

Recht auf Nicht-Recht

Rechtliche Reaktionen auf
die Juridifizierung der Gesellschaft

Herausgegeben von
Ino Augsberg, Steffen Augsberg
und Ludger Heidbrink

284 Seiten · broschiert · € 39,90
ISBN 978-3-95832-207-3

© Velbrück Wissenschaft 2020

INO AUGSBERG/STEFFEN AUGSBERG/
LUDGER HEIDBRINK

Einleitung

I.

Die Rede von einer »Juridifizierung« der Gesellschaft bezeichnet einem ersten, soziologisch zu nennenden Zugriff zufolge den Befund, dass immer mehr Bereiche des Sozialen, deren Spannungen früher weitgehend internen Konfliktlösungsmechanismen überlassen blieben und/oder durch übergreifende gesellschaftliche, etwa moralische oder religiöse, Standards geprägt waren, in der Gegenwart verrechtlicht, das heißt auf ausdrücklich juristische Strategien der Problemwahrnehmung und -lösung umgestellt werden.¹ Prima facie bedeutet dies

¹ Vgl. für die ältere Debatte bereits etwa die Beiträge in Hans F. Zacher u.a., Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität. Vergleichende Analysen, Frankfurt a.M. 1985.

keine allein innergesellschaftliche Transformation. Mit dem Recht wird vielmehr das zentrale staatliche Steuerungselement zum handlungsleitenden Paradigma. Juridifizierung bedeutet in dieser Sichtweise, vorher dominante alternative gesellschaftsinterne Abstimmungs- und Regelungsprozesse zu ersetzen und damit zugleich in den Prozess demokratischer Willensbildung zu integrieren. Versteht man das Recht indes nicht nur als politisches Instrumentarium, sondern als sich maßgeblich selbst reproduzierendes (»autopoietisches«) System, dann lässt sich die Juridifizierung auch als ein paralleles Phänomen zu anderen entsprechenden Übernahmestrategien deuten, die jeweils auf den Versuch einzelner Sozialbereiche verweisen, die spezielle eigene Programmatik und Krioteriologie als verbindlich für andere soziale Sphären und schließlich für die Gesellschaft als ganze auszugeben. Am bekanntesten dürften in dieser Hinsicht die Klagen über eine Ökonomisierung der Gesellschaft sein, das heißt die Diagnose, dass gesellschaftliche Felder, die ehemals als selbständig erschienen, zunehmend einem ökonomischen Kalkül unterworfen, also auf die Kategorien von Kosten und Nutzen, Effektivität und vor allem Effizienz hin ausgerichtet werden. Jüngere Untersuchungen haben diese allgemeine Bewegung und die damit verknüpften Schwierigkeiten noch einmal gesondert anhand von einzelnen Spezialfeldern hervorgehoben, etwa mit Bezug auf den akademisch-universitären Kontext, anhand der Idee einer sog. »Management-Universität«.²

Innerhalb der so verstandenen innersozialen Kolonisierungsprozesse sind spezifisch normative Vorgaben, die sich auf die funktionalen Eigenrationalitäten anderer einzelner Gesellschaftsbereiche erstrecken und diese mit ihren Imperativen überformen, nicht auf das positive Recht beschränkt. Auch eine »Ethisierung« sowohl der Gesellschaft im ganzen wie einzelner ihrer spezielleren Sphären – also die Entwicklung spezifischer »Bindestrich-Ethiken«, etwa in Form der Wissenschafts-, Wirtschafts- oder Bioethik³ – wird

- 2 Vgl. zum Problem etwa Hans-Heinrich Trute/Arne Pilniok, Von der Ordinarier- über die Gremien- zur Managementuniversität? Veränderte Governance-Strukturen der universitären Forschung und ihre normativen Konsequenzen, in: Dorothea Jansen (Hrsg.), Neue Governance für die Forschung, Baden-Baden 2009, S. 21 ff.; Karl-Heinz Ladeur, Die Wissenschaftsfreiheit der »entfesselten Hochschule« – Umgestaltung der Hochschulen nach Ermessen des Staates?, DÖV 2005, S. 753 ff.; Ino Augsberg, Wissenschaftsverfassungsrecht, in: Thomas Vesting/Stefan Koriath (Hrsg.), Der Eigenwert des Verfassungsrechts. Was bleibt von der Verfassung nach der Globalisierung?, Tübingen 2011, S. 187 ff.
- 3 Vgl. zum Befund einer »Re-Moralisierung der Forschung« nur Martin Schulte, Grund und Grenzen der Wissenschaftsfreiheit, VVDStRL 65 (2005), S. 110 ff. (138); zur Wirtschaftsethik etwa Niklas Luhmann, Wirtschaftsethik – als Ethik?, in: Josef Wieland (Hrsg.), Wirtschaftsethik und Theorie der Gesellschaft, Frankfurt a.M. 1993, S. 134 ff.; sowie Ludger Heidbrink/

beobachtet.⁴ Die unterschiedlichen Varianten normativer Überformung der Gesellschaft können dabei miteinander konkurrieren und sich widersprechen. Vielfach wirken sie jedoch auch zusammen. Bernhard Schlink hat in dieser Hinsicht von einem Wandel innerhalb der Gesellschaft gesprochen, die von »Selbststeuerung durch Wahrheit« auf »Fremdsteuerung über Recht« umstelle.⁵ Angesprochen war damit aber gerade nicht nur das positive Recht. Wie Schlinks in diesem Kontext entwickelter Neologismus einer zu beobachtenden »Vergerechtiglichung« der Gesellschaft verdeutlicht, bilden vielmehr normative Steuerungsmechanismen in einem umfassenden Sinne, oder noch präziser: gerade die Verknüpfung der unterschiedlichen normativen Maßstäbe, das Ziel seiner Analysen.⁶ Diesem Übergang von Selbst- zu Fremdprogrammierung entspricht es, nicht die tendenziell gesellschaftlich-urwüchsige Moral, sondern die professionell-artifizielle Ethik (als »Reflexionstheorie der Moral«) in Ansatz zu bringen. Der allgemeinen Tendenz zu einer Verrechtlichung des Sozialen wirkt die Ethisierung demnach nicht entgegen. Im Gegenteil: Beide Tendenzen dürften sich gegenseitig verstärken.

Deutlich wird dieser Zusammenhang vor allem mit Bezug auf die offenbar besonders wirkmächtige Referenz auf die Verfassung. Hier wird, in einer erweiternden Modifikation von Schlinks »Vergerechtiglichung«, von einer »Vergrundrechtlichung«⁷ der gesellschaftlichen Prozesse gespro-

Alexander Lorch/Verena Rauen, Wirtschaftsphilosophie zur Einführung, Hamburg 2019, S. 125 ff., v.a. S. 135 ff. Zur Bioethik allg. Thomas Schramme, Bioethik, Frankfurt a.M. 2002; sowie den Beitrag von Petra Gehring, i. d. Bd. Aus juristischer Sicht ferner etwa Horst Dreier, Bioethik. Politik und Verfassung, Tübingen 2013.

