

Fischer-Lescano, Andreas: Rechtskraft. Berlin: August 2013. 118 Seiten. [978-3-941360-29-7].

Rezensiert von Verena Risse (Hochschule für Philosophie, München)

Kaum eine Rechtstheorie kommt ohne Verweis auf eine dem Recht zugehörige Form der Gewalt aus. Wenige Ansätze allerdings machen die rechtsspezifische Gewalt zu ihrem alleinigen Thema. Zu dieser zweiten Gruppe zählt der 2013 erschienene, prägnant „Rechtskraft“ betitelte Essay von Andreas Fischer-Lescano, der sich allerdings weder dem staatlichen Gewaltmonopol noch den damit verknüpften Konzepten des Rechtszwangs oder der Strafe, also den Mitteln der Rechtsdurchsetzung widmet. Stattdessen rückt er den mit der Rechtsgeltung verbundenen Begriff der Rechtskraft ins Zentrum der Aufmerksamkeit, dessen theoretische Neuausrichtung Fischer-Lescano mit einer Kritik an dem Gewaltpotential des Rechts verbindet.

Jurist_innen begegnet die Rechtskraft gemeinhin als Begriff für die Bindungswirkung von Rechtsakten wie Urteilen oder Beschlüssen. Rechtskräftige Urteile sind demnach dauerhaft und endgültig; die Rechtskraft sichert den zukünftigen Bestand der Entscheidung (vgl. die Definition des Bundesverfassungsgerichts zum Beispiel in der Entscheidung mit der Referenz BVerfGE 103, 111 [116]). Fischer-Lescano löst sich bereits auf den ersten Seiten von diesem herkömmlichen Begriffsverständnis und legt so das Fundament für eine Theorie der Rechtskraft, die den Ausgangspunkt für eine kritische Reflexion des Rechts über die Gewalt bildet, die sich innerhalb der scheinbaren Rechtsrationalität Bahn gebrochen hat. So wie Recht wesentlich als „Ausdruck sozialer Kräfteverhältnisse“ (10) zu begreifen ist, kann auch die Rechtskraft weder losgelöst von der Gesellschaft betrachtet werden kann, noch darf sie sich auf ein Menschenbild stützen, das die Person auf ihren Status als rational handelndes Rechtssubjekt reduziert.

Vor diesem Hintergrund lassen sich Fischer-Lescano zufolge wesentliche Defizite der bisherigen Theorien zur Rechtskraft, von denen er zwei nennt, ausmachen. So können weder vernunftbasierte Ansätze, für die Fischer-Lescano den in der Tradition der Reinen Rechtslehre stehenden Adolf Merkel als Beispiel diskutiert (19–25), noch rein auf Gewalt abstellende Theorien, wie beispielsweise durch Giorgio Agamben vertreten (25–28), das Konzept der Rechtskraft vollständig erfassen. Denn während Vertreter_innen des ersten Ansatzes verkennen, dass das Recht nicht ausschließlich rational ist, ignorieren Vertreter_innen des zweiten Ansatzes, dass sich das Recht normativen Forderungen wie der nach Gerechtigkeit keinesfalls völlig verschließt.

Speziell artikuliert sich Gerechtigkeit in dem Impuls, zwischen (illegitimer) Rechtsgewalt und (legitimer) Rechtskraft zu unterscheiden. Diese Unterscheidung erscheint infolge der Herausbildung eines internationalen Rechtspluralismus in klarerem Licht, da durch die zusätzlichen Rechtsebenen und -räume die Frage nach der Geltung des Rechts nicht länger mit Verweis auf das staatliche Gewaltmonopol abgetan werden kann. Vielmehr wird die Rechtsgeltung in einem internationalen Verfahren hinterfragbar. Zugleich eröffnet die Transnationalisierung die Chance, mit der Loslösung des Rechts vom Staat auch das Verständnis der rechtsspezifischen Kraft vom staatlichen Gewaltmonopol zu lösen. Dabei bildet jedoch nicht die zwangsförmige Durchsetzung das Gewaltproblem des Rechts. Vielmehr ist dessen Gewaltpotenz umfassender und subtiler: „Recht begründet, distribuiert, begrenzt politische Kompetenzen und wirtschaftliche Potenzen. Recht konstituiert private und öffentliche Gewalten.“ (33) Eine schiere Entkoppelung von Recht und Staatsgewalt ist allerdings für eine Theorie der Rechtskraft, der es gelingen soll, die Gewalt einzuhegen, nicht ausreichend.

