einsprüchen.<sup>15</sup> Trotz der beharrlichen Präsenz der vielfältigen Gestalten rechtlicher Fremdheit im gesellschaftlichen Alltagsleben nehmen viele Menschen diese unterschiedlichen Erfahrungsmomente freilich über weite Strecken nur beiläufig und ausschnitthaft aus erster Hand zur Kenntnis. Unser Umgang mit gesetzlichen Vorgaben ist meist eingespielt und entsprechend vertraut, einem Großteil rechtlicher Regeln folgen wir unbewusst. In streitige Rechtsverfahren sind viele von uns kaum verwickelt. Die Erhabenheitsfiguren prägen den hintergründigen Imaginationsraum des Rechts in nicht zu unterschätzendem Maße, werden aber selten direkt betrachtet. Stärker als von der direkten Auseinandersetzung mit der offiziellen Rechtspraxis ist das landläufige Bild vom Recht durch die kulturgeschichtliche und mediale Repräsentation geprägt. Die Bedeutung, das Versprechen und die Abgründe des Rechts präsentieren sich uns zuallererst im reichen Fundus von Mythen, religiösen Erzählungen, Filmen und Serien, Bildern, Literaturen, Theaterstücken, Gerichtsshows und anderen kulturellen Artefakten, die rechtliche Motive verarbeiten. Die Erscheinungsweise des Rechts ergibt sich in hohem Maße aus diesem breiten Komplex kulturgeschichtlicher Repräsentation.

Hier findet das Fremde des Rechts noch eindringlichere Artikulation. Die unverfügbare Erhabenheit und der erschütternde Appell des Rechts werden reich dargestellt. Die geheimnisvolle Aura des Rechts bildet ein hervorstechendes Motiv. Deutlich tritt dabei die Ambivalenz der Fremdheitserfahrung hervor: Entzug und Bedrängung werden sowohl in ihrer Verheißung als auch in ihrer Beklemmung bewegend geschildert. Noch ausgeprägter als in der offiziellen Rechtspflege wird in der breiteren Kulturgeschichte die Rechtserfahrung mit religiösen Begriffen verknüpft. Religiöse und mythische Erzählungen wie diejenige von der Gesetzesoffenbarung am Sinai, dem Gerichtsverfahren Jesu und dem Rechtskonflikt

15 Die Beschreibung der Ästhetik rechtlichen Transzendenzbezüge mit dem Begriff der Aura ist nicht nur intuitiv naheliegend. Benjamins ästhetische Begriffsprägung hebt genau auf den Eindruck des Entzogenen ab: »Die Aura ist Erscheinung einer Ferne, so nah das sein mag, was sie hervorruft.« (W. Benjamin, *Das Passagen-Werk*, Gesammelte Schriften, unter Mitw. v. Th. W. Adorno hg. v. R. Tiedemann und H. Schweppenhäuser, Bd. V.1, Frankfurt a.M. 1991, S. 560; entsprechend auch ders., »Das Kunstwerk im Zeitalter seiner technischen Reproduzierbarkeit«, in: Gesammelte Schriften, a.a.O., Bd. I.1, Frankfurt a.M. 1991, S. 431–508, 479.) Vgl. ferner B. Waldenfels, *Schattenrisse der Moral*, a.a.O., S. 312ff., wo der Aurabegriff mit ähnlicher Pointierung wie hier auf die religiösen Bezüge der Moral angewandt wird.

Antigones gehören zu den Urgeschichten unserer Rechtskulturen. Immer wieder wird in diesen Geschichten die Transzendenz des Rechts über das menschliche Verfügen hervorgehoben. Viele weitere Güter aus anderen Registern der Kulturgeschichte wie etwa die Apologie des Sokrates verdichten dieses Bild von der letzten Erhabenheit des Rechtssinns selbst über das durchgesetzte Gerichtsverdict.<sup>16</sup>

In diesem weiten Erfahrungshorizont tritt Recht in Erscheinung als Instanz, die wir zwar selbst pflegen und konkretisieren, die uns aber dennoch im Kern fremd bleibt und als solche der menschlichen Souveränität verbindlich widersteht. In offiziellen Praktiken und gesellschaftlichen Repräsentationen begegnet uns Recht als eine unser Verfügen im Kern unterbrechende und überschreitende Kraft. Immer wieder bringen soziale Bewegungen diese Evidenz in Anschlag, um ausgeschlossene Ansprüche auch gegen gesetzliches Unrecht sichtbar zu machen. »Ein ungerechtes Gesetz ist gar kein Gesetz«, erklärte Martin Luther King in seinem berühmten Brief aus dem Gefängnis von Birmingham mit unabwiesbarer Plausibilität.<sup>17</sup> Mit ähnlicher Überzeugungskraft bezeichnete Mahatma Gandhi bereits einige Jahrzehnte zuvor die Behauptung der Rechtmäßigkeit der britischen Kolonialregierung als »Vergewaltigung des Wortes ›Recht‹«. <sup>18</sup> Ebenso unwiderstehlich erläuterten Mandelas Gerichtsreden den Bruch der Apartheid-Gesetze als Gebot der Rechtstreue, das der anwaltlichen Profession in besonderem Maße obliegt.<sup>19</sup> Im deutschen

- 16 Vgl. auch C. Vismann, *Das Schöne am Recht. Erweitert um die Trauerreden von Friedrich Kittler und Werner Hamacher*, Berlin 2012, wo die rechtlichen »Strategien des Entzugs« (ebd., S. 23) der Rechtsgründungsnarrative im alten Griechenland beschrieben und beleuchtet werden.
- 17 M.L. King, »Letter from Birmingham City Jail«, in: *A Testament of Hope. The Essential Writings and Speeches of Martin Luther King, Jr.*, hg. v. J. Washington, San Francisco 2003, S. 289–302, 293 (Übers. BV). King beruft sich an der Stelle auf Augustin. Wie in vielen Bemerkungen zum Recht folgt King mit dem Zitat und vielen dazugehörigen Ausführungen seinem Mitstreiter Harris Wofford, der weitere Quellen anführt: vgl. H. Wofford, »Non-violence and the Law: The Law Needs Help«, in: A. Bierman/J. Gould (Hg.), *Philosophy for a New Generation*, 3. Aufl., New York 1970, S. 367–375, 371. Wofford trug diesen Text 1957 auf einer Konferenz im Beisein Kings vor und veröffentlichte ihn zunächst in einer Zeitschrift. Vgl. Art. »Wofford, Harris Llewellyn«, *Martin Luther King, Jr. Encyclopedia*, <https://kinginstitute.stanford.edu/encyclopedia/wofford-harris-llewellyn> (o.V.; letzter Zugriff: 21.02.2021).
- 18 M.K. Gandhi, »Sword of Damocles«, *Young India*, 18. Juli 1929, S. 236 (Übers. BV).
- 19 N. Mandela, *The struggle is my life. His speeches and writings brought together with historical documents and accounts of Mandela in prison by fellow-prisoners*, New York 1990, S. 87–94, 133–181, insbes. 151f. Grundlegend aus der inzwischen reichen Literatur zu Mandelas Rekurs auf das

Sprachraum wurde die Widerständigkeit des Rechts gegen die souveräne Disposition unter dem Eindruck des nationalsozialistischen Unrechts am einflussreichsten durch Radbruchs Plädoyer gegen »unrichtiges Recht« in Erinnerung gerufen.<sup>20</sup> Gegen alle positivistischen Beteuerungen behält die letzthinnige Unverfügbarkeit des Rechts hartnäckige Evidenz. Anerkennung findet diese konstitutive Entzogenheit nicht nur als unbestimmte Idee, sondern als eine Dimension, die auch immer wieder in konkreten Einsprüchen gegen die herrschenden Gewissheiten offenbar wird.

Die verschiedenen Beispiele hellen Widerstands gegen dunkle Verhältnisse dürfen allerdings nicht vergessen lassen, welche Abgründe die Transzendenzpräntation zugleich aufreißt. In der Rede vom Fremden klingt deutlich die Ambivalenz der erhabenen Widerständigkeit an, in der uns Recht konfrontiert. Allzu oft und allzu leicht erscheint die Entzogenheit des Rechts nicht als befreiendes Korrektiv souveräner Irrgänge, sondern im Gegenteil als knechtendes Siegel entfesselter Herrschaft. Der prononcierte Charakter der Fremdheit präsentiert sich als Phänomen schlechter Entfremdung. Die Aura der Erhabenheit wird zum Schleier verselbständigter Instanzen, die unzugänglich und unverständlich die Geschicke der Welt bestimmen. Juristische Cliques sichern sich eine überlegene Machtposition, die sich jeder äußeren Befragung, Prüfung und Relativierung entzieht. Ihr Handeln folgt Wegen, die sich im schärfsten Fall nicht nur gegen jede externe Stimme verschließen, sondern von außen nicht einmal mehr nachvollziehbar sind. In dieser Ermächtigung unterwerfen sich die juristischen Akteure zugleich selbst den scheinhaften Funktionsgesetzen der juristischen Praxis und ihren weitreichenden Konsequenzen in der Welt.<sup>21</sup>

Auch diese Modalität suppressiver Fremdheit ist ein wichtiges Motiv ästhetischer Erkundungen des Rechts. Besonders beklemmend werden die Abgründe rechtlicher Entzogenheit im Schrifttum des Versicherungsjuristen Franz Kafka geschildert. Ein kondensiertes Bild des rechtlichen Entfremdungspotentials bietet die berühmte, auch in der Philosophie oft gedeutete Parabel *Vor dem Gesetz*.<sup>22</sup> Ein Mann vom Lande beab-

Recht J. Derrida, »Die Bewunderung Nelson Mandelas oder Die Gesetze der Reflexion«, übers. v. G. Ricke und R. Voullié, in: J. Derrida u.a., *Für Nelson Mandela*, Reinbek b. Hamburg 1987, S. 11–45.

20 G. Radbruch: »Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht«, *Süddeutsche Juristen-Zeitung* 1 (1946), S. 105–108, 107 (im Original in Anführungszeichen).

21 Vgl. P. Bourdieu, »Die Juristen. Türhüter der kollektiven Heuchelei« und »Die Kraft des Rechts. Elemente einer Soziologie des juristischen Feldes«, übers. v. S. Seitz und A. Wieder, in: A. Kretschmann (Hg.), *Das Rechtsdenken Pierre Bourdieus*, Weilerswist 2019, S. 29–34 bzw. 35–75.

22 F. Kafka, »Vor dem Gesetz«, in: *Ein Landarzt und andere Drucke zu Lebzeiten*, Gesammelte Werke in zwölf Bänden, hg. v. H. Koch, Frankfurt a.M. 1994, Bd. 1, S. 21ff. Die Parabel findet sich ebenfalls in F. Kafka, *Der*

sichtigt, in das Gesetz einzutreten, der Einlass wird ihm aber verwehrt. Weder ein sachlicher Grund noch die dahinterstehende Autorität sind ersichtlich. Die Tür steht offen, trotzdem bleibt die Abweisung kraftvoll. Bis zu seinem Tod harrt der Mann vor der Tür aus. Die Unbegründetheit und Unabsehbarkeit der Maßgabe des Gesetzesdieners tut ihrer Geltung keinerlei Abbruch. Im Gegenteil: Das Fehlen jedes tieferen Grundes, die Selbstautorisierung des Rechts allein aus seiner eigenen Behauptung, die keinen äußeren Standpunkt zulässt, verleiht dem Recht noch größere Undurchdringlichkeit. So bleibt der Mann gefesselt auf seinem kargen Schemel, begleitet nur von einem teilnahmslosen Aufseher, der jeden Durchbruch versagt, bis die Frist des Lebens ausläuft. Erst gegen Ende scheint im Dunkel des Gesetzes ein Glanz auf. Es bleibt aber offen, ob sich hier ein rettendes Licht auftut oder nur ein leerer Schein aufblitzt. In dieser Ungewissheit schließt die Geschichte.