- 4 Vgl. mit Bezug auf die Wissenschaft Augsberg, Wissenschaftsverfassungsrecht, a.a.O.; mit Bezug auf das Recht etwa die Beiträge in Silja Vöneky u.a. (Hrsg.), Ethik und Recht. Die Ethisierung des Rechts / Ethics and Law – The Ethicalization of Law, Heidelberg u.a. 2013; sowie die Beiträge von Petra Gehring und Steffen Augsberg, i. d. Bd.
- 5 Bernhard Schlink, Der Preis der Gerechtigkeit, Merkur 58 (2004), S. 983 ff. (994).
- 6 Vgl. Schlink, Der Preis der Gerechtigkeit, a.a.O. Zur davon zu unterscheidenden Rede von einer »Vergerichtiglichung« im Sinne einer Justizialisierung von Konfliktlösungen etwa Thomas Gawron, Das ferne Gericht – Wirkungsanalysen zum Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Verwaltungsbehörden, in: Christian Boulanger/Anna Schulze/Michael Wrase (Hrsg.), Die Politik des Verfassungsrechts. Interdisziplinäre und vergleichende Perspektiven auf die Rolle und Funktionen von Verfassungsgerichten, Baden-Baden 2013, S. 216 ff. (222 f.).
- 7 Vgl. Astrid Reuter, Religion in der verrechtlichten Gesellschaft. Rechtskonflikte und öffentliche Kontroversen um Religion als Grenzarbeiten am religiösen Feld, Göttingen 2014, S. 71 ff. Zum Problem ferner dies., Religion im Prozess der Ver(grund)rechtlichung der Gesellschaft, in: Anne Kühler/

chen, weil nicht nur die Grundrechte als Emanationen bestimmter ethischer Wertentscheidungen gelesen werden, sondern umgekehrt vielfach rechtliche Figuren und Argumentationen in ethische Perspektiven Eingang finden.⁸ Auch die Ethik zeigt sich demnach in zunehmend »vergrundrechtlichter« Gestalt.⁹ Wo ihr noch ein eigenständiger Bereich verbleiben soll, wie in bestimmten als dilemmatisch zu bestimmenden Entscheidungssituationen, wird noch dieser Freiraum für ethisches Raisonement durch das Recht – infolge selbstgesetzter Schranken – konzidiert.¹⁰

In dieser Perspektive erscheinen sowohl die Gesellschaft als ganze wie ihre einzelnen Teilbereiche und ebenso die Individuen als immer stärker in juristischen Kategorien rekonstruiert. Schärfer noch: Diese Rekonstruktion erfolgt nicht länger allein aus der Sicht einer juristischen Fremdbeschreibung der jeweiligen Sphären. Sie verlagert sich zunehmend in die Selbstbeschreibung der jeweils betroffenen Bereiche. Diese Bereiche greifen demnach nicht lediglich strategisch auf bestimmte rechtliche Kategorien und Programmformeln zurück, wenn sie in Außenkontakt mit der sie umgebenden sozialen Umwelt treten und spezifische einzelne Konflikte bearbeiten wollen. Sie verwenden die entsprechenden Formeln und Konzepte sogar für die internen Selbstbeschreibungen.¹¹ Dabei kann es zu spezifischen Translations- und Reintegrationsproblemen kommen, wenn ursprünglich rechtliche Kategorien in anderen Sozialbereichen aufgenommen sowie reichsspezifisch verändert werden und sodann in dieser modifizierten Form wieder rechtliche Anschlussfähigkeit ermöglichen sollen.¹²

Felix Hafner/Jürgen Mohn (Hrsg.), *Interdependenzen von Recht und Religion*, Würzburg 2014, S. 9 ff.

8 Vgl. dazu auch den Beitrag von Judith Froese, i. d. Bd.

9 Hier wirkt sich ersichtlich das zugrunde gelegte Verhältnis von Recht und Ethik aus: Ethik kann unabhängig vom Recht, als Alternative und gegebenenfalls Kontrapunkt zu diesem gedacht werden. Dem steht ein disziplinäres Selbstverständnis gegenüber, das das geltende Recht – als Ausdruck demokratischer Selbstbestimmung – konsequent mitreflektiert und zumindest als Referenzpunkt akzeptiert. Vgl. dazu näher die Beiträge von Petra Gehring und Steffen Augsburg, i. d. Bd.

10 Vgl. charakteristisch etwa die im März 2020 vorgelegte Ad-hoc-Empfehlung »Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise« des Deutschen Ethikrates (abrufbar unter: <https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Ad-hoc-Empfehlungen/deutsch/ad-hoc-empfehlung-corona-krise.pdf>). Zum Problem näher Reinhard Merkel/Steffen Augsburg, *Die Tragik der Triage – straf- und verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen*, *JuristenZeitung* 2020, S. 704 ff.

11 Vgl. mit Bezug auf Religionsgemeinschaften Reuter, *Religion im Prozess der Ver(grund)rechtlichung der Gesellschaft*, a.a.O.; ausführlich dies., *Religion in der verrechtlichten Gesellschaft*, a.a.O.

12 Vgl. mit Blick auf ein juristisch-medizinisches Beispiel (»evidence«) etwa Karl-Heinz Ladeur, *Wissenserzeugung im und durch Recht – und das*

In dem Maße, in dem die Internalisierung rechtlicher Kategorien insbesondere über Selbstbeschreibungen mit Hilfe grund- und menschenrechtlicher Begrifflichkeiten erfolgt, zeigt sich eine spezifische Ambivalenz dieser Konzepte. Die Grund- und Menschenrechte erfüllen in dieser Perspektive eine Doppelfunktion, weil sie nicht nur der Autonomie der Individuen sowie bestimmter Kollektive (etwa den Religionsgemeinschaften) oder einzelnen Gesellschaftsbereichen, sondern zugleich und vielleicht sogar vorrangig dem Recht selbst zugutekommen.¹³ Mittels dieser speziellen Rechte, die nicht nur teilweise auf einen sakralen Ursprung zurückgeführt werden können,¹⁴ sondern in manchen Konzeptionen der modernen Gesellschaft und des für sie als kennzeichnend beschriebenen Rechts selbst einen quasi-sakralen Charakter erhalten,¹⁵ weitet demnach das Recht seinen bestimmenden Einfluss auf den Rest der Gesellschaft aus. Es erfasst auf diese Weise sogar das Individuum,¹⁶ das im Fluchtpunkt dieser Entwicklung kaum noch anders denn als Rechtssubjekt in den Blick kommt.¹⁷

Wenn mit Blick auf bestimmte »Emanzipationsdebatten«, die die fragliche Emanzipation in Gestalt einer immer weiteren Ausdehnung der Figur »subjektive Rechte« begreifen, davon die Rede ist, dass von diesen

Problem der »evidenzbasierten Medizin«, *Gesundheitsrecht* 2011, S. 455 ff.; sowie Steffen Augsburg, *Kooperative Wissensgenerierung im Gesundheitsrecht – Zum Umgang der Sozialgerichte mit Evidenzbasierter Medizin*, *Gesundheitsrecht* 2012, S. 595 ff.

13 Vgl. zu dieser doppelten Bewegung und ihrer Kritik näher Jonas Heller, *Mensch und Maßnahme. Zur Dialektik von Ausnahmezustand und Menschenrechten*, *Weilerswist* 2018, S. 301 ff.