Warum dies nicht der Fall ist, zeigt sich in Sophokles' Tragödie *Ajax*. Hier verdeutlicht sich, Fischer-Lescano zufolge, in dem Ajax zuteil werdenden Fehlurteil die Unausweichlichkeit und Ungerechtigkeit des „Dämon Recht“ (46). Es scheint somit erforderlich, dass das Recht selbst sein Gewaltpotential reflektiert und sich selbst – in Benjamins Formulierung – „als Gewalt zu erkennen“ (43) beginnt. Eine Möglichkeit, wie dies gelingen könnte, zeigt die Reaktion des Odysseus, der, nachdem Ajax infolge des Urteils Selbstmord begeht, an die Empathie des Königs Kreon appelliert. Die Mimesis erscheint so als Möglichkeit der Artikulation von Menschlichkeit als des „Anderen der Rationalität“ (55). Es bedarf somit eines Rechts, dem es gelingt, die Humanität und „das Arationale“ (58) wieder einzubeziehen.

Aus dieser im doppelten Sinn zu verstehenden Tragödienerfahrung des Rechts ergeben sich erste Anhaltspunkte für eine alternative Theorie der Rechtskraft, welche die spezifische Gerechtigkeitsforderung berücksichtigt, das Rationale wie auch das Arationale aufnimmt und dem „Recht mit den Mitteln des Rechts den Rechtsprozess machen“ (61) kann.

Im Zuge seiner Ausarbeitung dieser Theorie verwirft Fischer-Lescano zunächst Habermas' diskurstheoretischen Ansatz des Rechts als zu rationalistisch, da dieser unhaltbare normative Anforderungen an die Bürger_innen stelle. Diese müssten sich bei Habermas als „tugendhafte, rationale Staatsbürgersubjekte“ (75) konstituieren, um die Anforderungen des legitimatorischen Prozesses erfüllen zu können. Den gegenteiligen Fehler machen die Gefühls-

theorien des Rechts, wie sie besonders von Bentham und Hume vertreten wurden. Diese scheitern insbesondere daran, dass sich aus dem Gefühl nicht automatisch auf das Recht schließen lässt.

Stattdessen muss der systemtheoretische Weg über die drei operativ geschlossenen Systeme der Einbildungskraft, Erkenntniskraft und (sozialen) Rechtskraft führen. Diese bezeichnen die Erkenntnis der eigenen Kraft, deren Umwandlung in eine soziale Kraft und schließlich deren Kommunikation als gesellschaftliche Kraft. Erst auf dieser dritten Stufe entfaltet die Kraft ihre gesellschaftliche Wirkung, jedoch ohne den Bezug zu ihrem Ursprung in der individuellen, unbewussten Kraft der ersten Stufe zu verlieren. Die (soziale) Rechtskraft schlägt erst in Rechtsgewalt um, wo der „Entfaltungsraum der normativen Individualkräfte als menschliche und gesellschaftliche Kräfte“ (84) verschlossen wird.

Zur Analyse der Kraft im juristischen Entscheidungsprozess und damit als Rechtskraft zieht Fischer-Lescano eine durch Christoph Menkes Analyse der Kunst inspirierte Form ästhetischer Reflexion heran. Ästhetische Reflexion als Rechtsreflexion soll das Wirken der Kraft thematisierbar machen, indem sie diesen für rechtssoziologische wie auch reflexionstheoretische Ansätze blinden Fleck ausleuchtet und die „unbewusste Kraft [im Recht]“ (88) offenlegt. Dies gelingt durch eine „Distanznahme“ (96), in deren Ergebnis das Recht die eigenen Defizite zu erkennen vermag. Denn obwohl es eine vernunftbasierte Urteilsfindung angestrebt und vermittelt, wird diese de facto durch eine unbewusste Kraft beeinflusst, so dass in ihr nicht nur rationale, sondern auch arationale Elemente hineinspielen. Um diese Kraft aufdecken und das Arationale kommunizieren zu können, muss allerdings bereits im Recht selbst eine komplexe, differenzierte, sensible Sprache verfügbar sein. Andernfalls ist Fischer-Lescano zufolge nicht zu erklären, wieso „bisweilen die besten Entscheidungen mit den lausigsten Begründungen versehen werden und umgekehrt“ (88).