Gershom Scholem zufolge beschreibt Kafkas Werk eine Welt, in der die Offenbarung »noch *gilt*, aber nicht *bedeutet*.«<sup>23</sup> Der Satz von der Geltung ohne Bedeutung bietet eine erhellende Formel für die Verfallenheit, die Kafka im Keim rechtlicher Erhabenheit freilegt. Immer droht die Entzogenheit des Rechts, die Subjekte einer Maßregel zu unterwerfen, die befreit von aller Rechtfertigung jeden erkennbaren Sinns entbehrt, anstatt uns neue Bedeutung jenseits der bestehenden Bewusstseinshorizonte aufzuschließen. Der Sinnmangel schaltet die Transzendenzpräzedenz nicht aus; sie wird nur insistenter, weil sie sich von jeder Überzeugungskraft emanzipiert.

Mit guten Gründen erregt das Fremde, Andere, Erhabene und Transzendente der rechtlichen Erscheinungsweise daher auch erhebliches Unbehagen. In der Moderne ist dieses Unbehagen besonders ausgeprägt. Die auratische Erscheinungsweise der Rechtswelt steht quer zum modernen Selbstverständnis. Es erscheint hoffnungslos überholt, unverfügbar-überpositive Dimensionen des Rechts zu unterstellen, Recht gar in seiner allgemeinen Logik und Geltung der kollektiven Disposition zu entrücken. Grundlegendste Errungenschaften des Zeitalters – Aufklärung, Säkularisierung, Demokratie, Gewaltenteilung, Souveränität – eint der Widerspruch gegen die Transzendenz der politischen Ordnung. Die Suggestionen rechtlicher Erhabenheit gefährden diesen Widerspruch im Kern. Trotzdem halten sie sich bis in die Gegenwart hartnäckig.

Die ideologiekritischen Bemühungen um Entmystifizierung des Rechts bilden daher bis heute einen prominenten Teil der modernen Auseinandersetzung mit Recht. Besonders avancierte Traditionen der modernen

*Proceß*, Gesammelte Werke, a.a.O., Bd. 3, S. 225ff., wo die Figuren K. und der Geistliche unterschiedliche Deutungen diskutieren.

23 W. Benjamin/G. Scholem, *Briefwechsel 1933–1940*, hg. v. G. Scholem, Frankfurt a.M. 1997, S. 175.

Ideologiekritik gehen auch mit Blick auf die Entzogenheit des Rechts von den drei »Meistern des Verdachts« aus: Marx, Nietzsche und Freud.<sup>24</sup> Marx griff schon in jungen Jahren den Begriff der »Entfremdung« auf, um die Tendenz der Verselbständigung gesellschaftlich konstituierter Instanzen zu problematisieren, die er auch im Recht beobachtete.<sup>25</sup> Recht wird als stabilisierender und verschärfender Überbau ökonomischer Herrschaftsverhältnisse herausgestellt und analysiert.<sup>26</sup> Insbesondere die oppressiven Effekte der Figur subjektiver Rechte und ihrer Zentralstellung im modernen Recht hat Marx selbst in einer klassischen Untersuchung bloßgelegt.<sup>27</sup> Nietzsche zeichnete in seiner *Genealogie der Moral* die Erhabenheit des Rechts als Ausdruck des Willens zur Macht nach. In den Prozessen moralischer Entrückung ortet er eine von Ressentiment getriebene priesterliche Ermächtigungsstrategie der Schwachen gegen das Starke.<sup>28</sup>

- 24 Die entsprechende Titulierung der drei Denker stammt von P. Ricœur, *De l'interprétation. Essai sur Freud*, Paris 1965, S. 43, 46 (Übers. BV; dt. mit anderer Übersetzung: *Die Interpretation. Ein Versuch über Freud*, übers. v. E. Moldenhauer, Frankfurt 1969, S. 47, 49).
- 25 Vgl. zu Marx' Rezeption des Entfremdungsbegriffs K. Marx, »Zur Kritik der Hegel'schen Rechts-Philosophie. Einleitung«, in: ders./F. Engels, Gesamtausgabe (MEGA), hg. v. Institut für Marxismus-Leninismus beim ZK der KPdSU und v. Institut für Marxismus-Leninismus beim ZK der SED, Abt. 1, Bd. 2, Berlin 1982, S. 170–183, insbes. 171; ders., »Zur Kritik der Hegel'schen Rechtsphilosophie«, in: MEGA, Abt. 1, Bd. 2, a.a.O., S. 3–138; ders./F. Engels, *Deutsche Ideologie. Manuskripte und Drucke*, MEGA, hg. v. der Internationalen Marx-Engels-Stiftung, Abt. 1, Bd. 5, Berlin 2017, S. 33ff.; K. Marx, *Ökonomisch-philosophische Manuskripte*, hg. v. B. Zehnppennig, Hamburg 2005, 54ff., wo Marx den Begriff mit Blick auf den Status der Arbeit in der modernen Nationalökonomie eingehend erläutert. Grundlegend für die Karriere des Entfremdungsbegriffs als Kernvokabel des Marxismus des 20. Jahrhunderts war die hegelmарxistische Studie von G. Lukács, *Geschichte und Klassenbewusstsein*, Werke, Bd. 2, Neuwied 1970 (Erstausgabe 1923). Vgl. zur Stellung des Entfremdungsbegriffs in dem Werk mit Korrekturen das Vorwort zur Neuauflage von 1967, ebd., S. 23ff.
- 26 Vgl. zum Begriff des Überbaus K. Marx, »Zur Kritik der politischen Ökonomie. Erstes Heft«, in: MEGA, hg. v. Institut für Marxismus-Leninismus beim ZK der KPdSU und v. Institut für Marxismus-Leninismus beim ZK der SED, Abt. 2, Bd. 1, Berlin 1980, S. 95–245, 100f. Zum Nexus von Überbau bzw. »Superstruktur« und Entfremdung vgl. ders./F. Engels, *Deutsche Ideologie*, a.a.O., S. 115. Zur weiteren Begriffsgeschichte instruktiv R. Konersmann, Art. »Überbau/Basis«, in: *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, hg. v. J. Ritter u.a., Bd. 11, Basel 2001, Sp. 4–7.
- 27 K. Marx, »Zur Judenfrage«, in: MEGA, Abt. 1, Bd. 2, a.a.O., S. 141–169.
- 28 Vgl. F. Nietzsche, »Zur Genealogie der Moral. Eine Streitschrift«, in: Kritische Studienausgabe, hg. v. G. Colli und M. Montinari, München 2002, Bd. 5, S. 245–412, 257ff.

In der Instanz des Gewissens und der darauf aufruhenden Konstruktion verantwortlicher Subjektivität deckt er die Kräfte der Grausamkeit auf, die sich angesichts der Hegung durch die politische Ordnung gegen sich selbst wenden.<sup>29</sup> In der Affirmation des Transzendenten offenbart er die lebensverneinende Wendung des Machtwillens gegen das Leben selbst.<sup>30</sup> Freuds Psychoanalyse verfolgte die triebhaften Gründe des Rechts und seiner Transzendenzsuggestionen dann noch konsequenter. In der Hypostase des Rechts wird hier die Sublimierung der Vaterfigur aufgespürt.<sup>31</sup> Die Herrschaft des Rechts erkennt Freud wie Nietzsche als eine zivilisierende Zähmung, in deren Autorität die gebändigten Leidenschaften wiederkehren.<sup>32</sup> Faktische und symbolische, bewusste und unbewusste, erotische und aggressive Elemente stehen darin nicht nur nebeneinander, sondern sind unauflöslich miteinander verstrickt. Unter dem Eindruck der politischen Entwicklungen in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts warnt Freud vor der prekären Disposition der sublimierten Triebkräfte.<sup>33</sup> Auf individueller wie auf gesellschaftlicher Ebene birgt die Rechts- und Gerechtigkeitspflege immer den Keim zwanghaft-neurotischer Züchtigung.<sup>34</sup>

Die drei Verdachtsmeister erzählen eine unreine Geschichte des Rechts und seiner Transzendenz. Ihre Analysen eint die Rückführung der erhabenen Rechtswelt auf das Allzumenschliche: Macht, Gewalt, Herrschaft und die dahinterliegende Triebstruktur. Auch in der Rechtswissenschaft der Zeit wurden Anstrengungen in dieser Richtung unternommen. Besonders bedeutsam waren die Interventionen Rudolf von Jherings: Seiner Kritik am idealistischen »Begriffshimmel«<sup>35</sup> der damaligen Rechtswissenschaft

29 Vgl. ebd., S. 292ff.

30 Vgl. ebd., S. 340ff.

31 Vgl. S. Freud, »Totem und Tabu. Einige Übereinstimmungen im Seelenleben der Wilden und der Neurotiker«, in: Studienausgabe, hg. v. A. Mitscherlich u.a., Sonderausgabe, Frankfurt a.M. 2000, Bd. 9, S. 287–444; vertiefend mit Blick auf religiöse Vorstellungen ders., »Die Zukunft einer Illusion«, in: Studienausgabe, a.a.O., Bd. 9, S. 135–189.

32 Vgl. S. Freud, »Das Unbehagen in der Kultur«, in: Studienausgabe, a.a.O., Bd. 9, S. 191–270.

33 Vgl. dazu auch Freuds Brief an A. Einstein, »Warum Krieg?«, in: Studienausgabe, a.a.O., Bd. 9, S. 271–286.

34 Den Zusammenhang von Gesetzesgehorsam und Zwangsneurose erläutert Freud eingehend in »Totem und Tabu«, a.a.O. Vgl. für eine erhellende Rekonstruktion von Freuds Perspektiven auf das Recht und seine Transzendenz J. Brunner, »Freud and the rule of law. From *Totem and Taboo* to psychoanalytic jurisprudence«, in: M. Levine (Hg.), *The Analytic Freud. Philosophy and Psychoanalysis*, London/New York 2000, S. 277–293.