14 Vgl. Hans Joas, *Die Sakralität der Person. Eine neue Genealogie der Menschenrechte*, Berlin 2011.

15 Vgl. zum »Glaube an die Menschenrechte« als mögliche »Religion der Moderne« Hans Joas, *Braucht der Mensch Religion? Über Erfahrungen der Selbsttranszendenz*, *Freiburg i.Br.* 2004, S. 151 ff.; zum Problem auch Ino Augsburg, *Menschenrechte als Religion. Zum Verhältnis von Recht, Politik und Religion in der gegenwärtigen Gesellschaft*, in: Christian Schmidt/Benno Zabel (Hrsg.), *Politik im Rechtsstaat*, Baden-Baden 2020 (i.E.).

16 Vgl. zu einzelnen Aspekten dieses Erfassens ausführlich Judith Froese, *Der Mensch in der Wirklichkeit des Rechts. Zur normativen Erfassung des Individuums durch Kategorien und Gruppen*, *Habil. Köln* 2020.

17 Vgl. in diesem Sinn Werner Hamacher, *Vom Recht, Rechte nicht zu gebrauchen. Menschenrechte und Urteilsstruktur*, in: ders., *Sprachgerechtigkeit*, Frankfurt a.M. 2018, S. 93 ff., der die »Grundoperation, die von der Deklaration der Menschenrechte vollzogen wird«, in der »Reduktion des Wesens, der Freiheit, des Menschen auf einen Rechtsanspruch, die Amputation des Menschen zu einem Rechtsgegenstand«, sieht (a.a.O., S. 99). Zu Hamachers Kritik näher auch die Beiträge von Dan Wielsch und Karl-Heinz Ladeur, i. d. Bd.

Debatten auch das Recht und die Rechtswissenschaft profitierten,¹⁸ dann ist diese Beobachtung somit vollkommen zutreffend. Denn die in diesen Debatten angesprochene Emanzipation bezeichnet stets einen Prozess, der sich mit dem Recht und durch das Recht vollzieht, also einen Vorgang, mit dem sich der juristische Zugriff auf Teile der Gesellschaft, die bislang davon noch nicht vollständig erfasst waren, verstärkt. Eine Emanzipation vom Recht ist gerade nicht gemeint.¹⁹ Außer Betracht bleibt in der auf »Emanzipation durch Recht« verengten Sicht die einen Schritt weiter gehende Frage, die auch die mit jenem Vorgang verbundenen spezifischen Probleme in den Blick nimmt, also in Rechnung stellt, dass der selektive Zugriff des Rechts bestimmte Differenzierungskriterien auf Kosten anderer aufwertet.²⁰

Auf der Seite der juristischen Methodik korrespondiert dieser Ausdehnung des juristischen Raisonnements der Siegeszug der Abwägung gegenüber dem früher dominierenden Subsumtionsverfahren.²¹ Die Abkehr von formalen Konditionalprogrammen und die Hinwendung zu diffusen Zweckprogrammen und stärker material orientierten Abwägungen hat den offenkundigen Vorteil, sehr viel genauer auf Einzelsituationen reagieren zu können, denen das klassische Verfahren aufgrund seiner Lo-

- 18 Vgl. dazu Anne Röthel, Emanzipationsdebatten. Beobachtungen aus Anlass der Kinderrechte-Debatte, *JuristenZeitung* 2020, S. 645 ff.
- 19 Vgl. dazu näher die Beiträge von Judith Froese und Friedhelm Hase sowie von Thomas Vesting, Karl-Heinz Ladeur und Ricardo Campos, i. d. Bd.
- 20 Vgl. Steffen Augsberg, Gleichheit angesichts von Vielfalt. Der philosophische und der juristische Diskurs, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 78 (2019), S. 7 ff. (30 ff.).
- 21 Vgl. zur Genese dieser Figur seit dem frühen 20. Jahrhundert Joachim Rückert, Abwägung – die juristische Karriere eines unjuristischen Begriffs oder: Normenstrenge und Abwägung im Funktionswandel, *JuristenZeitung* 66 (2011), S. 913 ff.; speziell zur Entwicklung unter dem Grundgesetz Christian Bumke, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Beispiele für eine rechtsimmanente Innovation im Recht, in: Wolfgang Hoffmann-Riem (Hrsg.), Innovationen im Recht, Baden-Baden 2016, S. 117 ff. (124 ff.). Zum Status der Abwägung und des dem Abwägungsraisonnement zugrundeliegenden Verhältnismäßigkeitsprinzips als sog. »Exportschlagler« der deutschen Grundrechtsdogmatik Matthias Jestaedt, Die Abwägungslehre – ihre Stärken und ihre Schwächen, in: Otto Depenheuer u.a. (Hrsg.), Staat im Wort. Festschrift für Josef Isensee, Heidelberg 2007, S. 253 ff.; Johannes Saurer, Die Globalisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, *Der Staat* 51 (2012), S. 3 ff.; sowie Stylianos-Ioannis G. Koutnatzis, Verfassungsvergleichende Überlegungen zur Rezeption des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit in Übersee, *VRÜ* 44 (2011), S. 32 ff. Allg. zum Phänomen umfassend die Beiträge in Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius (Hrsg.), Verhältnismäßigkeit. Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts, Tübingen 2015.

gik der Verallgemeinerung gerade nie ganz gerecht werden konnte (und deswegen Kompensationsstrategien wie die Figur der *epieikeia* einführen musste). Dieser Vorteil geht jedoch einher mit der Möglichkeit, dass sich die ubiquitäre Abwägung auch als Lösungstechnik für Bereiche anbietet, die bis dahin von den formalen Rechtsstrukturen noch nicht erfasst waren.²²

II.

Dieser soziologischen Problemdiagnose korrespondiert ein in seinem Ausgangspunkt ebenfalls soziologisch geprägtes Therapieangebot. In Niklas Luhmanns grundrechtstheoretischem Modell wird die Funktion von Grundrechten nicht primär als Berechtigung zu individueller Freiheitsverwirklichung bestimmt. Luhmann versteht »Grundrechte als Institution« vielmehr im Sinne einer Entdifferenzierungssperre, die die funktionale Differenzierung der Gesellschaft gegen kolonialistische Expansionstendenzen einzelner Subsysteme absichern soll.²³ In seiner Konzeption steht dabei vor allem die Abwehr politischer Übernahmeveruche im Zentrum. Die Konstruktion lässt sich aber ebenso auf alle anderen Gesellschaftsbereiche übertragen, die ähnliche Kolonialisierungstendenzen aufweisen können, etwa auf Religion, Wirtschaft etc.²⁴

In einer vor dem skizzierten Problemhintergrund naheliegenden weiteren Ergänzung des Grundgedankens ist dann zu überlegen, in welchem Maße grundrechtliche Mechanismen nicht nur eine totalisierende Ökonomisierung, Politisierung oder Theologisierung der Gesellschaft abwehren sollen, sondern auch einer entsprechenden Tendenz des Rechts selbst einen Riegel vorschieben könnten. Grundrechte würden in dieser Perspektive als Remedium gegen die vielfach beschriebene und kritisierte Juridifizierung der Gesellschaft fungieren.