Steht somit am Ende die Kraft selbst als Grund des Rechts? Nicht ganz. Vielmehr wird von Fischer-Lescano ein „Kraftrecht“ als „ästhetisches Grundrecht“ (107) „auf Kraftentfaltung“ (106) eingeführt, die in erster Linie eine Selbstentfaltung ist. Der Begriff des Grundrechts ist jedoch nicht als verfassungsmäßig garantiertes Menschenrecht, sondern als basales Recht zu verstehen. Dieses Kraftrecht wird zur Voraussetzung des Rechts, sodass sich Recht und Kraft gegenseitig konstituieren. In seiner Etablierung als Grundrecht muss dieses Kraftrecht zudem den der Gerechtigkeit inhärenten Forderungen nach Gleichheit und Singularität genügen. Eingehegt wird es durch die Rah-

menbedingungen einer speziellen Rechtsform, demokratischen Strukturen sowie spezifischen institutionellen Arrangements, die schädliche Kraftdynamiken unterbinden. Dies erfolgt jedoch nicht mittels repressiver Maßnahmen, sondern über eine „Kultur der Abweichungsmöglichkeit“ (116), die verschiedenen Protest- und Oppositionsformen einen Raum bietet.

Mit diesem Entwurf einer alternativen Konzeption der Rechtskraft gelingt Fischer-Lescano vermutlich das, was die Anwendung der ästhetischen Reflexion auf das Recht mindestens leisten soll, nämlich einen neuen Blick auf die altbekannten Institutionen des Rechts und der Rechtskraft zu werfen. Gleichzeitig muss sich aber auch dieser Ansatz an seinen eigenen Ansprüchen messen und auf Kohärenz überprüfen lassen. Es werden daher im Folgenden die wichtigsten Aspekte der Argumentation noch einmal herausgegriffen und einer genaueren Betrachtung unterzogen.

Da ist zunächst das Herzstück, das heißt die Konzeption der Rechtskraft selbst. Fischer-Lescano gibt im gesamten Buch keine eindeutige positive Definition seiner Theorie der Rechtskraft, was auch darauf zurückzuführen sein kann, dass sie in verschiedenen Dimensionen auftritt. Wesentlich ist zunächst die Abgrenzung der Rechtskraft sowohl zur Rechtsgewalt als auch zu dem, was Fischer-Lescano als „unbewusste Kraft im Recht“ (88) bezeichnet. Während die Rechtsgewalt in einem umfassenden Sinne gesellschaftliche, wirtschaftliche und politische Kompetenzen zu beeinflussen vermag und sowohl die Rechtskraft wie auch die Zwangsgewalt umfasst, beschreibt Fischer-Lescano die während der rechtlichen Urteilsfindung den rationalen Entscheidungsprozess unterlaufenden Kräfte mit dem Begriff der „unbewussten Kraft des Rechts“. Es ist wesentlich, dass das Recht diese Unterschiede zu erkennen vermag, dass das Recht „ein Gefühl dafür [bekommt], wann die Rechtskraft in Gewalt umschlägt, wann das Recht die menschlichen Kräfte überwältigt und an ihrer Entfaltung gewaltsam hindert“ (17).

Rechtskraft als die legitime Kraft des Rechts erwächst demgegenüber aus einem „Kraftrecht“, das die menschliche Kraft „nicht überwältigt, sondern ihre Entfaltung möglich macht“ (18). Daher postuliert Fischer-Lescano dieses „Kraftrecht“ als Grundrecht auf Kraftentfaltung, d.h. als das gerichtlich durchsetzbare Recht auf Entfaltung natürlicher, humaner und gesellschaftlicher Kräfte (18). Dieses Recht soll aufgrund seiner Funktion zwar „basal“ (107), aber kein Grundrecht als Ergänzung der herkömmlichen Grund- und Menschenrechte sein.

