

TRANSNATIONAL FORCE OF LAW

FUNDED BY THE EUROPEAN RESEARCH COUNCIL

Publikation im Rahmen des ERC Projektes

TRANSNATIONAL FORCE OF LAW

unter der Leitung von Andreas Fischer-Lescano

Weitere Informationen zum Projekt finden Sie
unter: www.tfl.uni-bremen.de

This project has received funding from the European Research Council (ERC) under the European Union's Horizon 2020 research and innovation programme (ERC-2014-CoG, No. 647313-Transnational Force of Law, Andreas Fischer-Lescano)



European Research Council

Established by the European Commission

TRANSNATIONAL FORCE OF LAW (gefördert durch den European Research Council)
Universität Bremen — Zentrum für Europäische Rechtspolitik
Büro: Mar Escudero Morón • Telefon +49(0)421 218-66 201 • Fax +49(0)421 218-66 230
Universitätsallee GW1 • 28359 Bremen

www.tfl.uni-bremen.de

Wozu Rechtsphilosophie?*

Kritik des Hyper-Juridismus bei *Christoph Möllers* und *Rainer Forst*

Prof. Dr. Andreas Fischer-Lescano, Bremen

„Rechtsphilosophie, die ihren Namen verdient, darf es sich weder im Diesseits gelingender (gerechter) normativer Praxis noch im Jenseits guter (gerechter) Gründe bequem machen. Im Gegenteil: Rechtsphilosophie bedarf angesichts juristischer Selbstgerechtigkeit nichts dringlicher als der Haltung radikaler Dissidenz.“

I. Hyper-Juridismus

Die deutschsprachige Rechtsphilosophie war, wo sie sich nicht mit ritualisierter Traditionspflege begnügt, bis zur Jahrtausendwende vornehmlich vom Liberalismus geprägt. Inzwischen hat sie sich aber erfreulich aufgefächert. In ihr finden poststrukturalistische, diskurstheoretische, postmaterialistische, kulturalistische, ästhetische und sprachanalytische Sozialphilosophien Platz; ja sogar systemtheoretische Ansätze werden vertreten.¹ Selbst diejenigen Autorinnen und Autoren, die sich noch mehr oder weniger deutlich zum Liberalismus bekennen, reichern dessen Denkperspektive eklektisch an.

Sichtbar wird dies insbesondere bei den beiden derzeit prägenden Autoren dieser Form eklektisch-liberaler Rechtsphilosophie, dem Staatsrechtler *Christoph Möllers* und dem Moralphilosophen *Rainer Forst*. Beide kombinieren – im Fall von *Rainer Forst* – liberal geprägte (politische) Philosophie von *John Rawls* bis *Jürgen Habermas* mit Kritischer Theorie von *Theodor W. Adorno* bis *Max Horkheimer* und – bei *Christoph Möllers* – liberal geprägte Rechtsphilosophie mit sprachphilosophischen und ästhetischen Perspektiven.² Ihre Gesamtkonzeptionen haben sie mittlerweile voneinander abgegrenzt,³ wobei die Konfliktkonstellation die disziplinären Zugehörigkeiten verkreuzt: Der Jurist *Möllers* ordnet sich einer empirischen Rechtsphilosophie zu, der Philosoph *Forst* einer normativen Rechtfertigungslehre.

Ähnlich der *Alexy-Günther*-Kontroverse der 1990er Jahre, in der die Kontrahenten letztlich nur unterschiedliche Spielarten der Diskursethik vertraten und sich lediglich über den Punkt

* Erscheint in Juristenzeitung 2018.

¹ Für einen Überblick *Mahlmann*, Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, 4. Aufl. 2016, S. 221ff.; sowie die Beiträge in *Buckel* u.a. (Hrsg.), Neue Theorien des Rechts, 2. Aufl. 2008.

² Ich beziehe mich in erster Linie auf *Möllers*, Die Möglichkeit der Normen, 2015, und *Forst*, Normativität und Macht, 2015.

³ *Möllers gegen Forst*: Der noumenale Machtbegriff gehe an den sozialen Praxen vorbei und taue nicht zur Deskription (*Möllers* (Fn 2), S. 50ff.). Daran ist richtig, dass *Forst* die „Macht gänzlich im noumenalen oder intelligiblen Raum“ verortet (*Forst*, Fn. 2, 59). Diese Definition schließt dann zwar auch Machtphänomene ein, die auf unrichtigen und schmutzigen Gründen beruhen, entwickelt aber kein Sensorium für subtile Formen der Macht, die arational wirken. *Forst gegen Möllers*: Die Konzentration auf die Ermöglichungsdimension des Rechts bietet nur einen romantischen Blick auf das Recht (*Forst* ZEIT v. 28.01.2016). Daran ist richtig, dass die Ausblendung der „beschränkenden Seite des Normativen“ (*Möllers* (Fn 2), S. 448) gerade bei einem Autor irritiert, der sich forensisch für repressive Staatspraktiken einsetzt und u.a. die Bundesregierung hinsichtlich der Einführung der Vorratsdatenspeicherung vor dem Bundesverfassungsgericht vertreten hat (1 BvR 256/08).

der Lokalisierung des Legitimationsdiskurses – Normbegründung (*Robert Alexy*) oder Normanwendung (*Klaus Günther*) – stritten,⁴ scheinen auch bei *Möllers* und *Forst* die gegenseitigen Absetzbewegungen aus einer sehr großen Nähe der beiden Denkweisen zu resultieren. Beide Autoren – das ist die These, der ich im Folgenden nachgehen möchte – haben in je unterschiedlicher Weise ein zu unbekümmertes Verständnis von Normativität. Dadurch erwächst ihre Philosophie je zu einem Hyper-Juridismus, nach dem die Gesellschaft als juridistisch durchorganisiert konzipiert und die Vielfalt sozialen Lebens in Maßeinheiten der Normativität bemessen wird.⁵ Die Rechtsphilosophien von *Möllers* und *Forst* sind hierbei durch vier gemeinsame Merkmale geprägt:

1. Die Rechtsphilosophie ist *gesellschaftsblind*. Gesellschaftliche Ausdifferenzierung im Allgemeinen und rechtliche Reflexivität im Speziellen werden nicht in der notwendigen Tiefe analysiert.
2. Die rechtliche Beobachtungsform der Welt wird durch eine extreme Ausweitung des Normbegriffs (*Möllers*) bzw. der juridischen Urteilstechnik (*Forst*) *entgrenzt*.
3. Die rechtlichen *Reflexivitätsformen* (Recht des Rechts), mit denen eine Begrenzung der Rechtsgewalt möglich ist, geraten aus dem Blick (*Möllers*) bzw. werden nicht wieder auf den eigenen Begriff der Rechtfertigung angewendet (*Forst*).
4. Die *Paradoxie des Rechts* wird verdrängt, was im Ergebnis dazu führt, dass die Potentialität der Ungerechtigkeit gelingender (*Möllers*) bzw. gerechtfertigter (*Forst*) Normativität im blinden Fleck des philosophischen Nachdenkens über Recht platziert wird.

Indem ich im Anschluss an die Kritik der Ansätze von *Möllers* und *Forst* zwei Alternativen zu den hyper-juridistischen Scheinalternativen von empirischer Rechtsphilosophie bzw. normativer Rechtfertigungslehre diskutiere, möchte ich meine These in drei Schritten entfalten: (II.) Die hyper-juridistischen Rechtsphilosophien von *Möllers* und *Forst* verdrängen mit ihrer Negation der Rechtsparadoxie jeweils Zweifel am eigenen Verständnis der Normativität und deren Nutzen für Menschen und Gesellschaft. (III.) Ein gegen den Hyper-Juridismus sich wendender Rechtsnihilismus ist keine angemessene Alternative. (IV.) Vielmehr geht es darum – und das ist die Aufgabe der Rechtsphilosophie, ihr *Wozu* –, im Recht den Selbstzweifel potentieller Ungerechtigkeit zu nähren.

II. Paradoxie des Rechts

Dass zwischen Recht und Gerechtigkeit eine unüberwindbare Kluft liegt, dass die Welt des Rechts *un-gefügt* und unrechtes Recht möglich ist, hat gerade auch die deutschsprachige Rechtsphilosophie in der Tradition *Immanuel Kants* betont.⁶ Bei *Kant* selbst kommt das

⁴ *Günther*, Der Sinn für Angemessenheit, 1988, S. 53ff.; *ders.* Ratio Juris 6 (1993), 143ff.; *Alexy*, Recht, Vernunft, Diskurs, 1995, S. 57ff.

⁵ Zum Begriff des Juridismus siehe *Hörl*, in: *Vismann* u.a. (Hrsg.), Urteilen/Entscheiden, 2006, S. 236ff.; siehe ferner den Religionssoziologen *Jacques Leclercq*, der unter Juridismus „eine vom Recht beherrschte Auffassung des gesellschaftlichen Lebens“ versteht (*ders.* Dokumente 8 (1952), S. 315ff., 315); vgl. auch *Andreas Fisahn*, für den der „subjektive Juridismus“ eine Folge der Überhöhung des subjektiv konzipierten Nutzenkalküls darstellt (*ders.*, Natur-Mensch-Recht, 1999, S. 58).

⁶ Zur Gerechtigkeit als Gegenstand der Rechtsphilosophie siehe *von der Pfordten* JZ 2004, 157ff. Allerdings besteht seine Aufgabenzuweisung an die von ihm als Subdisziplin der Rechtsphilosophie eingesetzte Rechtsethik in einer pluralistischen Gesellschaft, in der die Gerechtigkeitsfrage auch „Jenseits von Gut und Böse“ gestellt wird, wohl nur bedingt den Universalisierbarkeitstest; siehe ferner *Reinhart Koselleck*, der seit *Herodot* bekanntlich fünf Erfahrungsraster der Gerechtigkeit identifiziert (*ders.*, Zeitschichten, 2000, S. 336).

Bewusstsein von der Paradoxie des Rechts im „Notrecht“ zum Ausdruck. In einer Formulierung, die *Jacques Derrida* „schier schwindelerregend“⁷ nennt, definiert *Kant* jene „Zweideutigkeit“ damit, „daß es Fälle eines bezweifelten Rechts gibt, zu deren Entscheidung kein Richter aufgestellt werden kann.“⁸ Diese Unentscheidbarkeit von Recht und Unrecht, die quälende Frage nach der Gerechtigkeit des Rechts, ist auch nach *Kant* Gegenstand zentraler rechtsphilosophischer Texte. *Gustav Radbruchs* Formel vom ungerechten Recht⁹ und *Adolf Merkl*s Nachdenken darüber, wie man den rechtlich fehlerhaften Rechtsakt „als Scheinakt erkennen und als Justizmord oder Gewaltakt“¹⁰ brandmarken kann, zeugen von dem Gespür dafür, dass die Frage nach dem Recht des Rechts logisch nicht aufgeht.

Luhmann bringt das im Begriff des „re-entry“ auf den Punkt: Wenn die Innenseite einer Unterscheidung (Recht) bestimmt, wie die Differenz von Recht und Nichtrecht zu ziehen ist, kommt es zu einem re-entry der Unterscheidung in das Unterschiedene.¹¹ Es ist genau diese paradoxe Bewegung, die auch *Derrida* avisiert, wenn er der *différance* von Rechtlichem und Recht sowie den daraus resultierenden Aporien nachgeht: „Doch das Paradoxon, das ich in die Diskussion einbringen möchte, hat folgende Gestalt: Weil sie sich dekonstruieren läßt, sichert die Struktur des Rechts [...] die Möglichkeit der Dekonstruktion [...] Die Dekonstruktion ist die Gerechtigkeit [...] die Dekonstruktion ereignet sich in dem Zwischenraum, der die Unmöglichkeit einer Dekonstruktion der Gerechtigkeit von der Möglichkeit der Dekonstruktion des Rechts, von der legitimierenden oder legitimierten Autorität trennt.“¹²

Der Hyper-Juridismus von *Forst* und *Möllers* verdrängt hingegen mit der Paradoxie den Zwischenraum zwischen Recht und Gerechtigkeit und verliert dadurch die Frage der Philosophie, nämlich die Frage der Ungerechtigkeit der (normativen und realen) Rechtsfertigung, aus dem Blick.