35 R. von Jhering, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz. Eine Weihnachtsgabe für das juristische Publikum*, Leipzig 1904, S. 245ff.

ist es maßgeblich darum zu tun, die Abhängigkeit des Rechts von Macht geltend zu machen. »Das Recht ist ein Machtbegriff«, heißt es prägnant in seiner Streitschrift *Der Kampf ums Recht*.<sup>36</sup> In der Vernachlässigung dieses Punktes lässt sich nach Jhering der Mangel der damaligen Rechtswissenschaft geradezu »zusammenfassen«. <sup>37</sup> Recht ist nicht eine himmlische Idee, die sich der unschuldigen Reflexion aufschließt, sondern das Produkt der Machtkämpfe von Individuen und Kollektiven. Jherings Leitbegriff des Interesses, den er in seinen großen Abhandlungen eingehender entwickelt, folgt einer ähnlichen Intention.<sup>38</sup> Auch damit soll Recht auf den Boden der materiellen Welt zurückgeholt werden. Dieses Programm bestreitet nicht den Bezug des Rechts auf ideelle Zwecke der Gerechtigkeit.<sup>39</sup> Jhering wendet sich nachdrücklich gegen eine Reduktion auf materielle Interessen und entwickelt dagegen einen weiteren Interessensbegriff.<sup>40</sup> Der Ausweis auch der ideellen Zwecke als Interessen stellt Recht aber mitsamt seiner idealen Dimensionen als Artikulation menschlicher Selbsterhaltung und Selbstbehauptung heraus.<sup>41</sup> Der Widerspruch richtet sich eben gegen den Schein der Distanz, der Fremdheit des Rechts gegenüber dem Dasein der Gesellschaft. Dieser Schein wird als Medium der Entfremdung und verdeckten Unterwerfung enthüllt und attackiert.

Eine weitere Zuspitzung erfuhr die Kritik rechtlicher Fremdheit in der Freirechtswissenschaft und verwandten Ansätzen der entstehenden Rechtssoziologie. Hier wurde Jherings Rückführung des Rechts auf die gesellschaftlichen Machtkämpfe dahingehend weitergetrieben, dass eine Abwendung vom staatlich gesetzten Recht hin zum »im Volke lebende[n],

36 R. von Jhering, *Der Kampf um's Recht*, Wien 1992, 70. Vgl. zum Verhältnis von Recht und Macht auch R. von Jhering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, 3. Teil, Leipzig 1865, S. 307ff.

37 Ebd., S. 64.

38 Vgl. R. von Jhering, *Der Zweck im Recht*, 1. Bd., 3. Aufl., Leipzig 1893; ders., *Geist des römischen Rechts*, 3. Teil, a.a.O., S. 307ff.

39 Vgl. R. von Jhering, *Der Kampf um's Recht*, a.a.O., S. 123, 144.

40 Vgl. neben den eingehenden Ausführungen in R. von Jhering, *Der Zweck im Recht*, Bd. 1, a.a.O., auch ders., *Der Kampf ums Recht*, a.a.O., S. 98ff. Diese Erweiterung des Interessensbegriffs ist freilich nicht spannungsfrei, sondern reflektiert ein unaufgelöstes Schwanken zwischen materialistischer und idealistischer, utilitaristischer und deontologischer Positionierung, in dem sich Jhering die Mehrdeutigkeit seiner Leitbegriffe (Zweck, Interesse u.a.) zunutze macht. Thomas Wischmeyer hat diese Spannung mit Blick auf den Zweckbegriff in einer präzisen Lektüre des *Zwecks im Recht* erhellend dargelegt. Vgl. T. Wischmeyer, *Zwecke im Recht des Verfassungsstaates. Geschichte und Theorie einer juristischen Denkfigur*, Tübingen 2015, S. 55ff.

41 Vgl. R. von Jhering, *Der Zweck im Recht*, Bd. 1, a.a.O.

freie[n] Recht« gefordert wird.<sup>42</sup> Für diesen Richtungswechsel ist nach der Programmschrift von Hermann Kantorowicz der »Geist der Theologie« aus der Rechtswissenschaft auszutreiben.<sup>43</sup> Stattdessen postuliert Kantorowicz eine Annäherung an die Sozialwissenschaften und die Psychologie. Dieser Stoßrichtung folgte dann jenseits des deutschen Sprachraums auch der Rechtsrealismus, der den juristischen Diskurs bis heute maßgeblich bestimmt.

Die skizzierten Interventionen sind nur einige besonders einflussreiche Beispiele der modernen Bestrebung, die Fremdheit des Rechts zu überwinden. Viele weitere Kräfte haben in den letzten beiden Jahrhunderten dieses Anliegen verfolgt – nicht nur in der theoretischen Diskussion, sondern auch in der breiteren gesellschaftspolitischen Auseinandersetzung. Auch in der Gegenwart bleibt die Aneignung des Rechts ein wichtiges Motiv intellektueller wie politischer Debatten um Recht. In den letzten Jahren sind sogar besonders intensive Anstrengungen zu verzeichnen gewesen. Ansätze, die sich nicht selten polemisch gegenüberstehen, eint die Opposition gegen das Fremde des Rechts.

Auf der einen Seite wird die Flexibilisierung des Rechts zur Optimierung gesellschaftlicher und individueller Zweckverfolgung betrieben. Recht soll seiner starren, abstrakt-generellen, wirklichkeitsfernen Formalität entledigt werden, um eine flüssigere und spezifischere Steuerung nach bester ökonomischer Expertise zu ermöglichen und den involvierten Subjekten möglichst breite Spielräume für Abstimmung ihrer Interessen im konkreten Fall zu bieten. Rechtstheoretisch hat dieses Unternehmen seine wichtigste Grundlage in der ökonomischen Analyse des Rechts, die das Erbe des Rechtsrealismus in Orientierung an wirtschaftswissenschaftlichen Diskursen weiterverfolgt hat.<sup>44</sup> Umgesetzt wird es in der Gesetzesredaktion wie in der Rechtsanwendung, besonders konsequent aber in der zunehmenden Umstellung auf sogenanntes *soft law*, weichere Formen der Regulierung, die nicht verbindlich vorschreiben, sondern sanft, passgenau und flexibel »schubsen«.<sup>45</sup> Verwandt und verbunden sind dieser Programmatik auch gewisse An-

42 H. Kantorowicz (Pseudonym: G. Flavius), *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1906, S. 44. Die Anknüpfung an Jhering wird schon im Titel, durch die deutliche Anspielung auf Jherings klassische Schrift, herausgehoben.

43 Ebd., S. 35.

44 Vgl. aus der reichen Literatur für eine Einführung R. Posner, *Economic Analysis of Law*, 8. Aufl., Austin u.a. 2011; zu den rechtskritischen Pointen ders., *Overcoming Law*, Cambridge/MA 1996.

45 Vgl. zu diesem Prozess der Entformalisierung mit Blick auf das internationale Recht M. Goldmann, *Internationale öffentliche Gewalt. Handlungsformen internationaler Institutionen im Zeitalter der Globalisierung*, Heidelberg u.a. 2015. Zum Ideal des »Schubsens« (engl. »nudging«) anstelle

strebungen, das Gewicht subjektiver Rechte innerhalb der Rechtsordnung zu vergrößern – eine Bemühung, welche die Moderne von früh an kennzeichnet.<sup>46</sup>

Auf der anderen Seite wird die Aneignung des Rechts unter dem Titel der Politisierung postuliert. Vor allem im englischsprachigen Kontext verbindet sich dieses politische Paradigma in rechtsrealistischer Wendung oft mit dem ökonomischen.<sup>47</sup> Vielfach ist es der ökonomischen Perspektive oder jedenfalls ihrer dominanten ideologischen Ausprägung aber auch kritisch gegenübergestellt.<sup>48</sup> Rechtliche Begriffe, Prinzipien und Bestimmungen sollen in ihrer Gesamtheit konsequent als kontingente, dezisionale und also gesellschaftlich umfassend verfügbare Gehalte ausgewiesen werden. Prozesse der Rechtsetzung, aber auch der Rechtsanwendung sollen direkter und umfassender der gesamtgesellschaftlichen Kontrolle unterworfen werden. Verschiedene Entwicklungen der Schmälerung und Aushöhlung politischer Räume durch juridische Prozesse – insbesondere, aber nicht nur im Zuge der Verdichtung transnationaler Ordnungsmacht – haben diesem Anliegen in jüngeren Jahren neue Dringlichkeit verliehen.<sup>49</sup> Eine wichtige theoretische

strikter Vorschriften R. Thaler/C. Sunstein, *Nudge. Wie man kluge Entscheidungen anstößt*, 7. Aufl., Berlin 2017.

46 Dazu kritisch C. Menke, *Kritik der Rechte*, Berlin 2015.

47 In eine solche politisch-ökonomische Richtung weisen etwa die Bemühungen um Etablierung eines neuen kritischen Forschungszusammenhangs zum Thema »Recht und politische Ökonomie« durch den *Law and Political Economy (LPE) Blog*. Vgl. J. Britton-Purdy, D. Grewal, A. Kapczynski, »Law and Political Economy: Toward a Manifesto«, *LPE Blog*, 6. November 2017, <https://lpeproject.org/blog/law-and-political-economy-toward-a-manifesto/> (letzter Zugriff: 21.02.2021). Eine ähnliche Kombination von demokratischem Politisierungsbestreben und rechtsrealistisch-ökonomisch fundiertem Instrumentalismus kennzeichnete bereits bestimmende Ansätze der *Critical Legal Studies*. Vgl. zum dortigen Anschluss an den Rechtsrealismus in der Arbeit Duncan Kennedys seinen Aufsatz »The Stakes of Law, or Hale and Foucault!«, *Legal Studies Forum* 15 (1991), S. 327–366; zu Kennedys Politisierungsideal D. Kennedy, *A Critique of Adjudication [fin de siècle]*, Cambridge/MA / London 1997, S. 370ff.

48 Auch die eben erwähnten Ansätze wenden sich gegen herrschende Paradigmen ökonomischer Rationalität und ihre juristische Verarbeitung. Vgl. D. Kennedy, »law-and-economics from the perspective of critical legal studies«, in: P. Newman (Hg.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Basingstoke/New York 2002, Bd. 2, S. 465–474; D. Grewal/J. Purdy, »Introduction: Law and Neoliberalism«, *Law and Contemporary Problems* 77 (2014), S. 1–23.

49 Vgl. die kritischen Diagnosen von U. Mattei/L. Nader, *Plunder. When the Rule of Law Is Illegal*, Malden 2008; S. Moyn, *The Last Utopia. Human Rights in History*, Cambridge/MA / London 2010, insbes. S. 212ff.;

Grundlage findet die Perspektive in der zeitgenössischen Debatte in radikalen Demokratietheorien.<sup>50</sup> Ideale politischer Aneignung bestimmten in jüngerer Zeit gerade auch deutschsprachige Versuche radikaler Rechtskritik.<sup>51</sup> Im politischen Streit wird diese Haltung derzeit in der gewachsenen Skepsis gegenüber unabhängigen Gerichten besonders virulent. Sie hat bereits an einigen Orten einen Abbau gerichtlicher Kontrollbefugnisse und eine teils erhebliche Politisierung der Bestellung richterlicher Ämter gezeitigt. Ein ähnlich steigendes, wenn auch aktuell etwas weniger lautes Misstrauen wird der Autonomie administrativer Rechtskonkretisierung entgegengebracht. Ausdruck findet das Politisierungspostulat aber auch in Bemühungen um eine verstärkte Einflussnahme der Stimmbevölkerung auf Gesetzgebungsprozesse. Besonders Aufsehen hat die vermehrte Durchführung von Referenden erregt.