Die Frage, wie sich diese Art von Grundrecht dann in eine allgemeine Rechtssystematik einordnen lässt, bleibt allerdings weitgehend unbeantwortet.

Denkbar wäre ein Verständnis nicht als eigenständiges Recht, sondern als Rechtsbestandteil. Dafür ist es aber über die Entfaltung der drei systemischen Kraftdimensionen, die bis zu einer Selbstentfaltung und Selbstkonstituierung reicht (112), inhaltlich zu stark aufgeladen. Zudem würde dies bei einer starken Lesart auf Prinzipien der Selbstverwirklichung oder Autonomie hinauslaufen, die dann jedem Grundrecht eingeschrieben werden müssten. Es könnte sich zweitens um eine Art politisches Teilhaberecht handeln, wie es sich bei Habermas findet (Habermas 1998: 156). Fischer-Lescano allerdings kritisiert Habermas' Konstituierung der Person als eindimensional rationales (Rechts-)Subjekt, wodurch diese nicht mehr als Mensch im Ganzen wahrgenommen, aber mit starken staatsbürgerlichen Voraussetzungen aufgeladen werde. Demgegenüber bezieht sich das Kraftrecht auf den Menschen als Ganzen, dank der drei Kraftdimensionen, durch deren Verschränkung auch der Rückbezug auf die natürliche Kraft ermöglicht und der Mensch in seinen Eigenschaften als Nicht-Subjekt (wieder)hergestellt wird. Mit Blick auf die Person ist Fischer-Lescanos Kraftrecht somit umfassender als Habermas' konstituierende Grundrechte, rechtlich und politisch jedoch weniger stark aufgeladen. Wesentlich ist, dass die in dem Recht garantierte Kraft zur Entfaltung kommen darf. Geschieht dies, wirkt das Kraftrecht bestenfalls als eine Art Rechtsgrundrecht, als Verbindungsglied zwischen Rechtsträger und Recht. Seine wichtigste Rolle hat das Kraftrecht aber innerhalb des vom rechtsdogmatischen Konzept der Rechtskraft vorgezeichneten Rahmens der Rechtsanwendung in Rechtsentscheidungen und Urteilen zu spielen. Das Kraftrecht hier zu respektieren und zur Entfaltung kommen zu lassen ist besonders relevant, da angesichts der Verbindlichkeit und der Dauerhaftigkeit der gerichtlichen Entscheidungen, die rechtsdogmatisch mit der Rechtskraft bezeichnet werden, eine Fehlentscheidung besonders schwer wiegt. Wie allerdings in dem Moment der Entscheidung solche Fehler erkannt und verhindert werden können, ergibt sich aus dem Kraftrecht selbst nur mittelbar. Stattdessen ergibt dies für Fischer-Lescano aus dem Prozess der ästhetischen Reflexion, auf den das Kraftrecht allerdings nur in dem Maße verweist, wie es an einer Stelle selbst als „ästhetisches Grundrecht“ (107) bezeichnet wird.

Das Anlegen ästhetischer Kategorien an das Recht ist, wie Fischer-Lescano mit Verweis auf Niklas Luhmann und Martti Koskenniemi belegt, nicht gänzlich neu. So verwendet Luhmann für gravierende Rechtsverletzungen den Begriff der „Geschmacklosigkeit“ (90) und Koskenniemi fordert, das Völkerrecht müsse „Kunst, nicht Kitsch“ sein, wobei das Völkerrecht immer dann kitschig ist, wenn es zu einem Instrument im hegemonialen Kampf ver-

kommt, anstatt der Universalität des internationalen Rechts Ausdruck zu verleihen (95–96). Fischer-Lescano geht es jedoch nicht darum, das Recht als ästhetisch oder unästhetisch zu beschreiben, sondern um eine neue Analyse-möglichkeit des Rechts, die ihm die ästhetische Reflexion bietet. Dabei ist Fischer-Lescano von Menkes Herausarbeitung der Kraft der Kunst inspiriert (Menke 2013), verwendet diesen Begriff jedoch nicht (wie Menke) synonym zur Rechtskraft, sondern beschränkt ihn auf die ästhetische Reflexion. Wo beide Theorien sich decken und wo Unterschiede bestehen, wird allerdings nicht immer deutlich.