1. Gespenst der Paradoxie (*Möllers*)

In *Möllers*' Nachdenken über die „Möglichkeit der Normen“, das *Marietta Auer* als eine Kulturtheorie des Verfassungsstaates mit „philosophischem Überbau“¹³ bezeichnet hat, ist zwar der nah an die Paradoxie des *ex iniuria ius oritur* reichende Gedanke zentral, dass die Abweichungsmöglichkeit für die Norm geradezu charakteristisch ist, dass Normen den Normbruch ermöglichen und dass die entstehende Potentialität einen utopischen Überschuss

⁷ *Derrida*, Privileg. Vom Recht auf Philosophie I, 2003, S. 139, Fn 70: „Man braucht gar nicht zu erwähnen, dass das, was sich auf den drei folgenden Seiten abspielt, schier schwindelerregend ist.“ *Slavoj Žižek* macht bei *Kant* eine weitere Dimension der Paradoxie aus, die die Form der Gründungsparadoxie annehme; das Recht basiere auf dem „paradox of retroactively grounding itself“ (*ders.* Unbound 4 (2008), 1ff., 10; ferner *ders.*, in: *Goodrich/Carlson*, Law and the postmodern Mind, 1998, 75ff., 82).

⁸ *Kant*, Metaphysik der Sitten, Werke VIII, 1978, S. 341.

⁹ *Radbruch* SJZ 1946, 105.

¹⁰ *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft, 1923, S. 284, Fn. 1.

¹¹ *Luhmann*, ZfS 1987, 161ff.

¹² *Derrida*, Gesetzeskraft: Der 'mystische Grund der Autorität', 1991, S. 30f. Es liegt auf der Hand, dass ein Richter, der sich mit der Gerechtigkeit „im Reinen“ fühlt und der von sich sagen zu können meint, dass ihm kein Fall einfallt, in dem er sein Urteil oder seinen Vergleichsvorschlag „im Nachhinein nicht mehr für gerecht gehalten hätte“ (Gnisa, Ende der Gerechtigkeit, 2. Aufl., 2017, S. 92), in dieser Perspektive ein mehr als nur unheimlicher Mensch ist.

¹³ *Auer* RG 24 (2016), 430, 430; *Möllers* selbst spricht von einem „Abfallprodukt einer ungeschriebenen Rechtslehre“ (*ders.*, Replik des Autors. Möllers-Buchforum, 21.12.2015, www.theorieblog.de).

schaffe, der die realexistierende Welt mit einer potentiell anderen kontrastiere. Kontrafaktische Normen führen, so *Möllers*, eine Unterscheidung ein, „durch die in der Welt Abstand von der Welt genommen werden soll.“¹⁴

Möllers legt aber Wert auf die Feststellung, dass dem keine Paradoxie zu Grunde liege; Paradoxie sei ein modischer Begriff der Systemtheorie und insgesamt unbrauchbar für die Beschreibung sozialer Zusammenhänge. In einer Replik zu einer Serie von Besprechungen seiner „Möglichkeit der Normen“ schreibt er: „Mit dem durch Niklas Luhmann eingebrachten Begriff der Paradoxie kann ich wenig anfangen. Dass eine systemkonstituierende Unterscheidung auf sich selbst angewendet zu keinen entscheidbaren Kriterien führt, und dass sich daraus alles Mögliche als „Strategie der Ent-Paradoxierung“ erklären lässt, kommt mir wie eine Schwundstufe eines differenztheoretischen hegelianisierenden Arguments vor, das alle möglichen Phänomene beschreiben will, diese aber trotzdem in ein enges begriffliches Raster zu pressen sucht.“¹⁵

Möllers begründet seine Ablehnung des differenztheoretischen Arguments damit, dass er Normen als hybride Gebilde auffasst, die sich der Zuordnung zu funktionalen Zusammenhängen entzögen und sphärenübergreifend gesellschaftliches Leben prägten. Die Aussage, das Recht entscheide, was zum Recht, die Politik, was zur Politik gehöre, unterstelle eine Verselbständigung der Funktionssysteme, „die sich so an vielen hybriden Phänomenen nicht beobachten lasse.“¹⁶ Gerade diese Behauptung der Hybridität ist nun aber das zentrale Problem, denn in ihr erweist sich die Leerstelle seines Bemühens: *Möllers* entwickelt weder einen Begriff sozialer Normen, noch konkretisiert er die gesellschaftlichen Bedingungen sozialer Konfliktizität. Er bietet eine Normentheorie, ohne dass er die Form der Normativität und deren Herstellungsbedingungen thematisiert. Die Leerstelle erkennt er selbst und meint in der o.g. Replik, dass er, hätte er die „Möglichkeit der Normen“ neu zu schreiben, „Normen als Verdichtungsformen beschreiben [würde], die mit Hilfe von Texten, Begriffen, Objekten, Routinen mehr oder weniger erfolgreich stabilisiert werden können.“¹⁷

Setzte man dies um, müsste man für das Recht der Weltgesellschaft die Routinen, Programme und Strukturen identifizieren, die jedenfalls für Rechtsnormen die Kreuzung des Codes Recht/Unrecht strukturieren und die rechtliche Erwartungsstabilisierung ermöglichen. Man müsste daneben die nicht-rechtlichen Normprogramme kontextualisieren, den je autochthonen Charakter der Regelmäßigkeit in sozialen Sphären herausarbeiten und die Unterschiede der gesellschaftlichen Kontexte als Kontexte elaborieren. Eine solche Beschreibung stabilisierter Erwartungsstrukturen in unterschiedlichen gesellschaftlichen Sphären hat *Möllers* aber nicht geleistet. Stattdessen behauptet er in einer abstrakten und gesellschaftsblinden Form funktionssystemübergreifende Normhybride, bei deren Exemplifizierung er regelmäßig auf Rechtsnormen zurückgreift,¹⁸ ohne dass gesagt worden wäre, was Normen zu Normen macht.

a) Kollisionsrecht als Form der Paradoxie

Gerade *Möllers`* rechtswissenschaftliche Beispiele zeigen dabei, wie das Gespenst der Paradoxie längst hinter dem Rücken des Autors in sein Buch hineingekrochen ist. Beim Versuch, sich zu tarnen, ist ihm aber ein Fehler unterlaufen. Eine Unachtsamkeit. Das Gespenst hat eine Spur hinterlassen, die dem Autor entgangen ist: Im Sachregister der gebundenen Erstausgabe (in der stw-Taschenbuchausgabe wird die Spur verwischt werden) findet sich der Eintrag „Kollisionsrecht“. Er bleibt ein Stichwort ohne Seitenangabe. Gespenster sind scheue Gestalten. Das aber ist seine Spur. Das ist die Spur der Paradoxie des

¹⁴ *Möllers* (Fn 2), S. 14.

¹⁵ *Möllers* (Fn 13).

¹⁶ *Möllers* (Fn 2) 441.

¹⁷ *Möllers* (Fn 13).

¹⁸ Vgl. im Gegensatz dazu *Niklas Luhmanns* Vorgehen, sich bei der Entwicklung einer soziologischen Normtheorie, „zunächst neutral [zu] verhalten und die Optik der vorherrschenden Moral bzw. des Rechts ab[zulegen]“ (*ders.* Soziale Welt 20 (1969), 28ff., 40).

Rechts. Denn die Paradoxie ist eine Form des Kollisionsrechts, wenngleich eine besondere – in *Rudolf Wiethölter's* Legaldefinition der Paradoxie wird das deutlich: „Kein Wunder, daß unsere Rechts-Semantik [...] den zeitgenössischen Anforderungen der zeitlosen Rechts-Paradoxie (in summa: eines in das Recht eingelassenen Kollisionsrechts über Recht und Nichtrecht) weder ‚gut‘ tut noch ‚gerecht‘ wird.“¹⁹

Und genau das ist die (zeitlose) Rechtsparadoxie: eine Form des Kollisionsrechts. Ein Recht, das die Kollision von Recht und Nichtrecht regelt, ein (Kollisions-)Recht über Recht (und Nichtrecht). Diese Paradoxie, die Normkollisionsnormierung von Recht und Nichtrecht, die mit je kontingenten Invisibilisierungstechniken in der Rechtspraxis entfaltet werden muss, stellt sich – *Oliver Marchart* hat das zutreffend herausgearbeitet – auf einer operativen Ebene als gesellschaftliches Movens der (Rechts-) Entwicklung dar.²⁰ Die „zeitgenössischen Anforderungen der zeitlosen Rechts-Paradoxie“ sind kontingent und umstritten. Dieses Movens verliert Möllers mit der Paradoxie genauso aus den Augen, wie den Punkt, an dem die Rechtsreflexion einsetzt, um „gelingende Normativität“²¹ von mißlingender Normativität („weder ‚gut‘ tut noch ‚gerecht‘ wird“) zu unterscheiden.

Die hierbei virulent werdenden Normkollisionen werden in der „Möglichkeit der Normen“ zwar behandelt. Dabei geht es aber in der Tat – und insofern ist es richtig, dass der Registereintrag ins Leere geht – nicht um die voraussetzungsvolle Disziplin des „Kollisionsrechts“. *Möllers* widmet sich nicht dem Recht, das regelt, wie mit Kollisionen umzugehen ist, sondern behandelt die abstrakte Frage, ob es Normkollisionen gibt oder nicht. I.d.S. wird zunächst festgestellt, dass es Normkollisionen im Grunde fast gar nicht geben kann, dass sie – wenn es sie gibt/gäbe – streng genommen auch nicht Normkollisionen heißen dürften (weil das nur Sinn mache, wenn man unter Normen „raumzeitlich definierte Ereignisse“ verstehe), dass es eigentlich ja um Möglichkeitserweiterungen gehe usw. Letztlich aber kommt eine nicht unwesentliche Einschränkung seines Normkollisions-skeptizismus, wenn er festhält: „Dies soll die Existenz praktischer Dilemmata oder tragischer Situationen im Umgang mit Normen nicht leugnen“.²² Die Frage, bei der diese Form des Nachdenkens strandet, ist damit aber gerade die, mit der das philosophische Fragen einsetzt: Was heißt „tragische Situation“? Wie sich ihr stellen?

b) Gegensatzaufhebende Begriffsbildungen

Das Gespenst ist aber auch in nicht offensichtlich werdender Weise aktiv, es führt bei der Formulierung der grundsätzlichen These der Potenzialität der Norm die Hand: Wenn *Möllers'* (vermeintlich) nicht-normative Rechtsphilosophie die Bedingungen des „Gelingens von Normativität“ an die Gleichzeitigkeit ungebundener Distanzierung (der Norm von der Welt) und gebundener Potentialität (Sollen setzt Können voraus)²³ knüpft, läuft sie auf die Paradoxie auf.²⁴

Es ist dabei die Selbstreflexivität des Normativen, die Anwendung des Rechts auf sich selbst, die *Möllers* zu Selbstwidersprüchen und gegensatzaufhebenden Begriffsbildungen treibt, wobei im Hinblick auf die Paradoxie des Rechts eine dreifache Selbstaufhebung der Argumentation zu beklagen ist: (1) So bestreitet *Möllers* einerseits das Faktum funktionaler Ausdifferenzierung und führt die hybriden Normativitätsphänomene zu seiner Widerlegung an. Andererseits legt er Wert auf die Feststellung, dass es auch nicht darum gehe, die „Annahme sozialer Ausdifferenzierung zu leugnen.“²⁵ (2) So meint er einerseits, dass es nicht auf der Hand liege, dass rechtswidriges Recht wie ein durch Bestechung erlangtes Urteil dem Rechtssystem zuzuordnen sei.²⁶ Andererseits soll es nach seinem Ansatz nichtnormativer Normativität bei Normen gerade nicht darauf ankommen, in welchen (gerechtfertigten oder nicht gerechtfertigten) Verfahren sie zustande kommen, sondern nur darauf, dass sie zustande kommen. (3) Und so meldet er einerseits „Zweifel an der Idee fundamentaler

¹⁹ *Wiethölter*, in: *Joerges* u.a. (Hrsg.), *Rechtsverfassungsrecht*, 2003, S. 13ff., 14.