In den Hintergrund tritt in diesen Entwicklungen eine dritte, juristische Aneignungsstrategie, die in der Programmatik des liberalen Rechtsstaats indes einen prominenten Platz hat. Obgleich diese Variante des Aneignungsbestrebens derzeit auf viel Widerstand stößt, prägt sie die Gegenwart noch immer erheblich, zumal sie gerade in einflussreichen Eliten und nicht zuletzt der juristischen Profession nach wie vor viel Zustimmung findet. Hier wird die Domestizierung des Rechts nicht von der Verflüssigung formaler und institutioneller Schranken erhofft, sondern im Gegenteil durch die Ausbildung einer streng von politischen und ökonomischen Diskursen geschiedenen spezifisch juristischen Rationalität erstrebt. Eine strikt von der Rechtsetzung separierte Rechtsanwendung, eine entwickelte juristische Berufskultur und ein konsolidierter dogmatischer Diskurs sollen die Kontrolle des Rechts durch die gesellschaftliche Selbstorganisation sicherstellen. Durch den Anschluss

- R. Hirschl, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge/MA / London 2004; A. von Bogdandy/I. Venzke, *In wessen Namen? Internationale Gerichte in Zeiten globalen Regierens*, Berlin 2014; W. Brown, *Die schleichende Revolution. Wie der Neoliberalismus die Demokratie zerstört*, übers. v. J. Schröder, Berlin 2018, S. 180ff.; D. Kennedy, *A World of Struggle. How Power, Law and Expertise Shape Global Political Economy*, Princeton 2016; K. Pistor, *Der Code des Kapitals. Wie das Recht Reichtum und Ungleichheit schafft*, Berlin 2020.
- 50 Grundlegend E. Laclau/C. Mouffe, *Hegemonie und radikale Demokratie. Zur Dekonstruktion des Marxismus*, übers. v. M. Hintz/G. Vorwallner, 4. Aufl., Wien 2012; eine einflussreiche Aufarbeitung radikal-demokratischer Theoriegrundlagen im deutschsprachigen Kontext bietet O. Marchart, *Die politische Differenz. Zum Denken des Politischen bei Nancy, Lefort, Badiou, Laclau und Agamben*, Berlin 2010.
- 51 Vgl. A. Fischer-Lescano, *Rechtskraft*, Berlin 2013; C. Menke, *Recht und Gewalt*, Berlin 2013; D. Loick, *Juridismus. Konturen einer kritischen Theorie des Rechts*, Berlin 2017.

an demokratische Gesetzgebungsprozesse wird auch dieses Modell oft ultimativ dem Ideal der Volkssouveränität unterworfen.<sup>52</sup> In anderen Fällen stützt sich die juristische Hegung hingegen auf objektive, natur- und vernunftgegebene Gehalte, die durch die juristische Methodik systematisch erschlossen werden sollen. Nicht selten vermischen sich die beiden Begründungsansätze auch.<sup>53</sup> Die Aneignungsbemühungen durch einen autonomen juristischen Diskurs haben eine solide Stütze in der liberaldemokratischen politischen Theorie und bestimmen weite Teile der juristischen Ausbildung, zumal in kontinentaleuropäisch geprägten Rechtssystemen.<sup>54</sup> Trotz verstärkter Infragestellung behauptet sich das Modell nach wie vor mit beträchtlicher Reichweite im Alltag der Rechtspflege und prägt auch darüber hinaus die Hintergrundvorstellungen im Umgang mit Recht erheblich.<sup>55</sup>

Der moderne Einspruch gegen die Fremdheit des Rechts hat einige Aufklärung in unseren Rechtsverhältnissen errungen. Den unterschiedlichen Strategien der Domestizierung verdankt die heutige Rechtswirklichkeit wichtige Rationalitätsgewinne. Die Bilanz ist allerdings zwiespältig. Denn in den Vorstößen der Entzauberung und Aneignung hat Recht seine mythische Undurchdringlichkeit keineswegs abgelegt. In der Festlegung auf ökonomische Gesetze, politische Dezierionen oder juridische Prozesse und der Identifikation mit den Instanzen, die diese letztgültig bestimmen, gewinnt Recht im Gegenteil noch schärfere Unerbittlichkeit. Kein Einwand kann die Maßgabe erschüttern, die

- 52 Für eine strikte Separierung des rechtlichen Anwendungsdiskurses von Politik einerseits und Moral andererseits im Namen der Volkssouveränität argumentiert in der deutschen Diskussion besonders dezidiert Ingeborg Maus. Vgl. jetzt insbes. I. Maus, *Justiz als gesellschaftliches Über-Ich. Zur Position der Rechtsprechung in der Demokratie*, Berlin 2018. Eine höchst einflussreiche Variante maßgeblich demokratisch begründeter juridischer Hegung des Rechts im amerikanischen Verfassungsrecht ist der sog. Originalismus. Vgl. A. Scalia, »Originalism. The Lesser Evil«, *University of Cincinnati Law Review* 57 (1989), S. 849–866, insbes. 862.
- 53 Diese Verknüpfung ist bereits in der klassischen Fassung der englischen *rule of law* angelegt, wo sich der Gedanke der Parlamentsouveränität mit dem des naturrechtlichen Individualschutzes verbindet. Vgl. R. Bäumlin/H. Ridder, Kommentar zu Art. 20 Abs. 1–3 GG. III. Rechtsstaat, in: *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, bearb. v. A. Azzola u.a., 2. Aufl., Neuwied/Frankfurt 1989, Bd. 1, S. 1340–1389, 1344.
- 54 Eine besonders differenzierte und einflussreiche Grundlage für dieses Modell in der zeitgenössischen politischen Theorie bietet J. Habermas, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt a.M. 1998 (text- und seitenidentisch mit der 4., durchgesehenen und erweiterten Aufl. von 1994).
- 55 Vgl. dazu kritisch D. Loick, *Juridismus*, a.a.O.

aus dem souveränen Gesichtspunkt und den dazugehörigen Autoritäten hervorgeht. Der herrschende Leitfaden des Rechts erringt unangefochtene Autonomie und setzt sich derart gehörlos fremd gegen jeden Ruf, alle Bedenken durch. Es ist dieser moderne Umschlag von Aneignung in virulentere, gänzlich taube und stumme Fremdheit, der unheimliche Mystizismus der Entzauberung, den Kafkas Werke so einschnürend schildern. Kafkas Erzählungen sind die Aufzeichnungen der Welt des frühen 20. Jahrhunderts, in der die nüchterne Herrschaft unserer Gesetzesordnungen, Verwaltungsmaschinerien, Wissensregime und Verfahrensabläufe ihrerseits zur entrückt-divinen Übermacht geworden ist.<sup>56</sup> Es ist die Zeit, in der Max Webers Beobachtung der »Entzauberung der Welt« mit Rudolf Ottos Buch über die schauervoll-faszinierende Erfahrung des Heiligen zusammenfällt und Freud das Unheimliche als Wiederkehr des Verdrängten analysiert.<sup>57</sup> Es ist auch die Zeit, in der die Besinnung auf die Irreduzibilität des Anderen ihren Anfang nimmt, die in dieser Studie im Zentrum stehen wird.

In den Projekten der Aneignung setzen die verschränkten Kräfte der Befreiung und Unterdrückung eine neue Repressionsspirale frei. Der Einspruch gegen falsche Entzogenheit vermischt sich mit der Verdrängung des Unverfügbaren und dem Affekt gegen das Fremde. Die differenziertere Kritiken rechtlicher Fremdheit hatten dies im Blick. Vor allem bei Nietzsche und Freud verbindet sich die Kritik an der Transzendenz von Recht und Moral mit derjenigen souveräner Subjektivität.<sup>58</sup> Sie zeigen auf, dass die Präention individueller und kollektiver Souveränität ein

- 56 Vgl. dazu H. Arendt, »Franz Kafka«, in: *Sechs Essays. Die verborgene Tradition*, Kritische Gesamtausgabe, Bd. 3, hg. v. B. Hahn, Göttingen 2019, S. 97–111.
- 57 M. Weber, »Wissenschaft als Beruf«, in: Gesamtausgabe, hg. v. H. Baier u.a., Abt. 1, Bd. 17, München 1992, S. 49–111, 87, 109 (Vortrag 1917/Erstausgabe 1919); R. Otto, *Das Heilige. Über das Irrationale in der Idee des Göttlichen und sein Verhältnis zum Rationalen*, 12. Aufl., Gotha/Stuttgart 1924 (Erstausgabe 1917); S. Freud, »Das Unheimliche«, in: Studienausgabe, a.a.O., Bd. 4, S. 241–274 (Erstausgabe 1919).
- 58 Vgl. F. Nietzsche, »Zur Genealogie der Moral«, a.a.O., S. 293f, 313; S. Freud, »Das Unbehagen in der Kultur«, a.a.O., S. 250ff. Vgl. zur disziplinierenden Konstruktion des Ich auch Freuds grundlegenden Aufsatz »Einführung in den Narzissmus«, in: Studienausgabe, a.a.O., Bd. 3, S. 37–68. Die Einsicht, dass der Mensch entgegen seinem normativ sublimierten Drang »nicht Herr [...] in seinem eigenen Haus« ist, erkannte Freud als Kern der Bedeutung und des Anstoßes der Psychoanalyse (ders., »Eine Schwierigkeit der Psychoanalyse«, *Imago* 5 (1917), S. 1–7, 7 (im Original gesperrt)). Vgl. für eine Weiterführung der souveränitätskritischen Ansätze bei Nietzsche und Freud die Rezeption der beiden Autoren in M. Horkheimer/Th.W. Adorno, *Dialektik der Aufklärung. Philosophische Fragmente*, 16. Aufl., Frankfurt a.M. 2006.

Herzstück der Konstruktionen bildet, in denen wir uns unbewusst einem externalisierten, lustvoll-disziplinierenden Normregime unterwerfen. Diese Erkenntnis der Grenzen des Eigenen bleibt aber von einem Ideal der Ermächtigung am Leitfaden eines Primats des Selbst und einer naturalistischen Logik der Selbsterhaltung überdeckt. Die Bedeutung wirklicher Alterität wird nicht als solche erwogen und erläutert. In der breiteren Diskussion ist diese Vernachlässigung des Anderen noch ausgeprägter. Hier figuriert souveräne Selbstbestimmung oft als ungebrochenes Ideal.

»Nur Fremdheit ist das Gegengift gegen Entfremdung«, bemerkte Adorno in seinen Kritiken moderner Verfallenheit einmal.<sup>59</sup> Durch die Erfahrung des Anderen, Nichtidentischen gewinnen wir Abstand vom Herrschenden. Wir erkennen die Kontingenz, Fragwürdigkeit, Unzulänglichkeit und Brüchigkeit dessen, was sich in den Schein des Unverbrüchlichen hüllt. Hier tritt ein anderer, unabgeholten emanzipatorischer Sinn rechtlicher Fremdheit hervor, der sich eingangs im Blick auf die Rechtsrhetorik sozialer Bewegungen anmeldete und einen triftigen Grund verrät, dass wir das Fremde des Rechts trotz aller gegenläufigen Selbstdeutung und Belehrung weiterhin so eifrig wachhalten. Die der Semantik und Form des Rechts eingeschriebene Fremdheit bezeugt den uneinholbaren Anspruch eines Anderen jenseits der Gewissheiten unseres individuellen und kollektiven Bewusstseins. Sie vergegenwärtigt uns beharrlich die Grenzen und die Unabgeschlossenheit unserer Setzungen. Durch die gesetzliche Form, die intersubjektive Strukturierung und reflexive Überprüfungslogik gerichtlicher Verfahren und viele andere Strukturmomente unterbricht Recht das souveräne Handeln von Individuum und Gemeinschaft und hält immer neu zur Ausschau auf andere, ausgeschlossene und übersehene Ansprüche an. In den konkreten Gesetzesbestimmungen und Rechtspositionen erhält diese Reflexion auf das Andere spezifische Richtschnuren. Die Formeln und Symbole der Transzendenz halten zugleich die überschießende Uneinholbarkeit und letzte Unverfügbarkeit der Rechtsreflexion wach. Die Aufmerksamkeit für das Andere fordert eine nie abzuschließende Überschreitung bestehender Maßgaben und Überzeugungen, ihr Gelingen ist an keinem Punkt gesichert. Gleichzeitig bekundet sich in der Affirmation des Transzendenten aber auch das der Kraft der uneinholbaren Forderung implizite Versprechen, dass sich das Unverfügbare in der fortgesetzten Bemühung einstellt.