Die ästhetische Reflexion soll die unter dem rationalen Deckmantel der Urteilsbegründung versteckte „unbewusste Kraft [im Recht]“ (88) aufdecken – und dies nicht nur in der theoretischen Perspektive auf das Recht, sondern vor allem auch in der Rechtspraxis selbst. Das Heranziehen der ästhetischen Reflexion rechtfertigt Fischer-Lescano mit dem Hinweis, dass sowohl „Recht als auch ästhetische Entscheidungsherstellung mit einer normativen Entscheidung zum Abschluss kommen“ (87). Das heißt, am Ende des Prozesses steht immer ein Urteil, das allerdings in rechtlichen Kontexten mittels mehrerer Schritte gewonnen wird. Diese Rechtfertigung des Rekurses auf die Ästhetik scheint angesichts ihrer Tragweite vergleichsweise dürftig und wirft Fragen in zwei Richtungen auf: So ist erstens nicht offenkundig, welcher Art der mit dem Recht vergleichbaren Normativität diese ästhetische Normativität ist. Zweitens rückt die Analogie das Rechtsurteil in die Nähe eines Schaffensprozesses und erscheint so mehr als Rechtssetzung denn als Streit-schlichtung.

Eine weitere, näher zu beleuchtende Frage ist, wie die ästhetische Reflexion den rechtlichen Urteilsprozess verändert. Im erstem Schritt zur richterlichen Urteilsfindung, der „Konstituierung des Beurteilungsgegenstandes“ (98), soll die ästhetische Reflexion eine „Distanznahme, durch die das Selbstverständliche unselbstverständlich gemacht wird“ (96) ermöglichen. Sie soll so die Bedingungen für eine unparteiliche Betrachtung des Urteilsgegenstandes schaffen. Damit gelingt im zweiten Schritt ein Entscheiden innerhalb der rechtlichen Urteilsfindung, das sich der sinnlichen Wahrnehmung nicht verschließt. Die Ästhetisierung hat an dieser Stelle den Zweck, eine Selbsthinterfragung des Rechts möglich zu machen, damit das Recht seine eigene Geschmacklosigkeit thematisieren kann (100). Dabei führt die Ästhetisierung den Menschen als Nicht-Rechtssubjekt ins Recht ein und „bildet ein Sensorium für das Leiden am Recht aus“ (100). Mit anderen Worten: Das Recht entwickelt ein „Gefühlssensorium“ (101). Diese Förderung der sinnlichen

Wahrnehmung ist somit die eigentliche Berechtigung der Heranziehung der ästhetischen Reflexion.

Mit diesen Begriffen entfernt sich Fischer-Lescano weit von der gewöhnlichen Rechtssprache. Was er im Blick hat, lässt sich aber in der juristischen Praxis verorten. So geht es ihm nicht um die Subjektivierung der einzelnen Rechtsnorm, sondern um die Einführung von Vorbehalten in die Rechtspraxis und damit in die prozeduralen Rechtsvorschriften. Auch hier ist der wichtigste Fall der des gerichtlichen Urteils, das rechtskräftig wird. Daher obliegt es im Rahmen der Urteilsfindung den Prozessbeteiligten und vor allem den Richtern, die Widersprüche und Ungerechtigkeiten im Recht aufzudecken. Woher aber stammt das Bewusstsein für diese Defizite, auf welcher Grundlage erwächst es? Fischer-Lescano möchte es ausdrücklich nicht in einer expliziten ethischen oder moralischen Wertung ansiedeln, sondern in einem prozeduralen, in Teilen auch diskursiven Verfahren herausbilden. Dies belegt auch sein Verständnis von Gerechtigkeit, das keinen letztendlichen Wert darstellt, sondern ein offenes, operatives Konzept beschreibt. Der Ruf nach Gerechtigkeit ist „die Artikulation des Gefühls, dass Ordnung und Humanität im Widerspruch liegen“ (55). Gerechtigkeit ist damit kein zu erreichender Zustand, sondern markiert den Moment der Erkenntnis eines Missstandes und den sich daraus ergebenden Ruf nach dessen Änderung. In diesem Sinne gibt es keine allgemeine Wertebasis, auf die sich das richterliche Urteil stützen kann. Vielmehr scheint die Theorie vom Richter eine Sensibilität für Ungleichheit, Hegemonie und das allgemeine „Leiden am Recht“ (100) zu verlangen. Um diese zu erkennen, benötigt er die zusätzlichen sinnlichen Wahrnehmungsmittel der Ästhetik, und dabei kommt wohl auch die Erkenntniskraft (in Teilen) zurück ins Spiel. Unklar bleibt allerdings, welche weitergehenden Schlussfolgerungen sich aus der Identifizierung solcher Defizite ergeben und wie diese im Prozess der Urteilsfindung zu gewichten sind.