²⁰ *Marchart*, *Das unmögliche Objekt*, 2013, S. 192f.

²¹ „Gelingen kann Normativität nur, insoweit [...]“ (*Möllers* [Fn 2], S. 448).

²² *Möllers* (Fn 2), S. 351.

²³ *Möllers* (Fn 2), S. 145f.

²⁴ *Menke* *DZPhil* 64 (2016), 299, 305.

²⁵ *Möllers* (Fn 2), S. 441.

²⁶ *Möllers* (Fn 2), S. 440.

Normen, die als Basis für eine ganze Normordnung dienen sollen“ an, um diese Zweifel dann wenige Seiten weiter wieder durch ein Bekenntnis zu Normhierarchien beiseite zu schieben.²⁷

Würde Möllers die Fragen nach nichtnormativer Normativität, ungebundener Bindung, unhierarchischer Hierarchie, entdifferenzierter Ausdifferenzierung und nichtrechtlichem Recht nicht jeweils durch ein Jein, eine Attitüde des Sowohl-als-auch, wegwischen, dann hätte er sich der Paradoxie stellen müssen. Denn gerade bei der Normhierarchie, den secondary rules von *H.L.A. Hart*, kommt es zur Probe: Wo sind die Normen über Normen, was sind die Recht-Fertigungsregeln, die regeln, wie Recht zu fertigen ist? Wann ist Recht ungerecht?

c) Imperiale Normativität

Möllers verweigert sich dieser reflexiven Bewegung, indem er insistiert, einen „nichtnormativen Begriff von Normativität“ zu entwickeln.²⁸ Die Crux ist, dass er dieses Verständnis der nichtnormativen Normativität zwar in einer Vielzahl gesellschaftlicher Sphären zur Anwendung zu bringen sucht. Dabei entwickelt er seinen Normbegriff aber milieuspezifisch, also aus einer spezifisch juristischen Tradition heraus: Er bindet Normen neben der Möglichkeit, sie zu realisieren, an Autorität²⁹ und einen „Realisierungsmarker“.³⁰ Über letzteren unterscheidet Möllers die normative Norm vom nicht-normativen Wunsch dadurch, dass der Normsatz eine Antwort auf die Frage mitkommuniziert: „Wen kann er verpflichten?“³¹ Diese Bindung der Norm an die autoritative Verpflichtung im inter-personalen Verhältnis blendet neben der Tatsache, dass Normen gerade entpersonalisierter Provenienz sind,³² auch inter-legale und inter-normative Verquickungen aus, über die Unverbindliches in Verbindlichkeitsstrukturen einbezogen werden kann. Sie ist Konsequenz eines letztlich juristischen Normbegriffs, der nicht-imperiale Ausdrucksformen von Normativität – *Pierre Legendres* endloses Rechtsgespräch, *Franz Kafkas* „Studium des Rechts“ in „Der neue Advokat“, *Walter Benjamins* „Kultur der Herzen“ usw. – ausschließt.³³

Dieses Normativitätsverständnis ist einerseits zu *eng*: Schon im Recht geraten auf diese Weise zentrale Normbestände aus dem juristisch-imperialen Blick. Freiwillige Selbstverpflichtungen, Codes of Conduct, Memoranden of Understanding – wo wäre der Realisierungsmarker der „Verpflichtung“ in diesen (vermeintlich) unverbindlichen Absichtserklärungen? Und es ist zugleich zu *weit*: Denn es unterwirft alle Erscheinungsformen der Regelmäßigkeit, ja soziale Praxis als solche, in allen gesellschaftlichen Sphären einem juristischen Beobachtungsschema. Gerade gegen eine solche Fokusverengung richtete sich *Pierre Bourdieus* Kritik am Juridismus, dem er vorwarf, komplexe soziale Praxen aufs Juristische zu reduzieren – „als habe man die sozialen Praktiken erklärt, wenn man die explizite Regel benannt hatte, nach der sie angeblich hervorgebracht werden“.³⁴ Exakt mit dieser „Naivität des Juridismus“³⁵, gegen die sich Bourdieu richtete,

²⁷ Möllers (Fn 2), S. 413-415.

²⁸ Möllers (Fn 2), S. 65.

²⁹ „Bedarf jede Norm der Autorisierung [...]“ (Möllers [Fn 2], S. 401).

³⁰ Kritisch zu diesem Begriff Alexy JZ 2017, 788f.

³¹ Möllers (Fn 2), S. 165.

³² Luhmann Soziale Welt 20 (1969), 28ff., 33ff.

³³ Legendre, Vom Imperativ der Interpretation, 2010, S. 165; Kafka, Erzählungen, 1996, S. 111; Benjamin, Zur Kritik der Gewalt, in: GS II.1, 1991, S. 195.

³⁴ Bourdieu, in: Hofbauer u.a. (Hrsg.), Bilder-Symbole-Metaphern, 1995, S. 223ff., 223.

nämlich „die soziale Welt in der Sprache der Regel zu beschreiben“,³⁶ verfährt aber *Christoph Möllers*, wenn er soziale Praxis juristisch deutet, die Unterschiede in den Sphären gesellschaftlicher Praxis verschwimmen lässt und im Ergebnis einem Normfetischismus auf den Leim geht, den *Charles Taylor* „Nomolatrie“ nennt.³⁷

Diese juristische Fixierung kontaminiert nicht nur *Möllers* (Un-)Verständnis ästhetischer Praktiken, in denen mit „verschiedenen normativen Formen, etwa durch Kanonisierung oder durch die ästhetische Beurteilung von Werken“ operiert werde und in deren Zentrum das – so *Möllers* gegen ästhetische Theorien, wonach sich das Kunstwerk gerade dem Urteilen widersetzt – ästhetische „Urteilen“ stehe.³⁸ Sondern *Möllers* legt über alle von ihm betrachteten gesellschaftlichen Sphären – er untersucht Normen „politischer, ästhetischer, religiöser und rechtlicher“ Provenienz³⁹ – eine juristische Folie, über die er die systemischen Spezifika der Regelmäßigkeit nicht erfassen kann.

Seine Juridifizierung sozialer Praxis geht dabei einher mit einer, wie er selbst sagt, „Apologie des Normativen“.⁴⁰ Wo *Michel Foucault* der biopolitischen Gewalt der sozialen Disziplinarnormen, die „als Normalisierungsverfahren mehr und mehr die Gesetzesverfahren kolonisieren“, nachspürt, wo *Antony Anghie* die kolonialen Wurzeln der Normen dechiffriert und *Gilles Deleuze* das Recht als Schicksal skandalisiert, das zur Verzweiflung führt,⁴¹ da meint *Möllers*: „Als mit Präferenzen aufgeladene Erwartungen können sie [soziale Normen, a.f.l.] unserer Wahrnehmung ihre Offenheit nehmen, als soziale Präsenz von Bewertungen können sie Lebensentwürfe freudlos werden lassen, als sanktionsbewehrte Befehle können sie erwünschte Handlungen verhindern.“⁴²

Möllers’ euphemisierende Formulierungen vermögen die existentiellen Dimensionen des menschlichen Leidens an der Norm, bei der sogar der „Tod [...] zur Rettung“⁴³ geraten kann, nicht zu erfassen. Sie blenden nicht nur aus, dass die Norm „jeden Befreiungsprozess unterbricht“⁴⁴ und eine „entsetzliche Schwere [...], Elends-Gefühl [...], bleiernes Missbehagen“ evozieren kann.⁴⁵ Sie verkennen nicht lediglich, dass soziale Riten, Codes, Programme, Dispositive und Konformisierungskomplexe das gesellschaftliche Urteil über die Möglichkeiten der Entfaltung menschlichen Leben schon vor der Geburt gefällt haben⁴⁶ und dass „dem leibhaften Verhältnis, dem Gesetz des Bodens und des Blutes“ eine schicksalshafte Gewalt zukommt.⁴⁷ Sie lassen vielmehr auch auf einer grundsätzlichen Ebene den Normbegriff vom Leiden, von der Idee der Emanzipation und der Menschlichkeit

³⁵ *Bourdieu*, Sozialer Sinn. Kritik der theoretischen Vernunft, 1987, S. 75

³⁶ *Bourdieu*, in: *Hofbauer* u.a. (Fn 34), S. 223.

³⁷ *Taylor*, Ein säkulares Zeitalter, 2007, S. 13: „Der ‚Regelfetischismus‘ – die Nomolatrie – der modernen liberalen Gesellschaft ist also potentiell überaus schädlich. Es besteht die Tendenz, den Hintergrund, der jedem Kodex Sinn verleiht [...], außer acht zu lassen“.

³⁸ *Möllers* (Fn 2), S. 255. *Möllers* behauptet hier die „Abhängigkeit ästhetischer von juristischer Autorisierungspraxis“, versucht die Normdifferenzen in Kunst und Recht dann aber über eine Gradualisierung der Verbindlichkeitswirkung einzufangen. Das misslingt letztlich, weil das Problem nunmehr nur in der Differenz internes Gelingen/externe Leistung – also einer Systemgrenze (sic!) – abgelegt wird: „Die interne Normativität ästhetischen Gelingens kann an keine externe Normativität irgendeiner außerkünstlerischen Leistung anschließen“ (ebd., 269).

³⁹ *Möllers* (Fn 2), S. 18.

⁴⁰ *Möllers* (Fn 2), S. 447.

⁴¹ *Foucault*, In Verteidigung der Gesellschaft, 2001, S. 55; *Anghie*, Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law, 2005; *Deleuze*, Kritik und Klinik, 1993, S. 171ff., 175.

⁴² *Möllers* (Fn 2), S. 448.

⁴³ *Benjamin*, Ursprung des deutschen Trauerspiels, in: GS I.1, 1974, S. 285 f.

⁴⁴ *Deleuze* (Fn 41), S. 174.

⁴⁵ *Nietzsche*, Zur Genealogie der Moral, Werke Bd. 5, 1999, S. 245ff., 322 Ziff. 16.

⁴⁶ *Eribon*, Gesellschaft als Urteil, 2017, S. 69: „[...] die Norm ergreift sofort von uns Besitz und diktiert uns ihr Gesetz.“

⁴⁷ *Mbembe*, Politik der Feindschaft, 2017, S. 229 u. 233.

unberührt. Es gibt keine Begrenzungen in der Normativitätskonzeption, mit denen der Möglichkeit der Ungerechtigkeit der Norm im Normbegriff Rechnung getragen werden könnte.⁴⁸

Der auf diese Weise entfesselte Juridismus rührt daher, dass *Möllers* die soziale Praxis von der juristischen Norm her entwickelt und letztere so weit von normativen Voraussetzungen entbindet, dass Gelingen und Misslingen von Normativität ununterscheidbar werden. Wenn *Möllers* als Pointe nichtnormativer Normativität formuliert, dass „vom ‚Gelingen‘ einer Norm oder einer normativen Ordnung [...] nur vermittelt gesprochen“ werden kann,⁴⁹ entkoppelt er die Normativität von der Bindung an jegliche Anforderungen der Gerechtigkeit. Dieser Zug ist alles andere als nichtnormativ, denn er führt dazu, dass Normativität jede beliebige Gestalt annehmen kann: Normativität ist das Gelingen. *Möllers* voraussetzungslose Normativität identifiziert Gelingen und Normativität, ja normiert die Voraussetzungslosigkeit der Norm. „Normatives Gelingen“ gerät dieser Philosophie des Rechts zum Pleonasmus, da *Möllers* die sozialen Konstitutionsbedingungen von Normen, den mystischen Grund ihrer Autorität und ihre Gründungsparadoxie in den blinden Fleck seiner hyper-juridistischen Nomolatrie platziert. Das affirmiert zwar die Möglichkeit der Normen, blendet aber die Möglichkeit der Entsetzlichkeit dieser Möglichkeit, d.i. die Potentialität der Ungerechtigkeit der Normen, systematisch aus.