Luhmann selbst hat eine solche Tendenz bezüglich des Rechts zwar offenbar nicht gesehen oder nicht sehen wollen. Im »Recht der Gesellschaft« konstatiert er, wenngleich eher en passant und ohne die These

- 22 Vgl. zum allg. Problem näher Karl-Heinz Ladeur, Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik. Plädoyer für eine Erneuerung der liberalen Grundrechtstheorie, Tübingen 2004.
- 23 Vgl. Niklas Luhmann, Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie, Berlin, 2. Aufl. 1974, v.a. S. 18 ff., 186 ff.
- 24 Vgl. etwa Gunther Teubner, Die anonyme Matrix. Zu Menschenrechtsverletzungen durch »private« transnationale Akteure, *Der Staat* 45 (2006), S. 161 ff.; Karl-Heinz Ladeur/Ino Augsberg, Die Funktion der Menschenwürde im Verfassungsstaat. Humangenetik – Neurowissenschaft – Medien, Tübingen 2008, S. 5 ff.

näher zu erläutern, das Recht verfolge »kein imperialistisches Interesse«²⁵. Angesichts der skizzierten Befunde zur Ver(grund)rechtlichung der Gesellschaft kann man diese These allerdings in Zweifel ziehen und eine entsprechende Ausnahmestellung ausgerechnet des Rechts gegenüber den im Übrigen zu beobachtenden Expansionstendenzen aller anderen einzelnen Subsysteme verneinen. In früheren Texten findet sich zudem auch bei Luhmann eine entsprechende Tendenz. So heißt es in »Funktion der Religion« zunächst, unter einer nach dem Gesagten scheinbar sprechenden Auslassung des Rechts, es müsse vermieden werden,

»daß die Optimierung im Bereich eines Funktionssystems zu nicht abfangbaren Problemen in anderen Funktionssystemen führt – etwa die Optimierung des religiösen Eifers zu Konsensschwierigkeiten in der Politik, die Optimierung von politisch-wohlfahrtstaatlicher Konsensstiftung zur Verhinderung von Kapitalbildung, und so weiter. Entsprechende Beschränkungen müssen in die Reflexionsstruktur eines jeden Funktionssystems eingebaut sein«²⁶.

Immerhin lässt die Rede von der »Reflexionsstruktur eines jeden Funktionssystems« keinen Raum für eine bereichsspezifische Ausnahme, in der das skizzierte allgemeine Problem nicht auftritt. Demnach wäre das Recht doch von dieser Problematik mitumfasst. Eine Fußnote zu der zitierten Stelle stellt diesen Zusammenhang endgültig außer Frage, und sie verweist zugleich darauf, dass der rechtliche Umgang mit dem Problem nicht nur exemplarisch, sondern auch paradigmatisch für entsprechende Mechanismen im Rest der Gesellschaft sein könnte. Luhmann erklärt hier, dass in der entsprechend scharf gestellten Perspektive auch bereits existierende praktische Beispiele für derartige Reflexionsstrukturen in Erscheinung treten und näher beobachtet werden können:

»Unter diesem Gesichtspunkt lässt sich die ›Verfassung‹ des politischen Systems und insbesondere die Institution der Grundrechte als Modell einer allgemeinen Problemlage identifizieren.«²⁷

Der Befund ist präzise. Denn mit dem juristischen Verfassungskonzept wird in der Tat nicht nur eine spezifische Lösung, sondern vor allem das »Modell einer allgemeinen Problemlage« benannt. In Frage steht, ob das gegen die Exzesse der anderen Systeme aufgebotene Remedium auch gegen sich selbst eingesetzt werden kann, das heißt, inwiefern die immer weiter zunehmende Verrechtlichung sowohl des Gemeinwesens wie der Individuen

25 Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt a.M. 1993, S. 72.

26 Niklas Luhmann, *Funktion der Religion*, Frankfurt a.M. 1977, S. 245.

27 Ebd., Fn. 33, mit einem weitergehenden Verweis auf die einschlägigen eigenen Texte: »S. Niklas Luhmann, *Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, Berlin 1965; ders., *Politische Verfassungen im Kontext des Gesellschaftssystems*, *Der Staat* 12 (1973), S. 1–22, 165–182.«

(deren Eigenart in dieser Perspektive vorwiegend in ihrer Rechtssubjektivität oder dem Anspruch darauf, als Rechtssubjekt wahrgenommen zu werden, begründet und dementsprechend um das »Recht, Rechte zu haben« zentriert wird²⁸), auf eine paradoxe Weise mit den Mitteln des Rechts – vor allem durch Grundrechte, aber allgemeiner gesagt ebenso durch Verfassungsrecht insgesamt und möglicherweise auch durch andere rechtliche Arrangements, namentlich im Privatrecht – in Grenzen gehalten werden kann. Heilt auch in diesem Zusammenhang die Wunde der Speer nur, der sie schlug? Lässt sich einer als pathologisch wahrgenommenen Juridifizierungstendenz mit wiederum juristischen Kategorien entgegengetreten? Lassen sich aus einem solchen Verständnis dann sogar Begrenzungen gegenüber einer scheinbar ausschließlich positiven, immer weiteren Ausdehnung des Grund- und Menschenrechtsdiskurses ableiten? Sind »rechtsfreie Räume« – territorial, kulturell, bereichsbezogen oder auch regulierungstheoretisch gedacht – nicht als Durchsetzungsproblem zu verfemen, sondern als (grund-)rechtlich eingefordert zu verstehen?²⁹ Ist es möglich, Singular gegen Plural, Recht gegen Rechte zu wenden, etwa in Gestalt eines juristischen Plädoyers für »weniger Rechte«?³⁰ Gibt es ein Recht auf Nicht-Recht, das entsprechenden Ausdehnungstendenzen des Rechts wirksam entgegengehalten werden kann? Oder verstärkt eine solche Konzeption nur das Phänomen, das es vordergründig zu bekämpfen vorgibt?

III.

Das Problem verschärft sich in dem Maße, in dem man den Begriff der Juridifizierung nicht allein auf die Beschreibung der sozialen Systeme und der ihnen innewohnenden Dynamik begrenzt, sondern damit auch

28 Vgl. zum Problem grundlegend Hannah Arendt, *Es gibt nur ein einziges Menschenrecht* (1949), in: Francesca Raimondi/Christoph Menke (Hrsg.), *Die Revolution der Menschenrechte*, Frankfurt a.M. 2011, S. 394 ff.; Seyla Benhabib, *The Rights of Others. Aliens, Residents, and Citizens*, Cambridge 2004, v.a. S. 49 ff. Kritisch Werner Hamacher, *Vom Recht, Rechte zu haben. Menschenrechte*; Marx und Arendt, in: ders., *Sprachgerechtigkeit*, a.a.O., S. 50 ff. (64 ff.); sowie daran anschließend die Beiträge von Ino Augsberg und Franz Reimer, i. d. Bd.

29 Vgl. zur entsprechenden Frage mit Bezug auf die Religionsfreiheit Ino Augsberg, *Religiöses Recht in der postmodernen Rechtsphilosophie*, in: Burkhard Josef Berkman (Hrsg.), *Hat religiöses Recht eine Existenzberechtigung in säkularer Gesellschaft?*, Berlin 2019, S. 29 ff.; sowie allg. die Beiträge von Judith Froese und Friedhelm Hase, i. d. Bd.