Die skizzierte Alteritätslogik des Rechts weist eine Struktur der Mittelbarkeit und Indirektheit auf: Recht vergegenwärtigt das Andere nie

59 Th.W. Adorno, *Minima Moralia. Reflexionen aus dem beschädigten Leben*, Gesammelte Schriften, hg. v. R. Tiedemann, Bd. 4, Frankfurt a.M. 2003, S. 105.

direkt, sondern durch eine Semantik und Form anhaltender Unterbrechung und Erschütterung, die keinen abschließenden Standpunkt angibt, sondern in ihrer Differenz stets auch über sich selbst hinausweist. Gerade durch die radikale Unrepräsentierbarkeit ihres Fluchtpunkts entkräftet sie jeden Schein einer letzten, souveränen Instanz. In dieser Mittelbarkeit kann Recht die Erfahrung des Anderen nur bezeugen und erinnern, nicht diktieren. Seine emanzipatorische Sprengkraft lebt von einer Evidenz des Anderen, die sich ihrem Wesen nach nicht durch unsere Verordnung herstellen lässt. Bleibt Recht allein auf die Erzeugnisse seiner Ordnungsmacht gestellt, so wird doch nur eine neue Instanz unverbrüchlicher Souveränität aufgerichtet. Die Gefahr und Versuchung dieses Rückfalls in falsche Transzendenz bleibt stets akut. Gerade im Drang, diese Bedrohung ein für alle Mal auszumerzen, lauert ihre Realisierung.

### Anliegen und Gang dieser Studie

Diese fragile Dynamik rechtlicher Fremdheit wird in der vorliegenden Studie ausgeleuchtet. Erkundet wird ihre emanzipatorische Potenz, ihre Widerständigkeit gegen die fixierende und ausschließende Verklärung bestehender Herrschaftsordnungen, aber auch ihre prekäre Verstrickung mit oppressiven Tendenzen. Dieser bei aller Ambivalenz im Kern affirmative Zugang zu Fremdheit und Alterität des Rechts ist nach dem Gesagten gegen eine breite Tendenz gewendet, das Motiv einseitig kritisch zu erörtern und die Kraft des Rechts einer ungebremst souveränen Weltgestaltung zuzuschlagen. In der aktuellen Diskussion will die Arbeit insbesondere einen Beitrag dazu leisten, die ethische Eigensinnigkeit des Rechts gegen ihre nicht bloß theoretisch verfolgte, sondern in breiten gesellschaftlichen Kämpfen erstrebte politische oder ökonomische Nivellierung zu verteidigen.

Gegen Unterstellungen der souveränen Disponibilität moderner Rechtsordnungen und der Zentrierung subjektiver Willkür in denselben können wir die erstaunliche Unbeirrbarkeit, mit der wir die charakteristische Fremdheit bis hin zum radikalen Transzendenzbezug nach wie vor sorgsam und vielfältig pflegen, zum Ausgangspunkt nehmen. Offenkundig behält der Fremdheitscharakter des Rechts trotz aller Relativierung unwiderstehliche Evidenz und handlungsmotivierende Bedeutung. Die Rekonstruktion muss sich aber nicht einsam dieser Phänomenlage zuwenden. Trotz aller gegenläufigen Tendenzen hat die moderne Theoriediskussion dem Problem nämlich bis in die Gegenwart durchaus gewichtige Beachtung geschenkt. Tatsächlich ist das Fremde, Andere als strukturierender Zug des Rechts gerade im Nachgang der Aufklärung mit besonderer Schärfe gewürdigt worden. In voller Konsequenz erfolgte

dies mit der Entdeckung und Erhellung der Alterität als konstitutiv ethischer Grunderfahrung menschlichen Lebens. In diesem Diskurs des 20. Jahrhunderts ist Recht mit seinem Fremdheits- und Widerfahrnischarakter immer wieder als öffentliche Vergegenwärtigung und Artikulation des uneinholbaren Anspruchs des Anderen expliziert und gegen Postulate totaler Politisierung in Stellung gebracht worden.

Die Wendung zum Anderen wurde in den Jahren nach dem Ersten Weltkrieg epochal durch die dialektische Theologie Karl Barths unternommen. Hier hat auch die Besinnung auf die Alterität des Rechts eine erste scharfe Fassung erhalten. Innerhalb der Philosophie hat das Denken vom Anderen her dann bei Emmanuel Lévinas seine wichtigste Grundlegung erhalten. Auch Lévinas hat dabei vielfältig die Rolle des Rechts kommentiert, den Anspruch des Anderen auszudrücken. Noch genauer ist das Recht als Medium der Beziehung zum Anderen im Anschluss an Lévinas dann von Jacques Derrida studiert worden. Anknüpfen konnte diese Theorielinie vor allem in rechtsphilosophischer Hinsicht an die idealistische Philosophie Kants und Hegels. Barth wie Lévinas gingen in der Entfaltung des Alteritätsmotivs von der uneinholbaren Transzendenz des Normativen gegenüber dem Erfahrungshorizont des theoretischen Bewusstseins aus, die Kants Analyse unseres Pflichtbewusstseins erläuterte. Mit anderen kantianisch informierten Beiträgen wurde gegen naturalistische und rein machtbasierete Rechtsdeutungen diese unhintergehbare Differenz von Sein und Sollen festgehalten. Kant weist auch bereits nachdrücklich auf die darin implizierte Unendlichkeit der Moral- und Rechtsidee hin. Darin ortet er den uneinholbaren Überschuss des Rechts, der sich in der geschichtlichen Bewegung fortlaufender Überschreitung bestehender Ordnungen realisiert. Der Rückgang zu Kant geschah in kritischer Absetzung von Hegel, ging aber natürlich nicht hinter diesen zurück, sondern verarbeitete wichtige Ergänzungen, Vertiefungen und Korrekturen, die in der Hegel'schen Philosophie an Kants Lehre vorgenommen werden. Hegels Rechtsphilosophie stellt den geschichtlichen Charakter des Rechts umfassender heraus. Die bei Kant weitgehend am abstrakten Modell des Vernunftsubjekts geschilderte Einsicht des rechtlichen Überschusses wird von Hegel als Implikation konkreter, insbesondere sozialer Differenzkonstellationen beschrieben. Die Begegnung eines Anderen wird so bereits klarer als Movens des Rechts exponiert. In Korrektur von Kants dualistischer Argumentation wird die Verwobenheit von normativem Bewusstsein und Erfahrungswelt, und damit auch die stete Verstrickung von Recht und Macht verdeutlicht. In all diesen Punkten folgt das Alteritätsdenken des 20. Jahrhunderts Hegels Fortschreibung der idealistischen Rechtsphilosophie. Über Kant und Hegel hinaus wird hier aber die Realität des Anderen, Nichtidentisch-Differenten, die

sich in keiner übergreifenden Identität fassen und stillstellen lässt, zum Angelpunkt der Wirklichkeitsauslegung und Rechtsdeutung.

Im Zentrum dieser Arbeit steht die Rekonstruktion dieser unterbelichteten Traditionslinie moderner Rechtsphilosophie. Im Durchgang durch das Werk der genannten Autoren soll das vielschichtige Motiv rechtlicher Fremdheit in seiner existentiellen Tiefe nachvollzogen und im Reichtum seiner Facetten dargestellt werden. Vorangestellt wird diesem Durchgang eine kurze Betrachtung der Diskussion um politische Theologie in den frühen 1920er-Jahren. Drei berühmte Beiträge von Hans Kelsen, Carl Schmitt und Walter Benjamin erörtern in diesen Jahren die religiösen, mythischen und theologischen Bezüge des Rechts – ebenfalls in der Zeit, in der Kafka die erdrückende Mystik der modernen Rechtswelt zeichnet und Barth die Wendung zum Anderen einleitet. Diese Debatte kann zu der hier nachzuzeichnenden Theorielinie hinführen und zugleich eine Kontrastfolie bieten, welche die Anliegen und Thesen der alteritätstheoretischen Optik verdeutlicht. Kelsen, Schmitt und Benjamin legen alle ihrerseits auf der Linie der kantianischen Rechtslehre die schlechthinnige Transzendenz rechtlicher Normativität gegenüber dem Faktischen dar. Die Erhabenheit des Rechts deuten sie indes nicht souveränitätskritisch, sondern im Gegenteil als Grundlage unverbrüchlicher Souveränität. Benjamin ist dies Anlass radikaler Rechtskritik. Der Gewalt rechtlicher Ordnungssanktion stellt er die messianische Vision des geschichtlichen Aufbruchs von Zwangsordnungen auf ein Anderes hin gegenüber.

Hier kann die Rekonstruktion der Enthüllung rechtlicher Alterität aus den Keimen der Aufklärung einsetzen. Denn Kant, der in der ganzen politisch-theologischen Diskussion im Hintergrund steht, erkennt die Kraft befreiender Geschichte in der Unendlichkeit der uns konfrontierenden Rechtsidee. Diese Unendlichkeit schreibt Recht eine konstitutive Spannung ein, die fortwährend über bestehende Ordnungen hinausweist. Ganz auf dieser Linie deutet auch Hegel das nach seiner Terminologie Heilige und Absolute des Rechts. Er bekräftigt den von Kant exponierten Nexus von Recht und Geschichte und verdeutlicht den pluralistischen Charakter der rechtlichen Geschichtsdynamik. In der Skizzierung dieser Gedankenwege tritt die rechtliche Alteritätslogik bereits vielschichtig hervor. Allerdings zeigt sich auch, dass die Erkenntnis des Anderen in der idealistischen Rechtsphilosophie beharrlich von übergreifenden Paradigmen der Identität überdeckt wird. Hegels Überwindung der Kantianischen Subjektfokussierung erfolgt am Ende um den Preis einer noch restriktiveren Einheitskonstruktion der Rechtsdynamik.