Auf der Ebene der Rechtskommunikation schließlich, die sowohl die Urteilskommunikation als auch die systemtheoretische Anschlusskommunikation umfasst, fordert Fischer-Lescano die Einführung einer Gefühlskultur im Recht, um so die Welt „komplexer, adäquater, mit ‚mehr Finesse‘“ erfassen zu können (102). Darauf zu verweisen, dass ein Fall von Geschmacklosigkeit vorliegt, reicht an dieser Stelle folglich nicht aus. Stattdessen muss bereits im Recht eine Sprache vorhanden sein, um die Defizite artikulieren zu können. Für Fischer-Lescano scheint es sich dabei in erster Linie um sinnlich-ästhetische Begriffe zu handeln. Wenn sich jedoch an dieser Stelle nicht nur Kriterien formulieren lassen müssen, sondern diese auch bereits im Vorfeld in

die Rechtssprache als die dem Recht zur Verfügung stehende Sprache geschleust werden können, müsste nicht auch der Autor diese mindestens beispielhaft benennen? Und warum, so mag man weiterhin fragen, wird erst auf dieser dritten Stufe der Kommunikation die Bereitstellung eines sprachlichen Instrumentariums relevant? Gegen eine frühere Bereitstellung spräche freilich, dass so bereits eine Einschränkung der Wahrnehmung möglicher Ungerechtigkeiten in der Urteilsfindung vorgenommen werden könnte, die Fischer-Lescano über die ästhetische Reflexion erst einführt. Im Fall der späten Bereitstellung erst für die Kommunikation werden diese dann allerdings in ein womöglich engeres Korsett der zur Verfügung stehenden Sprache eingepasst und damit die soziale Wirkung verkürzt. Trotzdem bleibt noch ein weiterer Grund, aus dem ein Beispiel für diese lebensweltliche Übersetzungsleistung des Rechts wünschenswert gewesen wäre: Sie stellt schließlich den wesentlichen Verbindungsschritt von der Theorie in die Rechtspraxis dar.

Insgesamt erscheint Fischer-Lescanos Theorie der Rechtskraft somit besonders stark, wenn es darum geht, die Ungerechtigkeiten aufzudecken, also im Moment der Gerechtigkeit als Aufschrei der Empörung über Ungerechtigkeit im Recht. Das ist schon viel. Für den anschließenden Umgang mit dieser Erkenntnis würde man sich jedoch mehr Anhaltspunkte wünschen.

Als Fazit bleibt festzuhalten, dass Andreas Fischer-Lescano mit *Rechtskraft* mindestens das gelingt, was er vom Recht fordert: Er bürstet den Begriff gegen den Strich. Damit hinterfragt er auf originelle Weise einen allzu selbstverständlichen Terminus des Rechts wie der Rechtstheorie. Dem Band ist insofern zu wünschen, dass auch Jurist_innen ihn lesen, selbst wenn sich vermutlich gerade diese Lesergruppe über konsequentere Schlüsse aus Argumenten und deren Illustrationen anhand von juristischen Anwendungsfällen gefreut hätte. Dieses Defizit ist jedoch wohl auch darauf zurückzuführen, dass es sich bei dem besprochenen Werk um einen Essay und keine in einer Monographie vollständig ausgearbeitete Konzeption handelt. Die dichte und komplexe Darstellung sowie die Bedeutung des Themas lassen jedoch hoffen, dass man sich auf weitere Arbeiten Fischer-Lescanos zur Rechtskraft freuen darf.

Literatur

- Habermas, Jürgen. *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998.
- Menke, Christoph. *Die Kraft der Kunst*. Berlin: Suhrkamp, 2013.