30 Vgl. Karl-Heinz Ladeur, *Bitte weniger Rechte!*, in: *Frankfurter Allgemeine Zeitung* v. 8.12.2016, S. 8. Zum Problem auch die Beiträge von Karl-Heinz Ladeur und Ricardo Campos, i. d. Bd.

noch andere, tieferliegende Ereignisse und Strukturen benennt. Über derartige soziologische Analysen hinaus greift insbesondere eine stärker philosophisch geprägte Sicht,³¹ die mit Bezug auf eine möglicherweise problematische Dominanz der rechtlichen Perspektive sogar einen allgemeinen »Juridismus des Denkens«³² erkennen will. Mit dieser Wendung wird die These zusammengefasst, dass nicht nur die unterschiedlichen Sphären des sozialen Miteinanderseins in immer stärkerem Maße unter rechtliche Imperative gebracht werden. Die juristischen Kategorien und Denkweisen sollen vielmehr das Denken selbst bezeichnen und bis in seine internen Prozesse und Verfahren hinein prägen.³³ Nicht nur jene Prozesse und Verfahren, sondern auch die ursprünglich griechische Bedeutung des *kategorēsthai* verweisen demnach auf einen forensischen Hintergrund eben jener Ausdrücke, die doch zugleich das bestimmen sollen, was man das Denken schlechthin heißt. In philosophiehistorischer Sicht kann diese Beschreibung insbesondere die bemerkenswerte Ineinssetzung von Vernunftvermögen und juristischer Operationalität bei Kant in den Zeugenstand rufen, die so weitgehend erscheint, dass sie sich kaum noch durch den Hinweis auf eine eher äußerlich bleibende, dem eigentlichen Sachproblem gegenüber weitgehend kontingente Metaphorik verharmlosen lässt.³⁴ Denken, so heißt es ganz ausdrücklich in den »Prolegomena«, ist Urteilen.³⁵ Auch wenn man darin nicht die schlichte Bewegung der logischen Subsumtion des Besonderen unter das Allgemeine sieht, vielmehr, etwa im Anschluss an Arendts Kant-Interpretation (die ihrerseits zudem bereits ausdrücklich jene juristische

- 31 Vgl. zu einer Art Zwischengestalt von soziologischer und philosophischer Verrechtlichungskritik bei Jürgen Habermas näher den Beitrag von Dan Wielsch, i. d. Bd.
- 32 So die Formulierung bei Erich Hörl, Römische Machenschaften. Heideggers Archäologie des Juridismus, in: Cornelia Vismann/Thomas Weitin (Hrsg.), Urteilen/Entscheiden, München 2006, S. 236 ff.
- 33 Vgl. zu dieser über die (soziologische) Rechtskritik hinausreichenden »Urteilskritik« auch den Beitrag von Dan Wielsch, i. d. Bd.
- 34 Vgl. dazu klassisch bereits Hans Vaihinger, Kommentar zu Kants Kritik der reinen Vernunft, hrsg. v. Raimund Schmidt, Bd. I, Stuttgart/Berlin/Leipzig 1922 (1881), S. 107–116. Zum Ganzen ferner Marcus Twellmann, Der (Anti-)Juridismus der reinen Vernunft. Zur Rechtsmetaphorik bei Kant, Weimarer Beiträge 55 (2009), S. 413 ff. Aus juristischer Perspektive Joachim Lege, Wie juristisch ist die Vernunft? Kants »Kritik der reinen Vernunft« und die richterliche Methode, ARSP 76 (1990), S. 203 ff.
- 35 Vgl. Immanuel Kant, Prolegomena zu einer jeden künftigen Metaphysik die als Metaphysik wird auftreten können, A 89 (hier zitiert nach ders., Werke, hrsg. v. Wilhelm Weischedel, Bd. III: Schriften zur Metaphysik und Logik, Wiesbaden 1958, S. 111 ff. [171]): »Denken [ist] so viel als Urteilen, oder Vorstellungen auf Urteile überhaupt beziehen.«

Dimension des Kantischen Denkens betont³⁶), auf die Eigenständigkeit des Urteilsakts verweist, die diesen als etwas anderes denn eine bloße Erkenntnis bestimmt,³⁷ ist damit die Nähe zwischen Denken und Urteilen qua richtendem Entscheiden offenbar nicht beseitigt, sondern allenfalls auf einer höheren Ebene aufgehoben. Sie gibt als solche daher selbst zu denken: »Was geschieht, wenn die Philosophie juristisch wird, wenn sie als Urteil verkündet wird?«³⁸ Was lässt sich philosophisch zu einer entsprechenden »Autojuridifizierung der Philosophie«³⁹ sagen?

Ein erster möglicher Versuch, auf die so gestellte Problematik zu reagieren, könnte darin liegen, diese Art der Erkenntnis selbst zu verurteilen, weil sich in ihr eine unter juristischem Einfluss deformierte Gestalt einer ursprünglicher zu denkenden Wahrheit zeigt.⁴⁰ Ein zweiter, gegenüber dem ersten Vorgehen etwas vorsichtigerer Versuch könnte aber vielleicht auch auf möglicherweise konstitutive Risse in der juristischen Selbstermächtigung verweisen, also herausarbeiten, wie sich der Prozess des Urteilens und Verurteilens immer schon selbst unterläuft.⁴¹ Unabhängig davon, ob die Bewegung selbst verurteilt oder freigesprochen oder, in der von Kant sich selbst zugeschriebenen Rolle eines bloßen Gerichtsschreibers in dem von der Vernunft gegen sich selbst angestregten und durchgeführten Prozess,⁴² scheinbar neutral bloß notiert wird: Philosophisches Denken be-

- 36 Vgl. Hannah Arendt, Über Kants Politische Philosophie, in: dies., Das Urteilen. Texte zu Kants politischer Philosophie, hrsg. und mit einem Essay von Ronald Beiner, München/Zürich 1985, S. 17 ff. (76): »Die ganze Kantische Philosophie ist mit Metaphern aus der Rechtssprache durchschossen.«
- 37 Vgl. Arendt, Über Kants Politische Philosophie, a.a.O., S. 96 f.: »Wenn man sagt: ›Der Himmel ist blau‹ oder ›Zwei und zwei ist vier‹, urteilt man nicht; man sagt, was ist, dazu gezwungen durch die Beweise entweder seiner Sinne oder seines Geistes.« Dazu näher auch den Beitrag von Ino Augsberg, i. d. Bd.
- 38 Jean-Luc Nancy, Lapsus iudicii, in: ders., Der kategorische Imperativ, Zürich/Berlin 2017, S. 41 ff. (42). Vgl. ferner Jacques Derrida, Privileg. Vom Recht auf Philosophie I, Wien 2003, S. 105 ff.
- 39 Hörl, Römische Machenschaften, a.a.O., S. 237.
- 40 Vgl. mit Bezug auf die Verdeckung des ursprünglichen griechischen Wahrheitsverständnisses der *aletheia* durch das römische (Rechts-)Denken Martin Heidegger, Parmenides (Freiburger Vorlesung Wintersemester 1942/43), GA 54, hrsg. v. Manfred S. Frings, Frankfurt a. M., 2. Aufl. 1992, § 3, S. 42–83. Zum Juridismus als Ersetzung von Athen durch Rom auch noch Nancy, Lapsus iudicii, a.a.O, S 41.
- 41 Vgl. zum Problem näher die Beiträge von Ino Augsberg und Franz Reimer, i. d. Bd.
- 42 Vgl. zum Gerichtshof der Vernunft Immanuel Kant, Kritik der reinen Vernunft, A XI und B779/A751 (hier zitiert nach ders., Werke, hrsg. v. Wilhelm Weischedel, Bd. II, Wiesbaden 1956, S. 13, 639 f.); zu den zu führenden »Akten des Prozesses«, die »abzufassen« und »im Archive der menschlichen Vernunft [...] niederzulegen« sind, B 732/A 704 (a.a.O., S. 605).