Die Darstellung sowohl der reifen Ansätze als auch der Grenzen der idealistischen Besinnung auf die Fremdheit des Rechts bietet die Grundlage, um im darauffolgenden Kapitel die volle Exposition und Durchdringung der rechtlichen Alteritätslogik im 20. Jahrhundert – mit und

gegen den Deutschen Idealismus und kritisch zwischen Kant und Hegel hin- und herwandernd – auszufalten. Gegen die Identitätsdränge der modernen Wirklichkeitsinterpretation wird nun – unter dem Eindruck geschichtlicher Katastrophen und in Aufnahme der ideologiekritischen Entmystifizierungsarbeit – die Irreduzibilität der Erfahrung wirklicher, aus dem Subjekt unableitbarer, letztlich unverfügbarer und uneinholbarer Andersheit konsequent herausgestellt und ihre konstitutive Bedeutung für die Strukturlogik des Rechts dargetan. Wir beginnen die Darstellung dieser Aufschließung rechtlicher Fremdheit bei Barth, gelangen dann zu Lévinas und wenden uns in einem dritten Schritt Derrida zu. Bei Barth werden die Grundzüge der rechtlichen Alteritätslogik mit besonderer Klarheit entwickelt und im Widerstand gegen den aufsteigenden Totalitarismus bewährt. Lévinas beschreibt die Alterität des Rechts in der dem heutigen Theoriediskurs leichter zugänglichen Sprache philosophischer Phänomenologie und konkretisiert die Sprengkraft, aber auch die Prekarität des Anderen im Recht anhand zentraler Strukturmomente der Rechtspraxis des 20. Jahrhunderts, insbesondere am Gesetz und den Menschenrechten. Derrida bietet die in vieler Hinsicht nuancierteste Beschreibung der Erscheinungsweise und Dynamik rechtlicher Fremdheit. Mit vielen wirkungsreichen Begriffen erhellt er die emanzipatorischen Kräfte der Strukturlogik, präzisiert aber auch ihre Prekarität und stete Verstrickung mit gegenläufigen Tendenzen.

In der chronologischen Reihenfolge werden Entwicklungen nachvollziehbar, die – in Auseinandersetzung mit und Teilnahme an realgeschichtlichen Ereignissen – bis in unser Jahrhundert führen. Allerdings wird keine lineare Geschichte fortschreitender Erkenntnis erzählt. Dies wäre schon deshalb irrig, weil die drei Autoren nicht geordnet aneinander anknüpfen. Barth entfaltete als Erster das Alteritätsmotiv, wurde aber von Lévinas und Derrida nur vermittelt rezipiert. Derrida schließt im Hinweis auf das Andere zwar unmittelbar an Lévinas an. Derridas Kommentare und sein übriges Werk begleiteten Lévinas' Arbeit allerdings von früh an. Die Rezeption erfolgte daher in beiden Richtungen. Das Studium der drei Werke soll also keinen einheitlichen Argumentationsstrang konstruieren, sondern in der Zusammenschau der drei Beiträge Konvergenzen, Unterschiede und Ergänzungen nachvollziehen, um so ein möglichst vielschichtiges Verständnis des Problems zu erwerben. Bei jedem Autor ist der weitere Werkzusammenhang zu berücksichtigen, um die existentielle und metaphysische Stellung des Rechts zu erkennen und die je vielfältigen Aspekte der Rechtsbetrachtung zu würdigen. Keiner der drei Denker hat eine systematische Rechtsphilosophie verfasst. Dies ist auch dem sachlichen Anliegen geschuldet, die Vielfalt, den Spannungsreichtum und die Widersprüchlichkeit unserer historisch gewachsenen und offenen Rechtswelten nicht zu verdecken. Tragende Züge wie das Fremdheitsmotiv sind an der Konstellation einer offenen Mehrzahl verstreuter Aspekte abzulesen, die es im

Nachvollzug abzubilden gilt.<sup>60</sup> Immer wieder werden wir in der Erläuterung auf die Diskussion politischer Theologie und die idealistischen Ansätze zurückblicken, um den subtilen Widerspruch der alteritätstheoretischen Optik zu präzisieren.

Nach dieser ideengeschichtlichen Ausleuchtung rechtlicher Fremdheit werden wir uns dann in einem dritten Teil den Bedingungen der Entfaltung des aufgewiesenen emanzipatorischen Potentials näher zuwenden. Es wurde bereits festgestellt und unterstrichen, dass sich die befreiende Sprengkraft der rechtlichen Alteritätslogik durch keine Vorkehrung verfügen und gewährleisten lässt. Diese schlechthinnige Grenze unseres Ordnungsvermögens muss am Anfang und am Ende der Auseinandersetzung mit den Realisierungsbedingungen der rechtlichen Differenz Erfahrung stehen. Die unverfügbare Evidenz des Anderen hält aber zur Kultivierung eines Rahmens an, in dem sich die Alteritätserfahrung möglichst ungehindert ereignen, wiederholen, wachhalten und entfalten kann. Als grundlegende Herausforderung tritt im Nachvollzug der Fremdheitsdynamik die fortlaufende Durchkreuzung der umgreifenden Domestizierungstendenz hervor: Immer neu ist die Identifikation des rechtlichen Standpunkts mit bestimmten Instanzen – sei es die juristische Dogmatik, das ökonomische Expert:innenwissen oder eine politische Volksmehrheit – aufzubrechen. Essentiell scheint hierfür allem voran die Pflege einer kritischen Spannung von öffentlichen Institutionen und gesellschaftlichen Kräften in der Rechtsverwirklichung. Die Bedeutung des Rechts ist in einem unabschließbar-geschichtlichen Ringen dieser beiden Seiten zu suchen, in dem die zwei Seiten ihrerseits nicht zu homogenen Instanzen verklärt, sondern als offen-plurale Größen erkennbar werden. Mit Kant kann dieses Postulat gemeinschaftlich-geschichtlicher Rechtsformung ohne feste Volksgrenzen als öffentliches Recht bezeichnet werden. Mit Hegel lässt sich dieses Öffentlichkeitsideal über förmliche Gesetzgebungsverfahren hinausgehend als ruhelos-sittliche Dynamik einer pluralen Konstellation formeller und informeller Kräfte begreifen. Mit dem Alteritätsdenken sind die Offenheit und Diversität, die Unordentlichkeit und Rastlosigkeit, aber auch die Fragilität und Unverfügbarkeit, die Verheißung, das Beängstigende und das Kränkende der Konstellation in ihrer vollen Tiefe zu beachten. Dergestalt ist das öffentliche Recht als pluralistisches öffentliches Recht vorzuzeichnen.

Um dieses Ideal zu konkretisieren, wird verstärkt juristische Literatur herangezogen, in der die Anliegen präziser konkretisiert werden, die aus der philosophisch-theologischen Theorielinie hinsichtlich der Kultivierung der rechtlichen Alteritätslogik extrapoliert wurden. Orientierend figurieren dabei zwei Autoren, deren pluralistische Perspektiven

<sup>60</sup> Vgl. zur Erschließungskraft der Konstellation und ihrer Motivierung gegen die Zwänge des Systemdenkens im Anschluss an Max Weber Th.W. Adorno, »Negative Dialektik«, in: Gesammelte Schriften, a.a.O., Bd. 6, S. 7–408, 166ff.

dem philosophisch-theologischen Alteritätsdenken in vieler Hinsicht besonders nahestehen: Robert Cover und Richard Bäuml. Während sich Cover in erster Linie der gesellschaftlichen Dimension der Rechtsformung in ihrer pluralen Gestalt und Bedeutung zuwendet, erhebt Bäuml primär die pluralistische Logik institutioneller Rechtspflege. Beide heben aber mit unterschiedlichem Akzent auf das gesellschaftlich-institutionelle Zusammenspiel ab. Am Leitfaden dieser Arbeiten, aber auch unter Beiziehung weiterer einschlägiger Quellen, wird die Idee pluralistischer Rechtsöffentlichkeit ausgemalt.

## Perspektive und Methode

Mit der Fremdheit des Rechts wird kein etablierter Terminus der rechtstheoretischen Diskussion zum Ausgangspunkt genommen. Bezeichnet ist auch weder ein impliziter Grundbegriff der rechtstheoretischen Argumentation noch ein distinktes Phänomen der Rechtswelt. Angesprochen ist ein diffuser, charakteristisch ungreifbarer, als solcher auch leicht übergangener oder jedenfalls vernachlässigter Zug der Erscheinungsweise des Rechts, der sich, wie eingangs skizziert wurde, in diversen Elementen der Rechtswelt ausdrückt und diese so vielfältig durchzieht. Der Zug des Fremden lässt sich in vielen Begriffen erläutern, die zum Teil stärkere philosophiegeschichtliche Prägungen aufweisen und deutlichere Erfahrungsbezüge haben. Besonders wichtig ist in dieser Arbeit die Rede vom Anderen und der Alterität. Zurückgegriffen wurde im Vorigen auch etwa auf die Begriffe der Transzendenz, des Erhabenen, der Aura, des Mythischen, des Mystischen und der Entfremdung – Vokabeln, die klassische theoretische Referenzen aufrufen. Erwähnt wurden ferner die Aspekte des Entzugs, des entgegnetretenden Forderungscharakters und der gesetzlichen Handlungsunterbrechung, die geläufige Erscheinungsmomente benennen. Bewusst wurde die Leitfrage aber auf einen Titel gebracht, der ohne hervorstechende ideengeschichtliche Referenz auf das Erscheinen des Rechts verweist und die Offenheit, Ungreifbarkeit und Vielgestaltigkeit des interessierenden Zugs andeutet. Unmittelbar angezeigt ist auch – deutlicher als etwa mit dem Begriff der Alterität – der prekäre, ambivalente Charakter des Bezeichneten: Die Fremdheit des Rechts schillert zwischen Überschreitung und Entfremdung. Statt von einem Begriff ist trefender von einem Motiv die Rede: die Fremdheit des Rechts ist weder in der Rechtsrealität noch in ihrer Theorie ein fest umrissener Gegenstand, sondern eine Strukturdisposition, die geschichtlich in vieler, schillernder Gestalt und unterschiedlichen Erläuterungen Ausdruck findet.

Oft wird in der Arbeit spezifisch die Semantik des Rechts hervorgehoben. Die Rede von der Semantik hat mehrere Gründe. Erstens soll

deutlich gemacht werden, dass sich der Blick nicht auf bestimmte institutionelle Praktiken oder Formmerkmale des Juridischen beschränkt, sondern den weiteren Bedeutungshorizont des Rechts in den Blick nimmt. Damit sollen die Dimensionen der Form und der Institution nicht ausgeklammert werden. In der formalen und institutionellen Gestaltung des Rechts findet der Sinn des Rechts eine wichtige Artikulation. Um klarzustellen, dass es sich nicht um eine Alternative handelt, wird oft ausdrücklich von Semantik und Form des Rechts gesprochen. Mit dem Verweis auf die Semantik des Rechts als solche soll zweitens ausgedrückt werden, dass sich die Untersuchung nicht exklusiv auf spezifische Gehalte einer herrschenden Rechtsordnung richtet: Es geht um den Bedeutungsrahmen, der impliziert ist, wo etwas *als Recht* erfahren, verstanden, ausgeübt und behauptet wird. Dieser semantische Gehalt des Rechts als Recht findet in spezifischen rechtlichen Bestimmungen konkreten Ausdruck, kann sich dabei aber auch gegen deren besonderen Inhalt wenden – Letzteres geschieht besonders deutlich, wenn jemand plausibel erklärt, dass eine bestimmte ungerechte Rechtsvorschrift kein Recht darstellt. Drittens soll die Rede von der Semantik anzeigen, dass sich der Referenzgegenstand nicht im Gehalt von Gedanken, Diskursen und Texten und auch nicht in der offiziellen Rechtswelt erschöpft. Die Bedeutung des Rechts wird in vielen weiteren Gestalten und Kontexten kultureller Praxis konkretisiert. Eingangs wurde etwa auf die Gerichtsarchitektur, Symbole und Verfahrensrituale, Erzählungen, Kunstwerke und Unterhaltungsformate Bezug genommen. Dieser weitere Zusammenhang des Kulturlebens trägt entscheidend dazu bei, wie sich uns der Sinn des Rechts präsentiert.<sup>61</sup> Viertens soll im Hinweis auf die Semantik die existentielle Dimension des Rechts anklingen. In der Doppelsinnigkeit der deutschen Begriffe von Sinn und Bedeutung tritt unmittelbar hervor: Indem Recht etwas besagt, ist es auch bedeutsam im Sinne existentieller Relevanz.<sup>62</sup> In seinem Anspruch betrifft Recht, auch wo wir diesen Anspruch ignorieren oder vernachlässigen, unser Welt- und Selbstverhältnis.