2. Paradoxe Rechtfertigungsnarrative (*Rainer Forst*)

Auch *Forsts* Rechtsphilosophie fehlt es an einer Reflexivitätsform, die der Entgrenzung der Recht-Fertigung entgegen wirken könnte. Und auch bei *Forst* hängt diese Entgrenzung eng mit seiner Paradoxievergessenheit zusammen. Wenngleich *Forst* der Paradoxie, insofern anders als *Möllers*, zumindest kurz gewahr wird, bringt er doch den nagenden Zweifel des unrichten Rechts dadurch zum Schweigen, dass er behauptet, dass „gute Gründe“ die kollidierenden Erwägungen in Einklang bringen könnten.

Daran ist richtig, dass jede Rechtfertigungspraxis genötigt ist, ihre Paradoxie zu invisibilisieren. Sie muss dabei, wie *Wiethölter* formuliert hatte, „den zeitgenössischen Anforderungen der zeitlosen Rechts-Paradoxie“ gerecht werden.⁵⁰ Mit anderen Worten, es muss einen Reflexionsstopp geben; Normen, die nicht weiter hinterfragt werden. Nur so wird die Paradoxie handhabbar. Verfassungen als strukturelle Kopplungen erfüllen im Rechtsstaat eine solche Funktion.⁵¹ Mit Ewigkeitsgarantien versehen (Art. 79 Abs. 3 GG beispielsweise) legen sie Möglichkeiten und Grenzen der Recht-Fertigung fest. *Forst* sucht aber nach einer anderen Ebene der Paradoxieentfaltung, nach einem Normenbestand, aus dem sich dann Rechtfertigungsvorgaben auch für die realen Rechtfertigungsverhältnisse ergeben würden. Er sucht die Supernorm der Supernormen.

⁴⁸ Ironischerweise bleibt ein solch anspruchloser Normbegriff denn auch noch hinter der Praxis der Sphären der Normativität zurück. So kennt beispielsweise das Bundesverfassungsgericht einen differenzierten Normbegriff der normativen Faktizität das „faktische gesetzliche Unrecht“ entgegenzustellen weiß – trennt also zwischen soziologischem und rechtlichem Normbegriff (*BVerfGE* 23, 98, 107).

⁴⁹ *Möllers* (Fn 2), S. 448.

⁵⁰ *Wiethölter*, in: *Joerges* u.a. (Fn 19), S. 14.

⁵¹ Zum Paradox der Verfassungsgebung *Derrida*, Nietzsche. Politik des Eigennamens, 2000, S. 9ff.; zur Funktionsweise der Verfassung als Invisibilisierungstechnik *Luhmann* *Rechtshistorisches Journal* 9 (1990), 176ff.

a) Supernorm der Supernormen

Wo sucht und findet er diese Supernorm? *Forst* setzt in seinen Überlegungen an den gesellschaftlichen Verhältnissen der Rechtfertigung an und identifiziert eine Pluralität (weltgesellschaftlicher) Rechtfertigungsordnungen: „Jede gesellschaftliche Ordnung ist in diesem Sinne eine Rechtfertigungsordnung. Verhältnisse und Ordnungen der Macht sind Verhältnisse und Ordnungen von Rechtfertigungen, und soziale Macht entsteht und erhält sich dort, wo diese Rechtfertigungen sich zu akzeptierten, umfassenden Rechtfertigungsnarrativen bündeln.“⁵² Der Begriff der Rechtfertigung wird von *Forst* in einem doppelten Sinne verwendet: Rechtfertigung meint zum einen die realen Produktionsverhältnisse von Normativität und zum anderen das moralische „Grundrecht auf Rechtfertigung“,⁵³ das *Forst* aus den Anforderungen der Gerechtigkeit entwickelt und nach dem „all die relevanten gesellschaftlichen Verhältnisse, denen man unterworfen ist und die politisch verändert werden können, gegenüber allen Betroffenen reziprok und allgemein gerechtfertigt werden können.“⁵⁴

Lassen wir einmal außen vor, dass dieses Programm, das sich auf die Tradition Kritischer Theorie beruft, im Vergleich zu jener eine ganze Reihe von Verkürzungen im Hinblick auf das Ziel der Philosophie, auf das Verständnis zentraler Analysekatoren wie der Macht, der Vernunft, der gesellschaftlichen Ordnung vorsieht⁵⁵ und widmen wir uns der hier interessierenden Frage der Paradoxie des Rechts. Auch hier gibt es eine entscheidende Differenz: War der Kritischen Theorie die paradoxe Struktur gesellschaftlicher Verhältnisse noch Ausdruck realgesellschaftlicher Widersprüche,⁵⁶ treten bei *Forst* die Paradoxien im Gesellschaftlichen hinter spezifische Arrangements der Rechtfertigungsnarrative zurück.

Für die Invisibilisierung der Paradoxie des Rechts spielt *Forst* die beiden Bedeutungsgehalte der Rechtfertigung (real und normativ) gegeneinander aus und entnimmt die Paradoxieauflösung im Hinblick auf die realen Rechtfertigungsverhältnisse den normativen Anforderungen der Rechtfertigung. Die (reale) Rechtfertigung wird reflexiv (allerdings: nicht selbstreflexiv), indem *Forst* die (normative) Rechtfertigung der (realen) Rechtfertigung an Minimalbedingungen richtigen Rechts knüpft. Dadurch wird die Paradoxie des Rechts in die Moral externalisiert, aus ihr ergibt sich das Recht des Rechts.

Freilich taucht die Paradoxie im Feld der Moral erneut auf. So sieht *Forst* in seiner Toleranzstudie die moralischen Paradoxien des toleranten Intoleranten (toleranter Rassist) und der intoleranten Toleranz (wehrhafte Demokratie der fdGO) und sucht nach der „Möglichkeit einer nicht willkürlichen, sondern wechselseitigen Form der Rechtfertigung der Grenzen der Toleranz“.⁵⁷ Dabei seien – so formuliert er in Auseinandersetzung mit *Friedrich Nietzsche* – die divergierenden Überzeugungen in der Person „in Einklang zu bringen, indem man den stärkeren Gründen folgt“.⁵⁸ Diese Konkordanzmethode lässt über den Hebel der „stärkeren Gründe“ den

⁵² *Forst* (Fn 2), S. 66.

⁵³ *Forst*, Das Recht auf Rechtfertigung, 2007, S. 369.

⁵⁴ Ebd., S. 368.

⁵⁵ Ziel: Während *Adorno/Horkheimer* die Überwindung von Herrschaftsverhältnissen (und damit verbunden: des Kapitalismus) anstreben, begnügt sich *Forst* mit der Legitimierung und Rechtfertigung von Herrschaft (und damit des Kapitalismus). Macht: Während *Adorno* ein Gespür für die Irrationalität der gesellschaftlichen Rationalitäten hatte, verkürzt *Forst* den Begriff der Macht aufs Noumenale.

⁵⁶ „Wer die Erfahrung des Vorrangs der Strukturen über die Sachverhalte sich nicht verbauen läßt, wird nicht, wie meist seine Kontrahenten, Widersprüche vorweg als solche der Methode, als Denkfehler abwerten und sie durch die Einstimmigkeit der wissenschaftlichen Systematik zu beseitigen trachten. Statt dessen wird er sie in die Struktur zurückverfolgen, die antagonistisch war, seit es Gesellschaft im nachdrücklichen Sinn gibt, und die es blieb“ (*Adorno*, Spätkapitalismus oder Industriegesellschaft, AGS 8, 1997, S. 354ff., 357).

⁵⁷ *Forst*, Toleranz im Konflikt, 2003, S. 40.

⁵⁸ Ebd., S. 513.

Negativwert in der Unterscheidung Recht/Unrecht und damit die Frage nach der Paradoxie von Recht und Unrecht verschwinden.⁵⁹

Forst behauptet nun, dass es Erkenntnisweisen gibt, die jeweils „stärkeren Gründe“ zu identifizieren, und dass – so formuliert er es – „substantielle Urteile“ darüber möglich seien, welche der kollidierenden Positionen „besser zu rechtfertigen“ sind,⁶⁰ auf welche Weise das Umschlagen von Toleranz in Intoleranz (das er in Reminiszenz an die Kritische Theorie als Dialektik der Toleranz bezeichnet)⁶¹ verhindert werden kann. Er demonstriert sein Verfahren an einer Reihe von Beispielen aus dem Religionsverfassungsrecht (Kopftuchfälle, Kreuzifix-Urteil usw.) und am Beispiel des Parteiverbotes, anlässlich dessen denn auch das Recht des Rechts minimaldefiniert wird: „Die minimale demokratische Gerechtigkeit des Rechts auf Rechtfertigung steht nicht zur Disposition.“⁶²

Aus diesem Satz leitet *Forst* ein komplettes Regierungsprogramm der Gerechtigkeit ab. Die kontextbezogene Anwendung des Rechtfertigungsprinzips wird vor allem über die Anforderungen der Reziprozität (Reziprozität der Inhalte und der Gründe) und der Universalisierbarkeit modelliert. Da *Forst* die Kontexte der Gerechtigkeit (kommunal, lokal, regional, global etc.) miteinander in Beziehung setzt und fundamentale (minimale) von maximalen Gerechtigkeitsanforderungen unterscheidet, entsteht ein komplexes Zusammenspiel pluraler Rechtfertigungsordnungen,⁶³ deren reale Erscheinungsformen je mit den moralischen Anforderungen an Gerechtigkeit und Rechtfertigung zu korrelieren sind. Erst aus diesem Zusammenspiel ergeben sich dann die Parameter der Reziprozität und Universalisierbarkeit.

b) Substantielle Urteile des Philosophiegerichts

Der Clou dieses Vorgehens liegt darin, dass der philosophische Autor behauptet, „substantielle Urteile“ über das Recht des Rechts treffen zu können. Zwar sollen diese Urteile wiederum einer Selbstkritik unterzogen werden, die die normative Kritik „an die diskursive Kritik und Neubestimmung durch die Normunterworfenen“ und die Stimmen der Dissentierenden zurückbinden soll.⁶⁴ Im Zentrum dieses Zirkels von Kritik und Gegenkritik stehen aber substantielle philosophische Urteile, die ihre Basis nicht in den realen sondern den normativen Rechtfertigungssätzen finden. Über den Gral der Gründe wacht der Rechtsphilosoph.

Günther hatte in der *Alexy-Günther*-Debatte darauf bestanden, dass in den Anwendungsdiskursen in Moral und Recht „ein Rest an Zuständigkeit für die Urteilskraft“⁶⁵ verbleibe. Aus diesem Grund hatte er sich auf

⁵⁹ So verfährt *Forst* auch mit der Frage nach der möglichen Ungerechtigkeit der Gerechtigkeit: Er versteht „die Kritik am Umschlag der Gerechtigkeit in etwas Unmenschliches als Appell an eine höhere, vollkommenere Form der Gerechtigkeit“ (*Forst*, Kritik der Rechtfertigungsverhältnisse, 2011, S. 181, 193).

⁶⁰ Ebd., S. 709, Hervorhebung im Original.

⁶¹ Ebd., S. 532.

⁶² Ebd., S. 744.