zeichnet in dieser Perspektive immer bereits auch ein Denken, das die Bewegung reflektiert, die vom Recht zur Philosophie führt und zugleich ein mögliches Recht zur oder ein Recht auf Philosophie (die damit sowohl im Bezug wie in Distanz zum Recht gehalten wird, also als Nicht-Recht erscheint) thematisiert: *du droit à la philosophie*.⁴³ Die Bewegung kann damit nicht einfach geleugnet oder ignoriert, sie muss weiter bedacht werden.

»Nicht dass es irgendetwas zu erwarten gäbe von einem ›Zurück‹ zu einer ›juridischen Vernunft‹. Aber die Vernunft hat vielleicht nicht aufgehört, auf ihren eigenen Fall zu stoßen. Alles kann geschehen.«⁴⁴

IV.

Die so formulierte Spannung und die damit verknüpfte mögliche Auseinandersetzung nimmt eine alte Tradition der Rechtskritik wieder auf, die in jüngster Zeit wieder verstärkt zum Gegenstand sozialphilosophischer Auseinandersetzungen geworden ist.⁴⁵ Zugleich unternimmt sie es, über diese alte und neue Kritik in doppelter Hinsicht hinauszugehen, indem als Fluchtpunkt der Auseinandersetzung nicht nur die Figur eines rigorosen Imperativs steht, der »Schluss mit dem Gericht!« fordert,⁴⁶ aber auch nicht lediglich eine dem Recht entgegengesetzte Position eingenommen wird, die die juristischen Mechanismen mit anderen, insbesonde-

43 Vgl. Derrida, *Privileg*, a.a.O.

44 Nancy, *Lapsus iudicii*, a.a.O., S. 66.

45 Vgl. v.a. Christoph Menke, *Recht und Gewalt*, Berlin 2011.; ders., *Kritik der Rechte*, Berlin 2015. Dazu die Gegenkritik durch Karl-Heinz Ladeur, *Die Textualität des Rechts. Zur poststrukturalistischen Kritik des Rechts*, Weilerswist 2016, S. 101 ff. Zum Problem auch Andreas Fischer-Lescano, *Wozu Rechtsphilosophie? Kritik des Hyper-Juridismus bei Christoph Möllers und Rainer Forst*, *JuristenZeitung* 2018, S. 161 ff. Zum gesamten Problemkomplex ferner die Beiträge von Benno Zabel und Andrea Klonschinski sowie Karl-Heinz Ladeur, i. d. Bd.

46 Vgl. Gilles Deleuze, *Schluss mit dem Gericht*, in: ders., *Kritik und Klinik*, Frankfurt a.M. 2000, S. 171 ff.; dazu näher etwa Clemens Porschlegel, *Unser aller Bruder. Zur Insistenz der Figur Christi bei Deleuze*, in: ders., *Hyperchristen. Brecht, Malraux, Mallarmé, Brinkmann, Deleuze. Studien zur Präsenz religiöser Motive in der literarischen Moderne*, Wien/Berlin 2011, S. 127 ff. (129 ff.). Ferner Werner Hamacher, *Recht oder Leben. Zur Logik der Rede vom ›Recht auf Leben‹*, in: ders., *Sprachgerechtigkeit*, a.a.O., S. 127 ff. Zu Hamachers Rechts- als Urteilskritik näher auch die Beiträge von Dan Wielsch und Karl-Heinz Ladeur, i. d. Bd. Allg. zur Urteilsenthaltung als einem ethischen Akt des Verzichts und damit des Verzeihens Verena Rauen, *Die Zeitlichkeit des Verzeihens. Zur Ethik der Urteilsenthaltung*, München 2015.

re ethisch fundierten normativen Vorgaben kontrastiert und vor diesem Hintergrund für eine »Transformation des Rechts« plädiert.⁴⁷ Statt Juridismus und Anti-Juridismus gegeneinander auszuspielen,⁴⁸ geht es um die Frage, ob sich die entsprechende Kritik innerhalb des Rechts selbst rekonstruieren lässt – und ob, noch genauer gesprochen, eine derartige Rekonstruktion des Problems die geläufige saubere Unterscheidung zwischen einem Innen und einem Außen des Rechts kollabieren lassen könnte.

Immerhin sind einige erste Ansätze zu einer Rechtstheorie, die ein Recht denkt, das seinerseits gegen sich selbst anzudenken vermag, und die damit auch die geläufige Sehnsucht nach dem – zwar noch nicht hinreichend klar verorteten, aber doch in seiner Existenz sicher angenommenen und lediglich noch genauer festzustellenden – »Proprium des Rechts«⁴⁹ in Zweifel zieht, bereits zu vermerken.⁵⁰ Auch bei Luhmann finden sich bei genauem Hinsehen bemerkenswerte Überlegungen, die der genannten später formulierten These des grundsätzlich nicht-imperialistischen Charakters des Rechts entgegenstehen und damit zugleich das Verhältnis von Recht und Nicht-Recht verkomplizieren. Namentlich der frühe Aufsatz über die Entstehung der »subjektiven Rechte« geht ausdrücklich auf das Problem ein, »daß das Recht unkontrollierbar zu wuchern beginnt.«⁵¹ Dieser Wucherung, die Luhmann zufolge nicht nur und nicht einmal primär ei-

47 Vgl. in diese Richtung Daniel Loick, *Juridismus. Konturen einer kritischen Theorie des Rechts*, Berlin 2017. Zu Loicks Ansatz näher die Beiträge von Benno Zabel und Andrea Klonschinski, i. d. Bd.

48 Vgl. zu Legendres Diagnose der ineinander verfalteten Gestalt von Anti-Juridismus und Juridismus im okzidentalen Rechtssystem näher Clemens Porschlegel, *Gesetzlose Gesetzgeber. Zum Begriff des christlichen Antijuridismus bei Legendre*, in: Karl-Heinz Ladeur/Ino Augsberg (Hrsg.), *Talmudische Tradition und moderne Rechtstheorie. Kontexte und Perspektiven einer Begegnung*, Tübingen 2013, S. 17 ff.