61 Vgl. zum Gestaltenreichtum der Sinnkonkretisierung E. Angehrn, *Sinn und Nichtsinn. Das Verstehen des Menschen*, Tübingen 2010.

62 Auch dieser Aspekt wird von Emil Angehrn, ebd., erhellend reflektiert. Vgl. dort insbes. S. 15ff. Der Zusammenhang bildet ein wichtiges Element der Verarbeitung des Sinnbegriffs bei Heidegger und daran anschließenden Ansätzen. Vgl. insbes. M. Heidegger, *Sein und Zeit*, 8. Aufl., Tübingen 1957, sowie die Grundlegung einer philosophischen Hermeneutik in H.-G. Gadamer, *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, Gesammelte Werke, Bd. 1: Hermeneutik I, Tübingen 1999. Im rechtstheoretischen Kontext stellt namentlich Robert Cover diesen Punkt heraus. Vgl. R. Cover, »The Supreme Court, 1982 Term – Foreword: Nomos and Narrative«, *Harvard Law Review* 97 (1983), S. 4–68, 6ff.

Die Perspektive, welche hier auf das Recht eingenommen wird, ist also eine phänomenologische und kulturtheoretische. Ausgegangen wird von einem strukturierenden Zug der Erscheinungs-, Erfahrungs- und Realisierungsweise des Rechts, und Recht wird in der dichten Breite seiner Kultivierung betrachtet, um so seine Bedeutung für unsere existentielle Stellung in der Welt in den Blick zu nehmen.<sup>63</sup> Damit ist keine Methode und noch weniger eine distinkte Scholorientierung, sondern eben der Blickwinkel benannt. Vorgegangen wird nicht in freier Analyse der Sachen selbst und unserer Situierung darin, sondern primär hermeneutisch und ideengeschichtlich. Ausgehend von der Beobachtung des Motivs und im Interesse seiner Aufhellung werden einschlägige Texte studiert und Gedankenlinien nachgezeichnet. Die Exegese verweilt, oft für ein ganzes Kapitel, bei einzelnen Autor:innen, um ihre Betrachtungen präzise unter Berücksichtigung des Werkzusammenhangs zu erfassen. Am Leitfaden der Sachfrage werden Kerngedanken herausgearbeitet, aber auch

- 63 Die Ansätze für eine phänomenologische und kulturtheoretische Rechtsforschung sind reich und vielfältig. Vgl. für einen instruktiven Überblick über phänomenologische Zugänge zum Recht S. Loidolt, *Einführung in die Rechtsphänomenologie. Eine historisch-systematische Darstellung*, Tübingen 2005. Wie auch in Loidolts Darstellung sichtbar wird, nimmt das Alteritätsdenken eine bedeutende Stellung in der Geschichte der Rechtsphänomenologie ein. Ein kulturwissenschaftlicher Zugang zum Recht wurde in der jüngeren deutschsprachigen Diskussion besonders prominent von Peter Häberle postuliert. Vgl. P. Häberle, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2., stark erweiterte Auflage, Berlin 1998. Die Beheimatung dieses Ansatzes in der Smend-Schule lässt die hegelianischen Grundlagen hervortreten. Das Programm einer Rechtswissenschaft als Kulturwissenschaft steht aber auch in kantianischer Tradition. Vgl. K. Seelmann, »Rechtswissenschaft als Kulturwissenschaft – ein neukantianischer Gedanke und sein Fortleben«, in: M. Senn/D. Puskás (Hg.), *Rechtswissenschaft als Kulturwissenschaft? Kongress der Schweizerischen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie, 15. und 16. Juni 2007, Universität Zürich*, Zürich 2007, S. 121–132. Wichtig für die hier vertretene Perspektive ist außerdem die medientheoretische Besinnung auf die Materialität des Rechts, die im deutschsprachigen Diskurs vor allem von Cornelia Vismann vorangetrieben wurde. Vgl. C. Vismann, *Akten. Medientechnik und Recht*, 2. Aufl., Frankfurt a.M. 2001; dies., *Medien der Rechtsprechung*, Frankfurt a.M. 2011; dies., *Das Recht und seine Mittel. Ausgewählte Schriften*, Frankfurt a.M. 2012. Der Vorstoß zu den existentiellen Gründen des Rechts im kulturwissenschaftlichen Zugang erhellt besonders deutlich im psychoanalytischen Plädoyer für eine kulturwissenschaftliche Jurisprudenz José Brunners (»Freud and the rule of law«, a.a.O.). Eine zentrale Referenz für die hier eingenommene Perspektive ist Robert Covers ebenfalls ausdrücklich kulturtheoretische Wendung zur pluralen gesellschaftlichen Sinnhaftigkeit des Rechts. Vgl. R. Cover, »Nomos and Narrative«, a.a.O., insbes. S. 11.

Grenzen und Widersprüche aufgewiesen. Im Fortgang zu anderen Autor:innen werden Bezüge und Entwicklungen exponiert, in denen sich das Bild des Motivs allmählich verdichtet. In der vorbereitenden Diskussion politischer Theologie und der Erkundung der Entfaltungsbedingungen der Fremdheitsdynamik im letzten Teil liegt der Fokus loser auf breiteren Diskurskomplexen. Auch hier geht die Argumentation aber immer wieder näher auf einzelne Autor:innen ein und folgt den Gedankengängen ihrer Werke.

Die theoretische Erhellung eines sachlichen Motivs aus der Exegese ausgewählter Werke in einer größeren ideengeschichtlichen Konstellation ist ein klassisches, aber nicht unumstrittenes Format philosophischer Studien. In einigen Diskurskontexten wird die Vertiefung in die Ideengeschichte als Abweg von der Problemanalyse betrachtet. Auch wenn die Verarbeitung historischer Quellen zur Ausdeutung sachlicher Motive bejaht wird, wird diese sporadischer und eklektischer im Zuge einer eigenständigen Problembetrachtung unternommen. Die genauere Vertiefung in ganze Werkzusammenhänge und ihre Einordnung in eine ideengeschichtliche Konstellation wird als ein alternatives, historisches Unterfangen gesehen, das von der theoretischen Erkundung der Sache zu unterscheiden ist.

Damit sind grundlegende methodische, epistemologische und disziplinäre Konflikte angesprochen, die hier nicht zu klären sind. Es erscheint aber angemessen, kurz zu umreißen, was das hier gewählte Vorgehen motiviert. Das Gewicht, das die Textexegese in der folgenden Untersuchung erhält, ist zunächst der schlichten Überzeugung geschuldet, dass die gewählte Literatur das interessierende Motiv tiefgreifend aufklären kann. Eine eigenständige oder allein im Rahmen aktueller Diskurse unternommene Problemuntersuchung könnte die Frage nicht annähernd so weit durchdringen wie eine Betrachtung, welche sich von breiteren historischen Ressourcen anleiten lässt. Diese Quellen bieten reiche, komplex aneinander anschließende und miteinander verwobene Interpretationen des Problems. Ihre Erkenntnisse bieten nicht nur gehaltvolle äußerliche Deutungen, sondern sind als solche bedeutend in die kulturgeschichtlich gewachsene Realität des Rechts eingegangen. Der Nachvollzug der überlieferten Einsichten in ihrer Tiefe und Komplexität erfordert aber eine genaue Lektüre im Bewusstsein weiterer Werkbezüge. Rücksichten auf den weiteren Werkkontext sind insbesondere unabdingbar, um Dynamiken des Rechts nicht isoliert, sondern in ihrer existentiellen und metaphysischen Bedeutung zu erfassen – im Blick darauf also, welche Stellung Recht im weiteren Zusammenhang der Wirklichkeit und unserer Situierung darin zukommt. Die Vertiefung in ein Werk ist gerade auch dort produktiv, wo sie von unseren eigenen Intuitionen abführt und diese so in Frage stellt. In der Pluralität der konsultierten Autor:innen erhellen aber auch Grenzen, Besonderheiten und realgeschichtliche

Bezüge der rezipierten Ansätze. Zugleich treten in den Entwicklungen und Zusammenhängen zwischen den unterschiedlichen Perspektiven Erkenntnisse und Akzentuierungen hervor, die der isolierten Betrachtung eines einzelnen Ansatzes nicht zugänglich sind. So schließt die Lektüre der Motivdeutung viele Einsichten und Reflexionsgewinne auf, die dem selbständigen Blick auf die Sache entgehen. Die Interpretation tritt freilich nicht ziellos an die Quellen heran. Sie sucht diese am Leitfaden eines bestimmten Problems auf und befragt sie daraufhin. Dass das Thema nicht in einem Begriff aufgeht, der in den Quellen einen festen, expliziten Ort hat, verstärkt den Abstand von der herangezogenen Literatur. Wie die eigene Wahrnehmung am Licht der Quellen gebrochen wird, so werden die Letzteren am Leitfaden des sachlichen Motivs befragt, geordnet und beurteilt. In dieser Spannung von Text- und Sachbezug wird das Motiv freigelegt.

Da der geschichtliche Korpus der Rechtstheorie unseren Rechtsverständnissen explizit und implizit zugrunde liegt, ist seine Deutung für unsere Begriffe des Rechts von unhintergebar relevanter Relevanz. Die Erzählungen und Interpretationen von den historischen Quellen schlagen sich nieder in der Weise, wie wir Recht sehen, denken und handhaben. Die Rekonstruktion einer unterbelichteten Theorielinie betrifft so durchaus unmittelbar unser aktuelles Rechtsbewusstsein. Die Exposition dieses intellektuellen Erbes bedarf nicht einfach der Mitteilung andernorts übergangener Quellen. Einige, wenn auch nicht alle der hier verhandelten Schriften finden jedenfalls in bestimmten Kontexten der Gegenwartsdiskussion eine durchaus breite Rezeption. In dieser Verarbeitung werden aber oft gerade diejenigen Leitgedanken übergangen, die für die hier zu rekonstruierenden Einsichten von entscheidender Relevanz sind. Die Herausforderung besteht darin, diese empfindlichen Verkürzungen zu korrigieren.

Bei Kant und Hegel betrifft dies allem voran die Unendlichkeit und Absolutheit des Rechts, die sich zunächst im öffentlich-sittlichen Charakter des Rechts, dann aber vor allem im Nexus von Recht und Geschichte konkretisiert, worin die idealistische Rechtsphilosophie die Alternative von natürlichem und positivem Recht aufhebt. Mit Blick auf Kants Rechtsphilosophie wird vielfach auf das Apriorisch-Vorpolitische nach der Darstellung des Privatrechtsteils seiner Rechtslehre fokussiert. Einige Motive der Lehre vom öffentlichen Recht wie zum Beispiel der Kosmopolitismus finden zwar viel Beachtung, werden aber selten in ihrem spezifisch rechtlichen Charakter gewürdigt. Hegels Sittlichkeit wird sehr eifrig diskutiert, dabei jedoch oft als Größe neben dem formalen Recht konzipiert. Einseitig privilegieren viele Rekonstruktionen ferner entweder den Aspekt des Institutionellen oder den des Informellen im Sittlichen, statt den von Hegel herausgestellten dynamischen Zusammenhang zu würdigen. Damit werden bei beiden Autoren nicht zuletzt

die Dimensionen der Differenz und Pluralität verschüttet. Wo sie merkt werden – insbesondere in der Rezeption von Hegels Anerkennungslehre –, werden sie geschichtsverkürzend in der Totalität der aktuellen Gesellschaft situiert und ebenfalls unzureichend in ihrer rechts- und verfassungstheoretischen Explikation gesehen.