⁶³ Auch wenn dann irritiert, wie vorbehaltlos *Forst* wieder an *Rawls* anschließt, wenn er insistiert, „dass der primäre politische Gerechtigkeitskontext der des eigenen, ‚heimischen‘ Staates ist, und dies zu vernachlässigen, ist eine mögliche Quelle von Ungerechtigkeit“ (*Forst* (Fn 53), S. 375).

⁶⁴ Siehe den fünften der fünf Aspekte der Kritik der Rechtfertigungsverhältnisse bei *Forst* (Fn 2), S. 32f.

⁶⁵ *Günther*, Sinn für Angemessenheit (Fn 4), S. 94; *Günther* sind die dabei waltenden Paradoxien durchaus bewusst. Gegen sie helfe nicht die Differenzierung von Normen und Prinzipien („Dann ist aber die Frage nach einer dritten Stufe, auf der die Geltung dieser Prinzipien zu rechtfertigen ist, unvermeidlich – ad finitum.“ [ebd., S. 84]). Und auch der Versuch, Regeln der Normanwendung zu formulieren, führe „in ein Paradox, das auch Wittgenstein dazu motivierte, Regelbefolgung als ‚Praxis‘ oder ‚Gepflogenheit‘ zu charakterisieren, zu der wir

prozedurale Formen der Angemessenheitsargumentation konzentriert, unter denen er die Relevanzbehauptung für besonders rechtfertigungsbedürftig erachtete, da mit ihr „eine bestimmte Menge von Situationsmerkmalen selegiert und als normativ signifikant ausgezeichnet“ werde.⁶⁶ Forst hingegen begnügt sich nicht mit solcherart Prozeduralismus, sondern analysiert in seinem Toleranzbuch eine Reihe von Gerichtsentscheidungen zu „Toleranzkonflikten“, wobei er jeweils in substanziellen Urteils-Urteilen bestimmt, ob es sich um richtige oder falsche Rechtsprechung handelt.⁶⁷ Forst setzt damit das (moralische) Recht, indem er aus einer abstrakten Grundnorm der minimalen Rechtfertigung detaillierte Regeln zur Lösung von Einzelfällen entnimmt, sich zuvor den Fall passend „zu Recht legt“ und den dezisionistischen Sprung über die auctoritatis interpositio beim substantiellen Einzelfallurteil nicht scheut.⁶⁸

Forst ist Kafkas mächtigster Wächter aus der Türhüterparabel, oberster Recht-Fertiger und Richter-Herkules in einer Person. In einem autologischen Manöver versichert er sich, wie *Derrida* in anderem Zusammenhang schreibt, „selbst einer Autoritätsprämie, um sich so an erste Stelle zu setzen, in eine unberührbare Außenstellung. Er macht das Gesetz.“⁶⁹ Die Philosophie erhebt sich hier zur Richterin der Richter. Recht und Rechtsprechung werden vor den „Gerichtshof der Philosophie“⁷⁰ gezerrt, auf dessen Richterstuhl der Philosophenrichter über die praktische Konkordanz guter Gründe seinen richterlichen Dezisionismus verhüllt.⁷¹ Diese Hyper-Juridifizierung im Philosophengewand, die den Zweifel des ungerechten Rechts (normativer Rechtfertigung) durch die Behauptung im Besitz der Gründe für „bessere Rechtfertigung“ zu sein, zum Schweigen zu bringen sucht, ist nun nicht allein wegen der mangelnden prozeduralen Legitimation der Philosophie für die Letztentscheidung von Rechtsfragen problematisch, sondern vor allem auch wegen des Inhalts, den die von Forst behaupteten Gründe annehmen.

Die Kriterien für das, was er für das Recht des Rechts hält, entnimmt Forst insbesondere den Anforderungen der Reziprozität. Hatte Günther noch die Bedeutung der Selektion der Sachverhaltskriterien für die Recht-Fertigung betont, widmet Forst der Analyse des gesellschaftlichen Konflikts nur wenig Aufmerksamkeit. Er übersetzt die kompliziertesten Sozialverhältnisse jeweils in Reziprozitätsrelationen von individuellen bzw. kollektiven Personen. Die Konfliktlage in den o.g. Religionskonflikten besteht für ihn dann beispielsweise darin, dass „die Mehrheit“ einer „Minderheit“ bestimmte Regeln aufzwingen möchte.⁷² Das ist bereits in der Konfliktbeschreibung eine nicht unwesentliche Verschiebung der quaestio iuris. Während die von Forst zitierten Gerichte hoheitliche Eingriffe in individuelle Freiheitsrechte prüfen, beruht Forsts Urteilsfindung auf der Frage, was sich Mehrheit und Minderheit gegenseitig an Toleranz schulden.

Diese Verschiebung wäre akzeptabel, wenn die Gründe bessere Gründe wären, wenn der gesellschaftliche Konflikt adäquater in die Rechtsfrage übersetzt würde, wenn Forst die Entscheidung in einer Form herbeiführen würde, die nicht in die dezisionistische Falle tappt. Gerade das tut sie aber. Forsts Entscheidung kommt nicht nur wie bei *Carl Schmitt* aus dem rechtlichen Nichts sondern auch – weil der Selektion von entscheidungserheblichen Situationsmerkmalen kein Raum eingeräumt wird, weil die gesellschaftliche Analyse fehlt – aus dem gesellschaftlichen Nichts. Forst generiert seine Gründe jenseits der gesellschaftlichen Praxen, ohne Realitätsbezug. Er verknüpft seine Gründe nicht nur nicht mit den Gründen des Rechtsdiskurses (und vice versa), sondern er entscheidet auch an der gesellschaftlichen Konfliktlage vorbei. Er urteilt letztlich über selbst formulierte Konflikte nach selbst gefundenen, hoch artifiziellen Regeln. Weder sucht der Philosoph eine Vernetzung mit der Rechtspraxis, noch rekurriert die Rechtspraxis auf den Philosophen.

abgerichtet werden. Wenn keine Regel die Regel ihrer Anwendung enthält, bedürfen auch Anwendungsregeln wiederum gesonderter Regeln der Anwendung“ (ebd., S. 302).

⁶⁶ Ebd., S. 303.

⁶⁷ Forst (Fn 57), S. 708ff.

⁶⁸ Für eine Kritik des Dezisionismus siehe *Fischer-Lescano/Christensen* Der Staat 2005, 213ff.

⁶⁹ *Derrida*, in: *Engelmann* (Hrsg.), *Recht auf Einsicht*, 1985, S. Iff., XXVI.

⁷⁰ *Heidegger*, *Parmenides*, GS 54, 2. Aufl. 1992, S. 227.

⁷¹ Kritisch zu dieser Begründungstechnik *Fischer-Lescano* KJ 2008, 166ff.

⁷² Forst (Fn 57), S. 723.

Forsts urteilende Recht-Fertigung ist ein fiktionales Geschehen. Die Ergebnisse dieser Urteils-Kunst werden an den realen Gerichtsurteilen ausgerichtet und korrespondieren (zufällig?) mit den besprochenen Urteilen des *BVerfGs*. Die Urteilsgründe reformulieren den Gesellschaftskonflikt aber ganz anders, nutzen andere Argumente für das gleiche Ergebnis. Sie relationieren nicht grundrechtliche Sozialautonomien, sondern justieren Reziprozitätsverhältnisse gesellschaftlicher Gruppen.

b) Polyzentrische Weltgesellschaft

Dass es aber an den gesellschaftlichen Verhältnissen vorbei geht, wenn man alle gesellschaftlichen Konflikte in Reziprozitätsverhältnisse auflöst, zeigt sich bereits an den von Forst diskutierten Kopftuchfällen. Wenn ein staatliches Neutralitätsgesetz es Lehrerinnen verbietet, religiöse Symbole in der Schule zu tragen, steht nicht lediglich die „Respektierung ethisch-religiöser Differenz“ einer „Teilgemeinschaft von Bürgern“ zur Entscheidung an,⁷³ sondern es geht um die Ausgestaltung der gelebten Praxis in einem komplexen Erziehungssystem, das wiederum in ein politisch gestaltetes Regulierungssystem, das wiederum in die wirtschaftlichen Zusammenhänge eingebettet ist. All diese Zusammenhänge produzieren eigene Dominanzverhältnisse und es stellen sich Fragen des intersektionalen Zusammenspiels,⁷⁴ das beispielsweise auch zur Folge haben kann, dass ein solches Kopftuchverbot zu einer mittelbaren Diskriminierung von Frauen führt.⁷⁵ Für diese Aspekte gibt es in der Urteilsbegründung von *Forst* keinen Raum, da hier Respektregeln im Mehrheits-/Minderheitsverhältnis verhandelt werden.⁷⁶

Und auch jenseits der Toleranzkonflikte ist *Forsts* Verfahren der Urteilsfindung blind für die gesellschaftlichen Verhältnisse. Man denke an globale Verteilungskonflikte, Ressourcenausbeutung, Klimaflüchtlinge usw.: Nach *Forst* ist jeweils kontextabhängig nach Reziprozitätsrechten und -pflichten von Individuen, Staaten, supranationalen Einrichtungen etc. zu fragen.⁷⁷ Bei seiner Konzentration auf individuelle und kollektive Personen, über die

⁷³ So aber *Forst* (Fn 57), 723.

⁷⁴ Siehe die Beiträge in *Hess* u.a. (Hrsg.), *Intersektionalität Revisited. Empirische, theoretische und methodische Erkundungen*, 2011.

⁷⁵ *BVerfG* NJW 2015, 1359, 1368 Rn. 143.

⁷⁶ Um falsche Universalisierungen zu verhindern, kreiert *Forst* ein „Vetorecht“ Betroffener. Den selbst gesetzten Anspruch mittels dieser Reflexivität Bedingungen zu schaffen, in denen Vetorechte und Kritik artikuliert werden können, löst *Forst* aber schon prozedural nicht ein. Man müsste angesichts der transnationalen Fragen, die verhandelt werden, wohl einen dem UN-Delisting-Verfahren nachgebildeten Focal Point einrichten und status processualis-Rechte (d.h. Verfahrenskostenhilfe, Recht-Fertigungsrechts-Beistand etc.) gewähren, um dem Unerhörten und Ungehörten, dem was jenseits des eurozentrischen Logos liegt, Stimme zu verleihen (zur Personalität jenseits der Rechtsperson siehe *Esposito*, *Person und menschliches Leben*, 2010, S. 29ff. und *Weil*, *Selected Essays 1934-43*, 2015, S. 9ff.). Und auch in inhaltlicher Hinsicht wird gerade in den Formulierungen zu dieser Reflexivität, die auf intersektionale Dominanzlinien reagieren soll, überdeutlich, dass das Passepartout des „Rechts auf Rechtfertigung“ selbst eine Dominanzlinie einzieht. Indem *Forst* behauptet, dass der Ansatz „die Logik des Arguments gegen ‚falsche‘ (bspw. ethnozentrische) Universalisierungen und gegen falsche Kritiken falscher Universalisierung in seine eigene Struktur integriert“, inkorporiert er das Andere in die eigene Urteilsstruktur (*Forst*, in: *Deutscher* u.a. (Hrsg.), *Critical Theory in Critical Times*, 2017, S. 74ff., 79, meine Übersetzung). Es ist nun gerade diese Übersetzung der Alterität in einen Rechtfertigungszusammenhang, genau diese Zwischenwelt von Innerem und Äußerem der Rechtfertigungsordnung, die die Dekonstruktion als Ort der Gewalt und der Ungerechtigkeit identifiziert.