49 Vgl. die Beiträge in Christoph Engel/Wolfgang Schön (Hrsg.), *Das Proprium des Rechts*, Tübingen 2002.

50 Vgl. für Ansätze in diese Richtung bereits Teubner, *Die anonyme Matrix*, a.a.O. (mit Bezug auf die Menschenrechte) und Ladeur/Augsberg, *Die Funktion der Menschenwürde im Verfassungsstaat*, a.a.O., sowie Ino Augsberg, *Autonomie als soziale Konstruktion. Zur Wiedergewinnung des Individuellen in der gesellschaftlich orientierten Grundrechtstheorie und Grundrechtsdogmatik*, in: Thomas Vesting/Stefan Koriath/ders. (Hrsg.), *Grundrechte als Phänomene kollektiver Ordnung. Zur Wiedergewinnung des Gesellschaftlichen in der Grundrechtstheorie und Grundrechtsdogmatik*, Tübingen 2014, S. 39 ff. (v.a. S. 53 ff.) (jeweils mit Bezug auf die Menschenwürde). Allg. zur Figur eines gegen sich selbst andenkenden Rechts ferner Menke, *Recht und Gewalt*, a.a.O., S. 102 f.; daran wiederum anschließend Ino Augsberg, *Kassiber. Die Aufgabe der juristischen Hermeneutik*, Tübingen 2016, S. 99 ff.

51 Niklas Luhmann, *Subjektive Rechte: Zum Umbau des Rechtsbewußtseins für die moderne Gesellschaft*, in: ders., *Gesellschaftsstruktur und Semantik*.

nen Freiheitsverlust der Menschen, sondern zunächst einmal eine »Selbstüberforderung« des Rechts anzeigt,⁵² wird auch in seinem Verständnis mit rechtlichen Mitteln entgegengearbeitet. Die subjektiven Rechte erfüllen danach, ehe sie im Zuge der Umstellung auf den Wohlfahrtsstaat in die vorrangige Gestalt gesetzlich umzusetzender »Grundwerte« transformiert werden,⁵³ primär die Aufgabe, jenen Wucherungsprozess zu verhindern, indem mit juristischen Mitteln Freiräume geschaffen werden, die nicht nur Freiheit durch, sondern zugleich Freiheit vom Recht bedeuten. »Ius wie subjektives Recht hatten immer auch Schranken der Detailregelung markiert, sozusagen Grenzen des Wachstums nach innen.«⁵⁴ In den Blick tritt damit ein Vorgang, der »Rechte gegen Verrechtlichung«⁵⁵ in Stellung bringt und dabei diese Rechte nicht nur als gegen die klassisch verstandenen, das heißt am Paradigma des Privatrechts orientierten Ausschlussrechte wenden will, die zugleich aber doch innerhalb des Rechts verbleiben,⁵⁶ also nicht bloß als Einräumung alternativer »juristische[r] Handlungsmacht«, sondern, komplizierter, als ein Recht darauf, dass es so etwas wie ein Außerhalb des Rechts geben muss, in Form von »Zonen, in welche die rechtliche Regulierung nicht vordringen kann«⁵⁷.

V.

Methodisch impliziert die skizzierte Zielsetzung ein Vorgehen, das von Anfang an die Grenzen zwischen Recht und Nicht-Recht nicht als gegeben und fix voraussetzt, sondern sie im Gegenteil dadurch systematisch labilisiert, dass das Thema weder als rein binnenjuristische noch als rein sozialphilosophische Frage erörtert, sondern als gemeinsames Problem der traditionell unterschiedenen Disziplinen verstanden wird. Im methodischen Kontext loziert und dabei auf eine bestimmte Weise räumlich gewendet,

Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft, Bd. 2, Frankfurt a.M. 1981, S. 45 ff. (92).

52 Vgl. ebd.

53 Luhmann, Subjektive Rechte, a.a.O., S. 91.

54 Ebd.

55 So prägnant Heller, Mensch und Maßnahme, a.a.O., S. 325 f., der sich dafür ebenfalls bereits auf die genannten Erläuterungen Luhmanns bezieht.

56 Vgl. zu unterschiedlichen Konzeptionen entsprechender gegen (klassisch verstandene) Rechte gewendeter neuer »Gegenrechte« die Beiträge in Hannah Franzki/Johan Horst/Andreas Fischer-Lescano (Hrsg.), Gegenrechte. Recht jenseits des Subjekts, Tübingen 2018. Zum Problem der Gegenrechte ferner die Beiträge von Benno Zabel und Andrea Klonschinski sowie Karl-Heinz Ladeur, i. d. Bd.

57 Heller, Mensch und Maßnahme, a.a.O., S. 326.

besagt die Wendung »Recht auf Nicht-Recht« demnach nicht – oder jedenfalls: nicht nur –, dass das Recht auf dem Nicht-Recht und korrelativ dann auch die Rechtswissenschaft auf dem Wissen, den Verfahren und den Kenntnissen anderer Disziplinen aufsatteln kann, weder in dem Sinn, dass damit das Nicht-Recht das gegenüber dem Recht vorgängige Phänomen bezeichnet, das dergestalt dessen unentbehrliches materielles Fundament bildet, noch gar in dem umgekehrten Verständnis, dem zufolge sich das Recht nicht nur auf, sondern zugleich über das Nicht-Recht stellt und dieses buchstäblich mit Füßen tritt. Die Formel verweist vielmehr auf eine Beziehung des Rechts zum Nicht-Recht, die nicht im Sinne der traditionellen Hygienephantasien eines möglichst »reinen« Rechts als zu vermeidende Kontamination zu verstehen ist, aber auch nicht einfach beides zusammenfallen lässt, sondern als notwendige Einfaltungen des einen in das andere (und umgekehrt) beschrieben werden kann.⁵⁸ Das Recht, so ließe sich im Anschluss an Fabian Steinhauer sagen, hat nicht nur eine Geschichte, aufgrund derer es über und unter etwas zu liegen kommt. Es ist selbst immer schon geschichtet.⁵⁹ Das schließt Beziehungen zu scheinbar »niederen« materiellen Gründen (beispielsweise einem Tisch im Gerichtssaal, der nicht nur die Parteien und das Gericht voneinander trennt, sondern darüber hinaus auch das, was auf ihm zu liegen kommt, als rechtlich relevant markiert⁶⁰) oder von der traditionellen Rechtstheorie ignorierten Kommunikationsmedien ebenso ein wie die Frage nach prärechtlichen Institutionen und »Lebensformen«, die das Recht selbst erst instituierten helfen.⁶¹

»Recht auf Nicht-Recht« bezeichnet in dieser Lesart des »auf« somit nicht allein einen eigentümlichen Anspruch des Rechts. Es deutet zugleich

58 Vgl. zu entsprechenden Veraltungen bereits Ino Augsberg, Innen des Außen des Innen: Veraltungen zwischen Rechts- und Literaturwissenschaft, in: ders./Sophie-Charlotte Lenski (Hrsg.), Die Innenwelt der Außenwelt der Innenwelt des Rechts. Annäherungen zwischen Rechts- und Literaturwissenschaft, München 2012, S. 11 ff., mit Bezug v.a. auf Gilles Deleuze, Die Falte. Leibniz und der Barock, Frankfurt a.M. 1995. Zum ähnlich strukturierten Konzept des *Gefüges* ferner, ebenfalls mit Bezug auf Deleuze, den Beitrag von Mansoor Koshan, i. d. Bd.

59 Vgl. dazu die unter »#Vom Schichten« gesammelten Beiträge auf Steinhauers Blog »Unter dem Gesetz« (abrufbar unter <https://fabiansteinhauer.tumblr.com/tagged/Vom-Schichten>).