Hinsichtlich des Alteritätsdenkens steht die Aufgabe im Vordergrund, die rechtsphilosophischen Dimensionen dieses Diskurses allererst bekannt zu machen. Derridas Auseinandersetzung mit Fragen des Rechts ist verhältnismäßig gut bekannt, die zentrale Bedeutung des Alteritätsmotivs wird allerdings häufig übergangen. Lévinas' Beschäftigung mit dem Recht wird wesentlich seltener gewürdigt, diejenige Barths außerhalb der Theologie fast gar nicht und selbst im theologischen Diskurs eher am Rande. Diese Vernachlässigung hängt allerdings auch mit Interpretationsproblemen zusammen, die bei genauerem Hinsehen mit denjenigen bei Kant und Hegel verwandt sind. Soweit die Alteritätsfigur aufgegriffen wird, wird sie oft entweder der sozialen oder weltlichen Objektivität subsumiert oder im Gegenteil theologisch verjenseitigt. Das wiederum geschichtlich konnotierte Paradox immanenter Transzendenz, das wirkliche Alterität meint, wird verdrängt. Im Blick auf Barth äußert sich dies so, dass sein Werk heute – wie ein Großteil der theologischen Denktradition – kaum außerhalb der Theologie wahrgenommen wird und seine Besinnung auf das Andere innerhalb der Theologie häufig als undialektische Distanzierung von den gesellschaftlich-politischen Verhältnissen rezipiert wird – entgegen aller Evidenz von Barths eigenen theoretischen wie praktischen Schlussfolgerungen. In der Rezeption von Lévinas wird die Verschränkung von sozialer und theologischer Dimension zwar besser wahrgenommen. Trotzdem werden seine Analysen der Alteritätserfahrung oft auf zwischenmenschliche Interaktionen reduziert und darin wiederum in vielen Fällen auf Konstellationen interpersonaler Beziehung ohne institutionelle Vermittlung. Das hat auch damit zu tun, dass die philosophischen Arbeiten häufig ohne Berücksichtigung der Schriften zum Judentum gelesen werden. Recht erscheint derart als Randthema und tritt – wenn überhaupt – meist nur unter dem Gesichtspunkt der Einbeziehung des Dritten, nicht aber in seiner spezifischen Strukturlogik in den Blick. Diese Verengungen haben auch Gründe in Lévinas' eigener Darstellung, werden aber weder seiner allgemeinen Explikation des Alteritätsmotivs noch seinen spezifisch rechtstheoretischen Beobachtungen gerecht. Zu wenig beachtet bleiben die Dimensionen der Alteritätserfahrung jenseits der zwischenmenschlichen Begegnung, die Derrida dann noch konsequenter erläutert. In der Lektüre von Derridas Rechtsphilosophie wird das Alteritätsmotiv ungeachtet seiner Prominenz oft einfach ausgeklammert. Andernorts wird es auf ein negativ-tragisches Moment verkürzt. In beiden Fällen bleibt Derridas nachdrücklich affirmativ-positiver Bezug auf das Andere im Anschluss an

Lévinas ignoriert. Die implizierte Sprengkraft wird so entschärft. Diese Missachtung hängt auch zusammen mit einer häufigen Engführung sehr verschiedener und teils konträrer Varianten der Wendung zur Differenz und dem Anderen im 20. Jahrhundert. Sie reicht von agonistischen Anschlüssen an Schmitts Freund-Feind-Unterscheidung über Lacans Diagnose vom Mangel des großen Anderen zu Lévinas' Evidenz eines unendlichen Anspruchs und Barths Offenbarung des Ganz Anderen. In der Tat verschränkt Derrida viele dieser Ansätze. Er nivelliert aber nicht ihre Unterschiede und unterlässt es nicht, sich differenziert in kritischer Nähe von Lévinas zu positionieren. Die einseitig negative Auflösung der spannungsvollen Alteritätslogik ist ähnlich auch in der Rezeption Robert Covers zu beobachten. In allen Fällen wird die christologisch beziehungsweise messianisch erläuterte Perspektive des geschichtlichen Aufbruchs des sozialen Horizonts inmitten der sozialen Verhältnisse verdunkelt, aus der die Bedeutung des Rechts erhellt. Damit werden auch die Anschlüsse wie die Einwände gegen Kant und Hegel undeutlich. Diese und weitere Klammern der Rezeption sind aufzulösen, um die interessierende Theorielinie darzutun.

Ein Wort sei noch zur disziplinären Verortung gesagt. Die Studie verarbeitet insbesondere philosophische, theologische und juristische Quellen. In der Vermittlung dieser unterschiedlichen Ressourcen soll ein Beitrag zur disziplinenübergreifenden Theoriedebatte geleistet werden. In der gegenwärtigen intellektuellen Arbeit ist die »Departmentalisierung des Geistes« auch im Theoriedialog ausgeprägt.<sup>64</sup> In verschiedenen Fächern werden auch zu gemeinsamen Themen oft separierte Diskurse mit je unterschiedlichen Zugangsweisen, ideologischen Tendenzen und Literaturgrundlagen gepflegt. In einem gewissen Maße ist dies zweifellos eine unabdingbare Implikation der Ausbildung von Fachkulturen und der sinnvolle Ausdruck gemeinschaftlicher Reflexionsprozesse. Damit verbindet sich aber auch das Gebot einer steten Anstrengung, diese Grenzen in der geistigen Arbeit durchlässig zu halten und zu überschreiten. Andernfalls werden sie zu unreflektierten Scheuklappen. Hierfür genügt es freilich nicht, punktuell mit festgelegter Fachzuschreibung zum interdisziplinären Gespräch zusammenzusitzen. Es bedarf konsequenter Bemühung, unterschiedliche Perspektiven und Paradigmen im Blick auf geteilte Fragen zusammenzudenken. Dies wird im Folgenden versucht.

Die Theologie wird heute im übrigen Theoriedialog oft besonders strikt ausgeblendet. Ihre Beiträge werden von vielen Seiten nicht als Teil gemeinsamer Wirklichkeitsinterpretation erkannt. In Philosophie und Rechtswissenschaft erscheint dies angesichts der engen geschichtlichen

64 Th.W. Adorno, *Minima Moralia*, a.a.O., S. 21; ders., »Charakteristik Walter Benjamins«, in: *Gesammelte Schriften*, a.a.O., Bd. 10.1, S. 238–253, 156.

und sachlichen Bezüge besonders bedenklich. Die Lücke gefährdet auch die Reflexion der eigenen Geschichte.<sup>65</sup> Es dürfte unmittelbar ersichtlich sein, dass die eben skizzierten Verengungen in der Rezeption der Hauptquellen dieser Arbeit eng mit dem Vergessen der Theologie zusammenhängen. Die Reintegration der Theologie in das interdisziplinäre Theoriegespräch erscheint mithin als besonders dringliches, aber auch besonders anspruchsvolles Anliegen. Dieses Desiderat wird zu Beginn des Barth-Kapitels nochmals eigens erläutert. Das Aufbrechen diskursiver Grenzen impliziert natürlich eine irritierende Überschreitung herrschender Sprech- und Sehgewohnheiten. Die Begrifflichkeit christlicher Theologie ist dem theoretischen Diskurs weithin fremd und suspekt geworden. Hier kann nur dazu ermuntert werden, diese Irritation offen auf ihren Erkenntnisgewinn zu prüfen und nicht durch unerschütterliche Vorverständnisse zu neutralisieren.

Max Horkheimer hat in seinem klassischen Aufsatz zu den Bedingungen kritischer Theoriebildung das Bewusstsein eigener Historizität hervorgehoben.<sup>66</sup> Dieses Bewusstsein impliziert die Reflexion der Teilhabe auch theoretischer Arbeit an aktuellen gesellschaftlichen Auseinandersetzungen und die Wahrnehmung der Vorläufigkeit jeder Intervention. Wie bemerkt wurde, ist diese Arbeit vor dem Hintergrund aktueller Tendenzen der Ökonomisierung, vor allem aber der inzwischen ebenfalls deutlich greifbaren Politisierung des Rechts verfasst. Gegen die Verfügbarkeits- und Beherrschungssehnsucht dieser Ideale wird die Kraft der Widerständigkeit des Rechts gegen die endlichen Horizonte des gesellschaftlichen Bewusstseins herausgearbeitet. Das Vorhaben ist aus der Auseinandersetzung mit aktuellen Entwürfen kritischer Rechtstheorie hervorgegangen. Es ist von der Beobachtung angestoßen, dass viele dieser Ansätze in ihrem Affekt, ihren Narrativen und ihren Visionen gegen das Recht unvermerkt mit regressiven politischen Entwicklungen konvergieren, die den eigenen Intentionen entgegengesetzt sind. Die philosophische Wurzel dieses Sachverhalts wird in einer Verabsolutierung des Sozialen erkannt, die letzten Endes bewusst oder unbewusst zu einem totalen Politikbegriff führt: Kein Gesichtspunkt überschreitet den Horizont der menschlichen Gesellschaft. Die höchste Freiheit läge in der

65 Vgl. zum intimen geschichtlichen Verhältnis von Philosophie und Theologie und den Implikationen selbst für das Programm eines nachmetaphysischen Denkens J. Habermas, *Auch eine Geschichte der Philosophie*, 2 Bde., Berlin 2019.

66 Vgl. M. Horkheimer, »Traditionelle und Kritische Theorie«, in: ders., *Traditionelle und Kritische Theorie. Fünf Aufsätze*, 6. Aufl., Frankfurt a.M. 2006, S. 205–259. Vgl. ferner zum Geschichtsbewusstsein als Kern des Programms kritischer Theorie und den Grenzen der Frankfurter Ansätze M. Theunissen, »Gesellschaft und Geschichte«, in: *Kritische Theorie der Gesellschaft. Zwei Studien*, Frankfurt a.M. 1981, S. 1–40.

totalen Aneignung der Weltverhältnisse, der ungebrochen souveränen Entscheidung. Jeder Entzug vom gesellschaftlichen Verfügen ist Betrug.

Vor diesem Hintergrund legt unsere Abhandlung das Gewicht auf das Versprechen des Rechts. Sie versucht, das Triftige des rechtskritischen Impulses deutlich darzutun, dabei aber den kritischen Sinn des Rechts hochzuhalten. Um die Gewichtung von Kritik und Affirmation angemessen einzuordnen, ist dieser Kontext zu berücksichtigen. In einem Umfeld blinden Vertrauens in die Emanzipationskräfte rechtsstaatlicher Strukturen müsste anders geschrieben und gehandelt werden. Gültig bliebe aber auch dort die Bindung aller kritischen Rechtsreflexion an die Affirmation des rechtlichen Versprechens.