⁷⁷ Dabei fällt auf, dass *Forst* selbst da, wo er sich auf *Thomas Pogge* zu- und von *Rawls* wegbewegt und transnationale Gerechtigkeit einfordert, mit kompliziertester diplomatischer Courtoisie formuliert. Möglicherweise liegt die Begründung dafür darin, dass es gerechtigkeitsphilosophisch nur mit sehr guten (oder nur mit extrem guten?) Gründen gerechtfertigt werden kann, dass ein Philosoph die internationale Ordnung durch eine revolutionäre Gerechtigkeitsphilosophie destabilisiert? Wäre aber nicht vielleicht auch das, was

er die vermeintlichen Reziprozitätsbeziehungen konstruiert, verkennt *Forst* aber die *Realität* der polykontexturalen Eigendynamiken gesellschaftlicher Sphären in der transnationalen Konstellation.

Besonders deutlich wird das, wenn *Forst* in Auseinandersetzung mit *Karl Marx* zwar dessen Analyse, dass in einer entfremdeten Gesellschaft soziale Verhältnisse zu Dingverhältnissen verkommen nachvollzieht, dann aber konstatiert, dass dies „eine künstliche Welt der Asymmetrie und Ausbeutung darstelle“⁷⁸ und meint, dass es die Aufgabe der Kritik sei, den auf „der Basis einer bestimmten Vorstellung ökonomischen Wertes“ zustande gekommenen (realen) „Rechtfertigungskomplex [...] anders zu beschreiben“.⁷⁹ *Marx* hingegen hatte genau diese Vorstellung, dass die Verdinglichung ein „willkürliches Reflexionsprodukt der Menschen“ sei, als „beliebte Aufklärungsmanier des 18. Jahrhunderts“ kritisiert.⁸⁰ Denn der Geld- und Warenfetisch ist für *Marx* nicht nur falsche Vorstellung, die man mit „richtigem Denken“ und „guten Gründen“ revidieren könnte, sondern eben auch höchst *real*: anonym beherrschende „selbständige Gestalten“ prägen das Geschehen. Durch sie erscheinen die gesellschaftlichen Verhältnisse gerade als „das, was sie *sind*, d.h. nicht als unmittelbar gesellschaftliche Verhältnisse der Personen in ihren Arbeiten selbst, sondern vielmehr als sachliche Verhältnisse der Personen und gesellschaftliche Verhältnisse der Sachen.“⁸¹

Auch schon *Max Weber* hatte darauf bestanden, dass Herrschafts- und Machtverhältnisse im Kapitalismus nicht lediglich – wie *Forst* behauptet – in inter-personalen Dominanzverhältnissen virulent werden, sondern einen „unpersönlichen“ Charakter haben. Im Zuge gesellschaftlicher Ausdifferenzierung „schieben sich“, so *Weber*, „zwischen die beteiligten Menschen unpersönliche Instanzen“.⁸² Genau darin hatte die Kritische Theorie das spezifisch Gesellschaftliche gesehen. So lag auch für *Adorno* das Spezifikum der Macht gerade in der Transsubjektivität, weil eine inter-subjektive bzw. inter-personale Betrachtungsweise, die komplexe Gesellschaftsverhältnisse in Reziprozitätsbeziehungen aufspaltet, „präjudizierte, daß die Gesellschaft eine von Menschen, daß sie menschlich sei, unmittelbar eins mit ihren Subjekten; als bestünde nicht das spezifisch Gesellschaftliche im Übergewicht von Verhältnissen über die Menschen, deren entmächtigte Produkte diese nachgerade sind.“⁸³

Dass *Forst*, insofern anders als *Habermas*,⁸⁴ zwar zumindest die Notwendigkeit anerkennt, „auch und gerade ‚systemische‘ Zusammenhänge der Ökonomie und des Staates“ unter Rechtfertigungsdruck zu stellen,⁸⁵ ist daher zwar zu begrüßen – bleibt aber Parole. *Forst* fehlt es an einem Instrumentarium, das die deskriptive bzw. normative Modellierung dieses rechtspolitischen Programms der Eindämmung von Gefährdungen humaner und gesellschaftlicher Freiheiten durch ausdifferenzierte gesellschaftliche Sphären leisten könnte. Er hat keinen Begriff von Systemen, da er sich gerade hier von den gesellschaftstheoretischen

Adorno für die Kunst formulierte, nämlich „Chaos in die Ordnung zu bringen“ (*ders.*, *Minima Moralia*, AGS 4, 1997, S. 143), eine angemessene Aufgabe der Rechtsphilosophie, zumal wenn es sich um eine ungerechte Ordnung handelt? *Forsts* Formulierungen scheinen jedenfalls teilweise eine völkerrechtliche Rechtfertigungstechnik der Nichtnormierung zu kopieren, die sich – so das *OVG Münster* in einer Entscheidung, in der das Gericht zu Unrecht die Self-Executiveness einer völkervertraglichen Norm abgelehnt hat – dadurch auszeichnet, „dass Völkervertragsrecht wegen seiner politischen Natur und seines diplomatischen Kompromisscharakters häufig sprachlich unbestimmt und gelegentlich gar nicht auf Regelung eines Lebenssachverhalts, sondern auf sprachliche Verdeckung des Umstandes angelegt ist, dass in der Sache gerade nichts geregelt werden soll“ (*OVG Münster* DVBl. 2007, 1442).

⁷⁸ *Forst* (Fn 2), S. 180.

⁷⁹ *Forst* (Fn 2), S. 73.

⁸⁰ *Marx*, *Das Kapital*, Bd. I, MEW 23, 1968, S. 106.

⁸¹ *Ebd.*, S. 87, meine Hervorhebung.

⁸² *Weber*, *Wirtschaft der Gesellschaft*, 5. Aufl. 2002, S. 708f.

⁸³ *Adorno*, *Gesellschaft*, AGS 8, 1972, S. 9ff., 9.

⁸⁴ Für *Habermas* kann die Ökonomie bekanntlich „nicht mehr von innen demokratisch umgestaltet, d. h. auf einen politischen Integrationsmodus umgestellt werden [...], ohne in ihrem systemischen Eigensinn beschädigt und damit in ihrer Funktionsfähigkeit gestört zu werden“ (*Habermas*, *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, 1990, S. 36).

⁸⁵ *Forst* (Fn 2), S. 26.

Erfahrungsbeständen *Webers*, der Kritischen Theorie und letztlich auch der Systemtheorie, die deren Gedanken der Ausdifferenzierung radikalisiert und auf autopoietische Funktionssysteme der polyzentrischen Weltgesellschaft erweitert hat, abschneidet.⁸⁶

c) Exzess des Juridismus

Die Kombination einer gesellschaftsblinden Sozialphilosophie und einer den Zweifel an der Gerechtigkeit des Rechts stillstellenden Rechtsphilosophie führt *Forst* auf den Weg eines entfesselten Juridismus, der in einem ersten Schritt das Gesellschaftliche auflöst und in personale Teile zerlegt, in einem zweiten Schritt aus den Reziprozitätsverhältnissen dieser (fiktiven) Teile (fiktive) Rechtfertigungsmaßstäbe entnimmt und dann in einem dritten und finalen Schritt behauptet, aus dem Urgrundrecht der Rechtfertigung kontextabhängig für *eine jede* sich stellende Rechtsfrage das richtige Recht ableiten zu können. Der Philosoph wird zum Gerichtshof der Gerichtshöfe.

III. Juridische Verstrickungen der Philosophie

Forst und *Möllers* entfernen sich so gleichermaßen sowohl von den gesellschaftlichen Praxen als auch von einer anspruchsvollen Philosophie des Rechts, weil sich die gesellschaftlichen Realwidersprüche nicht in ihrer Philosophie widerspiegeln, weil sie das Recht als Sozialsystem nicht ernst nehmen, weil sie ihren eigenen Normativitätsbegriff nicht reflexiv führen und weil sie sich in ihrer Gesellschaftsvergessenheit in eine falsche Allgemeinheit flüchten. Der hyper-juridistische Drive dieses Nachdenkens über Recht ist die Folge einer Stillstellung der Frage, ob nicht auch *ihr eigenes* Normativitätsverständnis von Ungerechtigkeit affiziert ist.

Wie aber jenseits des Juridismus von *Möllers* und *Forst* die Frage des Rechts des Rechts stellen? Wie einer Philosophie des Rechts auf die Spur kommen, die der Kluft zwischen Gerechtigkeit und Recht eingedenkt?

1. Rechts-Philosophie als Schicksalsfrage

Horkheimer hatte einst die Aufgabe der Sozialphilosophie darin gesehen, sich der „philosophische[n] Deutung des Schicksals der Menschen, insofern sie nicht bloß Individuen sondern Glieder einer Gemeinschaft sind“, zu widmen.⁸⁷ Das ist zwar eine sehr reduzierte Aufgabenbeschreibung, da sich Sozialität nicht auf Gemeinschaftlichkeit und Menschsein nicht auf die Teilnahme an Gesellschaft reduzieren lässt. An ihr lässt sich aber ansetzen, um letztlich das Terrain der Sozialphilosophie zu erweitern und ihr die Deutung des Schicksals der Menschen als Teilnehmende und Nichtteilnehmende an Sozialität zu überantworten.⁸⁸ Rechtsphilosophie wäre dann die daraus abgeleitete Frage danach, ob auch das Recht ein „Schicksal der Menschen“ ist.

Diese Suchbewegung übersteigt notwendigerweise den Juridismus des juristisch-politischen Raums. Das ist der Hintergrund für *Derridas* Beharren darauf, „daß der philosophische Akt

⁸⁶ So auch (freilich ohne den Schlenker zur Systemtheorie) *Wallat*, Wie viel Geist steckt in der Macht? Anmerkungen zu Rainer Forsts kritischer Theorie der Macht, 2016, www.rote-ruhr-uni.com.

⁸⁷ *Horkheimer*, Die gegenwärtige Lage der Sozialphilosophie, GS 3, 1988, S. 20.

⁸⁸ Zur Nichtidentität von Mensch und sozialen Teilnehmenden siehe *Menke*, Kraft. Ein Grundbegriff ästhetischer Anthropologie, 2008, S. 125f.

oder die philosophische Erfahrung nur in dem Moment statthat, da diese juridisch-politische Grenze überschritten oder zumindest hinsichtlich der Kraft, die sie gleichsam naturalisiert hat, hinterfragt werden kann“.⁸⁹ Rechtsphilosophie in diesem Sinne ist disziplinäre Grenzüberschreitung von Philosophie und Recht im Eingedenken des jeweiligen Anderen. *Ino Augsberg* beschreibt in seiner Kieler Antrittsvorlesung daher die Rechtsphilosophie zu Recht als „die Kunst, Einsichten und Lesefrüchte undeckelt und unverzollt an den Grenzposten der Disziplinen vorbeizuschmuggeln“. Sie sei „schärfer noch, der Verweis darauf, dass sich derartige Schmuggelprozesse“ hinter dem Rücken der Akteure und Systeme „vollziehen und dabei die Konstitution der Grenzen, die sie angeblich überschreiten, erst ermöglichen“.⁹⁰

Diese Handelswege der Rechts-Philosophie sind keine Einbahnstraßen. Es gilt gleichursprünglich nach der „juridischen Problematik“ der Philosophie („weil das Recht so sehr durch sie hindurchspricht“)⁹¹ und der „philosophischen Problematik“ des Rechts (weil die Philosophie so sehr durch es hindurchspricht) zu fragen.

Erschöpfte sich die Rechtsphilosophie aber in der Beobachtung jener flüchtigen Grenze, wäre sie philosophie-los. Sie verlöre in ihrer Fixierung auf die Kommunikationssphären von Recht und Philosophie, auf die aktuellen Erscheinungsformen des Rechtlichen und des Philosophischen, Wesentliches aus dem Blick. Sie wäre eine philosophie-lose Philosophie, die sich der gesellschaftlichen Ordnung entzöge, sich im Schatten der kapitalistischen Tauschverhältnisse („Ware“, „Schmuggeln“, „Grenze“) einrichtet und der es letztlich nicht *drauf ankömmt*, das Schicksal von Menschen und Gesellschaft zu verändern, sondern die sich damit bescheidet, die Welt neu zu *interpretieren*.