60 Vgl. zum Tisch als »Zentralmedium des Rechtsprechens« näher Cornelia Vismann, Medien der Rechtsprechung, Frankfurt a.M. 2011, S. 164 ff. (das Zitat auf S. 167).

61 Vgl. zu einer dem Recht zugrundeliegenden »instituierten Macht« (*pouvoir instituant*), die sich etwa daran zeigen soll, dass ein Gesetz- oder Verfassungsgeber weder die Sprache, in der er seine normativen Bestimmungen fasst, noch die Bräuche, auf denen die praktische Umsetzung dieser Normen in der Gesellschaft im Wesentlichen beruht, bestimmen kann, Thomas

darauf hin, dass es unter dem Recht etwas gibt, was mit dem Recht nicht einfach identisch ist, aber von ihm ebenso wenig ganz sauber getrennt oder in das hierarchische Verhältnis einer Überbau-Unterbau-Lehre oder ein transzendentalphilosophisches Gerüst eingeordnet werden kann.⁶² Epistemologisch bleibt der Status dieses durch die (ihrerseits schillernde) Präposition »unter« indizierten Verhältnisses vielmehr prekär. Wenn in diesem Zusammenhang etwa von einem Empirismus die Rede sein könnte, dann allenfalls im Sinne von Deleuze, nicht Locke.⁶³

Nicht-Recht meint demnach nicht einfach: nicht Recht, also etwas, was gänzlich außerhalb der juristischen Sphäre angesiedelt ist. Es meint aber auch nicht Nichtrecht als eine binnenjuristische Kategorie, mit der sich das Recht selbst auf ein bestimmtes Phänomen bezieht und von diesem abgrenzt. Nicht-Recht ist nicht einfach nur nicht Recht, erst recht aber nicht nur Unrecht. Der Bindestrich verortet das in Frage stehende Phänomen vielmehr genau zwischen diesen Optionen. Nicht zuletzt geht es damit auch um die Frage des Rechts in einem gesonderten, emphatischen Sinn, den bereits von Luhmann betonten subjektiven Rechten, also um *rights* im Unterschied zu *law*. Am subjektiven Recht als dem scheinbaren Paradigma eines »westlichen« Rechtsverständnisses lässt sich offenbar besonders markant die Frage anknüpfen, inwieweit das primär als Rechte verstandene Recht in seiner speziellen Genealogie wie seiner derzeitigen Dominanz rekonstruiert und damit zugleich mit einem möglichen Alternativverständnis konfrontiert werden könnte.⁶⁴ Kann es ein im strengen Wortsinn impertinentes,⁶⁵ also sich selbst nie ganz gehörendes,

Vesting, Staatstheorie. Ein Studienbuch, München 2018, S. 121 f., mit Verweis auf Vincent Descombes, Die Rätsel der Identität, Frankfurt a.M. 2013, S. 231. Zur Frage nach den Kommunikationsmedien ferner ders., Die Medien des Rechts: Sprache, Weilerswist 2011; Schrift, Weilerswist 2011; Buchdruck, Weilerswist 2013; Computernetzwerke, Weilerswist 2015; sowie Visemann, Medien der Rechtsprechung, a.a.O., S. 97 ff.

62 Vgl. zu einer entsprechenden Komplikation jenes Verhältnisses näher die Beiträge von Thomas Vesting und Mansoor Koshan, Karl-Heinz Ladeur und Ricardo Campos sowie Dan Wielsch und Lars Viellechner, i. d. Bd.

63 Vgl. etwa Gilles Deleuze, David Hume, Frankfurt a.M. 1996, S. 42 f.; sowie näher zu dieser Schwierigkeit den Beitrag von Mansoor Koshan, i. d. Bd.

64 Vgl. zu einer solchen möglichen Alternative namentlich Robert Cover, Obligation: A Jewish Jurisprudence of the Social Order, in: Martha Minow/Michael Ryan/Austin Sarat (Hrsg.), Narrative, Violence, and the Law. The Essays of Robert Cover, Ann Arbor 1993, S. 239 ff. Zum Problem ferner die Beiträge von Judith Froese und Friedhelm Hase, Thomas Vesting und Mansoor Koshan sowie Ghazaleh Faridzadeh und Stefan Koriath, i. d. Bd.

65 Vgl. zu diesem Begriff näher Alexander García Düttmann, Uneins mit AIDS. Wie über einen Virus nachgedacht und geredet wird, Frankfurt a.M. 1993, S. 40 ff.

mit dem eigenen Anspruch – und das heißt zugleich: mit dem Paradigma des Proprietären überhaupt – nicht vollständig in Deckung zu bringendes Recht geben? Lässt sich ein entsprechend modifizierter, aber doch nicht ganz aufgegebener Eigen-Sinn von Recht rekonstruieren, der das formative, damit stets auch auf Selbständerung drängende Element des juristischen Geschehens stärker in den Vordergrund rückt?⁶⁶ Kann sich ein entsprechend selbst umformatiertes Denken jenseits eines hegelianisch geprägten Rechts- und Gesellschaftsverständnisses verorten, oder findet, umgekehrt, gerade heute, 200 Jahre nach dem ersten Erscheinen der »Grundlinien der Philosophie des Rechts«, die Rechtstheorie hier wieder hilfreiche Anknüpfungspunkte, auf die sie sich neu einlassen sollte?⁶⁷

VI.

Die folgenden Beiträge greifen diese allgemeine Problematik auf, indem sie zum einen sowohl die eher soziologisch ansetzende Diagnose einer »Juridifizierung der Gesellschaft« als auch die stärker philosophisch geprägte These des »Juridismus des Denkens« in den Blick nehmen und auf ihre Plausibilität hin untersuchen und zum anderen anhand von einzelnen Phänomenen und Problemstellungen thematisieren, wie ein »Recht auf Nicht-Recht«, in der skizzierten Mehrdeutigkeit der Wendung, konkret in Erscheinung tritt oder treten könnte. Ein Teil der Beiträge gibt dabei jeweils ein bestimmtes Thema vor, auf das dann der andere Teil der Beiträge in Form eines Kommentars reagiert. Diese Kommentare sind dabei natürlich nicht (nur) in dem im juristischen Kontext üblichen Sinn zu verstehen, das heißt als dogmatische Erläuterungen eines vorgegebenen Textes. Sie setzen sich von diesen Texten ebenso auch ab, indem sie das von ihnen vorgegebene Thema oder seine Behandlungsart kritisieren oder in ihrem ganz eigenen Sinn frei variieren.

*

Den Beiträgen liegen Vorträge zugrunde, die auf einer Tagung an der Justus-Liebig-Universität Gießen im September 2018 gehalten wurden. Äußerer Anlass für diese Tagung waren die beiden in jenem Jahr zu feiernden jeweils »runden« Geburtstage von Karl-Heinz Ladeur und Thomas Vesting. Ihnen ist daher auch dieser Band, für den sie dankenswerterweise beide eigene Beiträge beigesteuert haben, in herzlicher Verbundenheit und Freundschaft zugeeignet.

66 Vgl. dazu die Beiträge von Dan Wielsch und Lars Viellechner, i. d. Bd.

67 Vgl. zum – natürlich jeweils spezifische Modifikationen beinhaltenden – Anschluss an Hegel die Beiträge von Dan Wielsch und Karl-Heinz Ladeur, i. d. Bd.