Die „Philosophie-losen“, schreibt *Martin Heidegger*, „überlassen sich dem, was gerade erscheint und ebenso gerade wieder verschwindet“.⁹² Eine Rechtsphilosophie, die sich in der Kunst erschöpft, in den eingerichteten und ausgeübten Wirtschafts-, Staats- und Rechtsfabriken (dem rechtlich Seienden) den grenzüberschreitenden Transport gedanklicher Schmuggelware zu organisieren und zu dechiffrieren, insistiert zwar zu Recht darauf, dass die Konstitution der Grenze selbst prekär ist, dass die Grenze flüchtig ist. Sie bleibt aber der Kartografie des Seienden verfangen und entwickelt kein Gespür dafür, dass Philosophie „als Achtsamkeit auf den Anspruch des Seins an den Menschen [...] zuerst die Sorge des Seins und niemals eine Sache der ‚Bildung‘ und der ‚Kenntnis‘“ ist.⁹³

2. Heideggers Rechtsnihilismus

Heideggers Rechtsphilosophie hat vor dem Hintergrund dieser Sorge die Juridifizierung der Philosophie für ihren vor allem an *Kant* festzumachenden *lapsus iudicii*⁹⁴ kritisiert. Die Philosophie vergesse in ihrer Fixierung auf den Gerichtshof der Vernunft,⁹⁵ auf vernünftiges

⁸⁹ *Derrida* (Fn 7), S. 84.

⁹⁰ *Augsberg*, Kassiber, 2016, S. 119.

⁹¹ *Derrida* (Fn 7), S. 17.

⁹² *Heidegger* (Fn 70), S. 179.

⁹³ Ebd.

⁹⁴ *Nancy*, *A Finite Thinking*, 2003, S. 152.

⁹⁵ *Kant* platzierte bekanntlich die „Vernunft als den wahren Gerichtshof“ (*ders.*, Kritik der reinen Vernunft, 1781/7, A751/B779); ausf. zu *Kants* juridistischer Argumentationsweise, in der eine Mimikry zum Ausdruck komme, siehe *Twelmann* Weimarer Beiträge 55 (2009), 413ff. – unter Verweis auf *Kaulbach*, Studien zur späten Rechtsphilosophie Kants und ihrer transzendentalen Methode, 1982, S. 111 und *Doublet*, Die Vernunft als Rechtsinstanz, 1989; Zur juridischen Struktur des Kantischen Arguments siehe schon *Vaihinger*, Kommentar zu Kants Kritik der reinen Vernunft (1881), Bd. I., 1922, S. 107; wider den Gerichtshof der Vernunft deutlich bereits *Wiethölter*, in: Festschrift für Habermas, 1989, S. 794ff., 812: „Das Modell eines Gerichtshofes der

Urteilen und römisch-rechtliches Imperialdenken,⁹⁶ die eigentliche Frage der Philosophie. Sie gehorche den Gesetzen des Juridismus, sei eine Befehlende und keine Weisende.⁹⁷ Das sei eine römische Degeneration: „Der Befehl ist der Wesensgrund der Herrschaft und des römisch verstandenen ‚im Recht seins‘ und ‚Recht-habens‘, des iustum“.⁹⁸

Heideggers Retropie liegt darin, den Weg zurück zum Anfang gehen zu wollen. Im „Spruch des Anaximander“ spürt er einer Gerechtigkeit (dike) nach, die die „Gerichtsbarkeit des Denkens über das Sein“⁹⁹ beendet und den Kosmos, in dem Isonomie und nicht Pleonexie herrscht,¹⁰⁰ wieder erfahrbar macht: „Dike, aus dem Sein als Anwesen gedacht, ist der fugend-fügende Fug. Adikia, die Un-Fuge, ist der Un-Fug.“¹⁰¹ Nach *Heideggers* Interpretation widersetzt sich die Gerechtigkeit jeder juristischen Berechnung, der syllogistischen Subsumtion unter die Gesetze der Vernunft und dem rechtlichen Un-Fug als dem Un-Fug des Seienden. Diesem Un-Fug der Ausdifferenzierung des Rechts stellt er den nicht-rechtlichen Fug des griechischen Seins entgegen.¹⁰² Adikia ist im Recht, nicht dike. Dike entzieht sich dem rechtlichen Un-Fug.¹⁰³ Denn „von zahlen ist nirgends die Rede, sowenig wie von Strafe und Buße und davon, daß etwas straffällig sei oder gar gerächt werden müsse nach Meinung jener, denen erst das Gerächte für das Gerechte gilt“.¹⁰⁴

Dem Hyper-Juridismus setzt *Heidegger* so einen Rechtsnihilismus entgegen, der Kalkül und Urteil aus dem Begriff der Gerechtigkeit austreibt und das Recht als ent-setzlichen Un-Fug ins Reich der adikia verdammt. Auf die philosophielose Rechtsphilosophie des Juridismus antwortet er mit einer rechtlosen Rechtsphilosophie des Anti-Juridismus.

Eine solch rechtlose Verortung der dike ist aber nicht nur eine unzureichende Vision der Gerechtigkeit sondern – wie auch gegen rechtsnihilistische Positionen in der Tradition *Carl Schmitts* zu betonen ist – zugleich eine nicht hinlängliche Deskription bestehender Gesellschaftsformationen. Denn die nackte Gewalt, die beispielsweise *Giorgio Agamben* insbesondere in seinem homo sacer-Projekt beschreibt und in der sich die Souveränität Bahn brechen soll,¹⁰⁵ ist keine dejuridifizierte Gewalt. Zwar gibt es, wie *Ayten Gündoğdu* im Anschluss an *Hannah Arendt* herausarbeitet, Rechtlosigkeit gerade auch im Zeitalter der Rechte.¹⁰⁶ Das ist aber selbst Konsequenz einer bestimmten Konstellation der Verrechtlichung und liegt gerade nicht im Jenseits des Rechts, wie auch *Judith Butler* im Gespräch mit *Gayatri Spivak* zutreffend festhält: „Wenn wir den Schwerpunkt auf den

Vernunft – die Geschichte hat uns eines Besseren belehrt“; ferner *Deleuze*, in: *Deleuze/Parnet* (Hrsg.), *Dialoge*, 1980, S. 9ff., 16; siehe schließlich auch *Luhmanns* Kritik an *Kant* und *Habermas*: „Aber beide Vorschläge sind auch durch Weltfremdheit und Rechtsferne bestimmt [...] Die Vernunft wird ihrerseits wie ein Gerichtshof behandelt [...]“ (*ders.*, *Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?*, 1993, S. 24).

⁹⁶ Zur Juridismuskritik in der katholischen Kirche im Rahmen der durch das II. Vatikanische Konzil initiierten „Verrechtlichung“, die als falsche Konsequenz von „Triumphalismus, Klerikalismus und Juridismus“ kritisiert wurde, siehe ausf. *Krämer* *TThZ* 85 (1976), 321ff., 324; *Müller* *Münchener Theologische Zeitschrift* 37 (1986), 32ff.

⁹⁷ Ausf. *Loick* *Zeitschrift für philosophische Forschung* 68 (2014), 495ff.

⁹⁸ *Heidegger* (Fn 70), S. 59.

⁹⁹ *Hörl* (Fn 5), S. 236.

¹⁰⁰ Siehe *Jaeger*, *Paideia. Die Formung des griechischen Menschen*, Bd. I, 1934, S. 154.

¹⁰¹ *Heidegger*, *Holzwege*, 8. Auf., 2003, S. 321ff., 357.

¹⁰² *Dastur*, in: *Scott* (Hrsg.), *Interrogating the Tradition*, 2000, S. 179ff.

¹⁰³ Der Weg zur „Vermenschlichung alles Seienden“ (*Heidegger*, *Nietzsche I*, 1961, S. 653), der Weg zur Gerechtigkeit, könne nicht – wie *Heidegger* in seiner *Nietzsche*-Lektüre herausarbeitet – aus den kalkulierenden, subsumierenden Justizsyllogismen fließen, sondern nur aus der Eingleichung (homoíōsis) „in das Chaos, d.h. in das ‚Seiende““. Denn der „Gedanke der ‚Gerechtigkeit ist das Geschehnis der Seinsverlassenheit des Seienden innerhalb des Denkens der Seienden selbst“ (ebd., S. 637).

¹⁰⁴ *Heidegger* (Fn 101), S. 356.

¹⁰⁵ *Agamben*, *Homo sacer. Die souveräne Macht und das nackte Leben*, 2002.

¹⁰⁶ *Gündoğdu*, *Rightlessness in an Age of Rights*, 2015; vgl. auch *Fischer-Lescano*, in: *ders. u.a.* (Hrsg.), *Gegenrechte. Recht jenseits des Subjekts*, 2018, i.E.

theoretischen Apparat der Souveränität setzen, laufen wir Gefahr, unseren Begriffsrahmen und unser Vokabular so sehr einzuschränken, daß wir der Herausforderung nicht standhalten, zu beschreiben, wie das Leben für Deportierte ist, wie das Leben für jemanden ist, der Deportation zu befürchten hat, wie das Leben für Gastarbeiter ist, wie das Leben für Palästinenser ist, die unter Besatzung leben. All dies sind keine undifferenzierten Instanzen ‚nackten Lebens‘, sondern in höchstem Maße verrechtlichte Zustände von Enteignung.“¹⁰⁷

Diese Enteignung, Rechtlosstellung und Fundamentalexklusion ist nicht lediglich Emanation einer politischen Gewalt im rechtlosen Raum sondern Folge einer spezifischen Verrechtlichung. Die darin zum Ausdruck kommenden Dimensionen der Rechtsgewalt mit einer Idee gewaltfreier, reiner Gerechtigkeit jenseits des Un-Fugs des Rechts zu kontrastieren, verkennt bereits in der Anamnese die Interdependenz von Recht und Gerechtigkeit und führt daher auch zu inadäquaten Therapieansätzen. Man kann die Ungerechtigkeit des Rechts nicht bewältigen, indem man – wie in *Heideggers* anti-juridistischer Vision – die Symptomatik des juristischen Kalküls durch eine Abschaffung der Rechtsform therapiert. Nötig ist vielmehr eine ganzheitliche Betrachtungsweise, die der Angewiesenheit der Gerechtigkeit auf rechtliche Entscheidungsstrukturen Rechnung trägt.

Der Un-Fug des Rechts ist nicht nur Moment der Ungerechtigkeit sondern – das betont *Sonja Buckel* mit der Formel „Schutz und Maskerade“ zu Recht gerade auch gegen prominente Rechtsnikhilen in der materialistischen Philosophie von *Alain Badiou* bis zu *Slavoj Žižek* – auch Bastion der Subalternität und des Schutzes vor Ungerechtigkeit.¹⁰⁸ Im Namen der Gerechtigkeit das Recht zu vernichten oder sich im Attentismus einzurichten,¹⁰⁹ geleitet nicht ins Himmelreich der *dike* sondern just in das dunkle Reich der *adikia*, in der den totalisierenden Gewalten keine rechtlichen Grenzen mehr auferlegt werden können. Rechtsnikhilismus führt zu einer Komplizität mit dem Schlimmsten – und gerade dafür stehen *Martin Heidegger* und *Carl Schmitt* mit ihren widerlichen Anbiederungen an den Nazismus.

IV. Jenseits von Rechtsexzess und Rechtsnikhilismus

Wie aber lässt sich der Hyper-Juridismus austreiben, ohne dem Rechtsnikhilismus das Wort zu reden?

Derrida bietet in der Abgrenzung zu *Heidegger* eine doppelte Gegenbewegung zu diesen beiden Positionen. Gegen *Heideggers* Rechtsnikhilismus insistiert er („ohne *Nostalgie*“)¹¹⁰, dass die Gerechtigkeit nicht in der Fuge weilt, sondern im Gegenteil, als Bezug zum anderen gerade „den irreduziblen Exzeß eines Bruchs (disjointure) voraus[setzt], eine Un-Fuge, eine Dislokation out of joint im Sein und in der Zeit selbst“.¹¹¹ Die Gerechtigkeit wäre dann auf den Un-Fug des Rechtlichen, der das Instabile stabilisiert, notwendig angewiesen.¹¹² Die

¹⁰⁷ *Butler/Spivak*, Sprache, Politik, Zugehörigkeit, 2017, S. 32.

¹⁰⁸ *Buckel*, in: *Demirović* (Hrsg.): Kritik und Materialität, 2008, S. 110ff.; *Badiou* hingegen nistet sich im „negative relationship to the laws of the world“ ein (*ders.* *Cardozo Law Review* 29 (2008), 1877ff., 1878) und dissoziiert den Zusammenhang von Recht und Gerechtigkeit; das gilt auch für *Žižek*, der meint, den Teufelskreises von Gesetz und Überschreitung nur im Jenseits des Rechts durchbrechen zu können (*ders.*, *Das fragile Absolute*, 2000, S. 127f.) und daher rechtsnikhilistisch für eine „Außerkräftsetzung des Gesetzes von links“ plädiert (*ders.*, *Die Tücke des Subjekts*, 3. Aufl. 2017, S. 306ff.); siehe aber auch die Deutung bei *Dean*, der mit und gegen *Žižek* insistiert, dass „das Revolutionäre jenseits des Rechts im Recht enthalten ist“ (*ders.* *Law and Critique* 15 (2004), 1ff., 24, meine Übersetzung).

¹⁰⁹ Siehe insofern *Nonet* *Theoretical Inquiries in Law* 2007, 311ff., 322.

¹¹⁰ So in Abgrenzung zu *Heidegger*: *Derrida*, *Randgänge der Philosophie*, 1976, S. 6ff., 36, Hervorhebung im Original; siehe auch *Luhmann*, der in Bezug auf Retropien der Entdifferenzierung festhält: „Man kehrt nicht ins Paradies zurück“ (*ders.*, *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, 1994, S. 344).

¹¹¹ *Derrida*, *Marx‘ Gespenster*, 1995, S. 53.

¹¹² *Reinhardt*, *Der Überschuss der Gerechtigkeit*, 2009, S. 234ff.

Symmetrie bedürfte einer Dissymmetrie und vice versa.¹¹³ Sie dürfte aber – das ist die Bewegung gegen den Juridismus – nicht als harmonische Fuge begriffen werden, sonst „läuft die Gerechtigkeit Gefahr, sich erneut auf Regeln, Normen oder juristisch-moralische Vorstellungen zu beschränken, in einem unvermeidlich-moralischen Horizont (Bewegung adäquaten Ausgleichs, der Buße oder Wiederaneignung)“.¹¹⁴

1. Gabe der Gerechtigkeit

Erst in der Passage durch das ungefügte Recht und seine Gewalt wird, so beschreibt es *Cornelia Vismann*, Gerechtigkeit möglich.¹¹⁵ Die Dekonstruktion fordert in der Konsequenz eine Doppelbewegung: sich sowohl auf den Rechtsdiskurs einzulassen als auch diesen Diskurs zu transzendieren; dies insofern parallel zur Gabe, die die kalte Tauschökonomie nicht lediglich durch ein selbstloses Gegenprinzip provoziert und sich auch nicht auf Schmuggelprozesse im Schatten des Kapitalismus versteigt, sondern diese Form der Sozialität selbst in Frage stellt:¹¹⁶ „Die Frage der Gerechtigkeit, die immer über das Recht hinausführt, ist in der Notwendigkeit wie in ihren Aporien nicht mehr von der Gabe getrennt.“¹¹⁷

Diese Gabe der Gerechtigkeit jenseits des Rechts ist nur im Durchgang durch das Recht möglich.¹¹⁸ Doch statt die Gerechtigkeit dem Kalkül der philosophischen Supernorm des „Grundrechts auf Rechtfertigung“ unterzuordnen (*Forst*) oder der Beliebigkeit „gelingender Normativität“ anheim zu stellen (*Möllers*), ist sie als Gabe dessen zu denken, „was man nicht hat und was paradoxerweise gerade von daher dem anderen nur zukommen kann“.¹¹⁹ Es ist diese paradoxe Bewegung der Infragestellung der realexistierenden Formen der Sozialität, die dazu führt, dass man die Anforderungen der Gerechtigkeit nicht wie bei *Forst* dadurch entwickeln kann, dass man aus einer Grundnorm der Recht-Fertigung konkrete Urteils-Sprüche für gesellschaftliche Konflikte deduziert. Das ist auch der Grund, weshalb *Arendts* „Recht auf Rechte“, *Derridas* Forderung, „neue Rechte zu erfinden“, *Foucaults* Praxis der „Entunterwerfung“, *Daniel Loicks* „postjuridisches Recht“, *Christoph Menkes* „Gegenrechte“, *Spivaks* „licensed lunacy“ oder *Gunther Teubners* „Recht auf Subversion“ die Sorge für die Gerechtigkeit des Rechts nicht einem (moral-expertokratischen) Weltphilosophiegericht anvertrauen, sondern neuen Formen der sozialen Beziehungen, widerständigen sozialen Praktiken, politischer Aktion, humanen und sozialen Kraftentfaltungen, die sich im Namen der Alterität gegen den Un-Fug des Rechts richten, ihm Gerechtigkeit abverlangen.¹²⁰

Dabei zeugen *Derridas* Engagement für das „klassische emanzipatorische Ideal“, für die Schutzrechte Geflüchteter und seine Suche nach „Antworten auf Unterdrückungen oder Gewalttätigkeiten durch politische und soziale Ungleichheit“, *Spivaks* Kritik postkolonialer Verhältnisse und ihre Solidarität mit den „rural poor“, *Etienne Balibars* Fürsprache für transnationale Co-Bürgerinnen- und Co-Bürgerrechte, *Wendy Browns* Eintreten für die Opfer von sexueller Gewalt und für die wegen ihrer sexuellen Orientierung Benachteiligten sowie *Foucaults* Kritik der Unmenschlichkeit der „großen Einschließungszentren“ auf je eigene Weise davon, dass die so formulierte Frage nach unverzichtbaren Normen und sozialer Gerechtigkeit nicht zu postmoderner Beliebigkeit führt, sondern dass sie so gewendet geradezu erst in ihrer gesellschaftlichen Schärfe formuliert werden kann.¹²¹ Denn nur wenn das Gelingen von Normativität weder der Indifferenz der Potentialität von

¹¹³ *Caillois*, *Dissymmetrie*, 2015, S. 89ff.

¹¹⁴ *Derrida* (Fn 111), S. 55.

¹¹⁵ *Vismann* *Rechtshistorisches Journal* 11 (1992), S. 259ff.

¹¹⁶ So auch *de Ville* *Law and Critique* 2009, 59ff., 76f.

¹¹⁷ *Derrida* (Fn 111), S. 51.

¹¹⁸ *Teubner*, in: *Koschorke* u.a. (Hrsg.), *Widerstände der Systemtheorie*, 1999, S. 199ff.

¹¹⁹ *Derrida* (Fn 111), S. 52.

¹²⁰ *Arendt* *Die Wandlung* 4 (1949), 754ff.; *Derrida*, *Maschinen Papier*, 2006, S. 321; *Foucault*, *Was ist Kritik?*, 1992, S. 15; *Loick*, *Juridismus*, 2017, S. 293ff.; *Menke*, *Kritik der Rechte*, 2015, S. 381ff.; *Spivak* *The South Atlantic Quarterly* 103 (2004), 523ff.; *Teubner*, in: *Amstutz* u.a. (Hrsg.), *Kritische Systemtheorie*, 2013, S. 323ff.; vgl. auch *Fischer-Lescano*, *Rechtskraft*, 2013 („Recht auf Kraft“ – ebd., S. 107).

¹²¹ *Derrida* (Fn 12), S. 60; *ders.*, *Weltbürger aller Länder, noch eine Anstrengung!*, 2003; *ders.* (Fn 120), S. 321; *Spivak* (Fn 120), 533 u. 575, Fn 50; *Brown*, in: *Menke* u.a. (Hrsg.), *Die Revolution der Menschenrechte*, 2011, S.

Normen wie bei *Möllers* noch der philosophischen Selbstgerechtigkeit wie bei *Forst* überlassen, sondern den sozialen Praxen überantwortet wird, stellt sich die Frage nach der Gerechtigkeit des Rechts als Frage, ja als *die* Frage, gesellschaftlicher Selbstbestimmung.¹²²

2. Auf-Gabe der Rechtsphilosophie

Wie kann der Un-Fug des Rechts geben, was er nicht hat? Wie kann das Recht Gerechtigkeit geben, ohne sie zu haben? – Aus dieser Frage speisen sich die eruptiven Energien, mit denen sich der Trieb der Gerechtigkeit gesellschaftlich Bahn bricht, sich in Rechtskämpfe verstrickt, um letztlich das Recht zu transzendieren und nie zur Ruhe zu kommen. Recht und Gerechtigkeit sind gegenseitige Möglichkeitsbedingungen. Dabei steht die Gerechtigkeit nicht still, obliegt nicht philosophen-richterlicher Deziision, ist immer im Kommen. Sie bezieht ihre Kraft „von diesem immer unzufriedenen Ruf, von dieser nie zufriedenzustellenden Forderung, jenseits der vorgegebenen und überlieferten Bestimmung dessen, was man in bestimmten Zusammenhängen als Gerechtigkeit, als Möglichkeit der Gerechtigkeit bezeichnet“.¹²³

Dies zu verdrängen, indem man die Gerechtigkeit mit dem Recht identifiziert (wie es der Juridismus tut) oder die Gerechtigkeit in einen Erfahrungsraum jenseits des Rechts verbannt (wie es der Anti-Juridismus tut), ist gleichermaßen verfehlt. Rechtsphilosophie, die ihren Namen verdient, darf es sich weder im Diesseits gelingender (gerechter) normativer Praxis noch im Jenseits guter (gerechter) Gründe bequem machen. Im Gegenteil: Rechtsphilosophie bedarf angesichts juridistischer Selbstgerechtigkeit nichts dringlicher als der Haltung radikaler Dissidenz. Sie muss „im Hinblick auf ihr konstitutives Band und somit die Eigentümlichkeit des ihr Eigenen *Skepsis*, *Epoché*, Zweifel, Bestreitung (friedlich oder gewaltsam, mit einem Diskurs oder mit anderen Mitteln bewehrt), Ironie oder Fragen und so weiter“ praktizieren.¹²⁴

Die vielleicht vordringlichste Auf-Gabe der Rechtsphilosophie ist es, vor der Ungerechtigkeit des Rechts zu warnen.¹²⁵

454ff.; *Foucault*, Wahnsinn und Gesellschaft, 1969; *Balibar* Allgemeine Zeitschrift für Philosophie 42 (2017), 127ff.; siehe auch *Luhmanns* „Grundrechte als Institution“, die nicht minder normativ der historischen Erfahrung gesellschaftlicher Totalisierung die Idee freiheitsermöglichender Ausdifferenzierung entgegensetzen (*ders.*, Grundrechte als Institution, 1965).

¹²² I.d.S. auch *Luhmann*, wenn er pointiert: „Die Unverzichtbarkeit der Norm – das ist die Autopoiesis des Systems“ (*ders.* [Fn 71], S. 23).

¹²³ *Derrida* (Fn 12), S. 42; siehe hierzu auch *Demirović* PROKLA 188 (2017), 389ff.

¹²⁴ *Derrida* (Fn 7), S. 42, kursiv im Original.

¹²⁵ Vgl. *Luhmann*: „Angesichts dieser Sachlage ist es die vielleicht vordringlichste Aufgabe der Ethik, vor Moral zu warnen“ (*ders.*, Paradigm lost, 1990, S. 40).