

RECHT, POESIE UND LIBERALE DEMOKRATIE

Überlegungen zu Voßkuhle, Kohlhaas und Kleist

Johan van der Walt*

I Einleitung

Am 11. Dezember 2011 hielt Andreas Voßkuhle - damals noch Präsident des Bundesverfassungsgerichts - in Freiburg einen Vortrag über "Kohlhaas und der Kampf ums Recht". Der Vortrag war Teil einer Vortragsreihe, die 2011 an der Universität Freiburg zum Gedenken an Kleists Tod im Jahr 1811 veranstaltet wurde, und wurde ein Jahr später als Artikel in der *Juristen Zeitung* veröffentlicht.¹ Dieser Artikel wird im Folgenden den Schwerpunkt meiner Auseinandersetzung mit Voßkuhle, Kohlhaas, Kleist und der liberalen Demokratie bilden. Voßkuhles Argumente in der Vorlesung sind für mich insbesondere deshalb interessant, weil sie stark mit einem der zentralen Argumente übereinstimmen, die ich in einer kürzlich erschienenen Monographie, *The Concept of Liberal Democratic Law* (2019 – im Folgenden CLDL), entwickle. Allerdings spiegelt es auch eine deutliche Spannung zu zwei anderen zentralen Punkten wider, die in CLDL vorgebracht werden. Die *Zeitschrift für Kulturphilosophie* hat mich freundlicherweise eingeladen, einen Artikel zu einigen der in CLDL entwickelten Schlüsselgedanken beizusteuern. Ich werde mich bemühen, dieser Einladung nachzukommen, indem ich im Folgenden die Resonanz und die Spannungen zwischen CLDL und Voßkuhles Artikel über Kleists *Michael Kohlhaas* hervorhebe.

Die feste Resonanz, die ich zwischen Voßkuhles Argumenten und denen, die ich in CLDL entwickle, erkenne, betrifft die Art und Weise, wie wir beide das Konzept des liberalen demokratischen Rechts aus der Perspektive der unvereinbaren Visionen von Gerechtigkeit angehen, die liberale Demokratien belasten. Diese unvereinbaren Visionen von Gerechtigkeit machen es für liberale Demokratien unmöglich, jedermanns Vision von Gerechtigkeit zu ehren, argumentiert Voßkuhle. Er artikuliert dies in einem Schlüsselsatz, den ich im Folgenden mehrfach zitieren werde: *[d]as Recht verspricht zwar jedem sein Recht, nicht aber jedem seine Gerechtigkeit.*² Im Wesentlichen stimme ich dieser Aussage voll und ganz zu, nicht nur in den Argumenten, die ich bereits in CLDL entwickelt habe, sondern auch in den spezifischen Argumenten, die ich im Folgenden mit Bezug auf John Rawls, Frank Michelman und einen einzigartigen, uncharakteristischen Gedanken, den Hegel in seinen *Grundlinien der Philosophie des Rechts* artikuliert, entwickle. Ich werde dennoch – vielleicht ein wenig provokativ, aber im besten Glauben – Korrekturen an zwei kleinen begrifflichen Ungereimtheiten in Voßkuhles Argument vorschlagen. Ich glaube nicht, dass Voßkuhle mit meinen beiden Korrekturen irgendwelche Skrupel haben würde. Wenn überhaupt, dann unterstreichen sie nur das, was ich für die Essenz seiner eigenen Argumente halte.

Das Spannungsverhältnis zu den beiden anderen oben angeführten Kernpunkten der CLDL betrifft Voßkuhles Feststellung eines antidebakratischen Elements in Michael Kohlhaas'

* Professor of Philosophy of Law, University of Luxembourg.

¹ Andreas Voßkuhle & Johannes Gerberding, „Michael Kohlhaas und der Kampf ums Recht“, *Juristen Zeitung* 2012, 917 – 925.

² Voßkuhle & Gerberding, „Michael Kohlhaas“, 924.

Insistieren auf der ihm geschuldeten höheren Gerechtigkeit. Kohlhaas' Beharren erhalte letztlich „*eine bittere, weil antidemokratische Note*“ – behauptet Voßkuhle.³ Ich stelle diese Behauptung im Folgenden aus zwei Gründen in Frage, die bereits, zumindest embryonal oder implizit, in CLDL artikuliert wurden, die ich aber nun in einer anderen, demnächst erscheinenden Monographie ausführlicher entwickele⁴: 1) Das Argument, dass das Gesetz nicht jedem seine Vorstellung von Gerechtigkeit zugestehen kann, ist nicht immer historisch relevant, und es war weder im Fall von Michael Kohlhaas noch im realen historischen Fall von Hans Kohlhaas relevant, auf dem Kleists Novelle basiert. 2) Das Argument ist zumindest in einer Hinsicht für den Fall von Michael Kohlhaas überhaupt nicht einschlägig, da er eine literarische Figur ist und nicht, wie Hans Kohlhaas, eine reale historische Persönlichkeit, deren Verhalten „tatsächlich“ beurteilt werden kann. Es gibt eine Ausnahme, und keine andere, die die liberale Demokratie anerkennt, und das ist die *literarische Ausnahme*. Im Hinblick auf 1 werde ich argumentieren, dass Michael Kohlhaas keinen Anspruch auf höhere Gerechtigkeit erhob. In Anbetracht von 2 werde ich argumentieren, dass, selbst wenn er Anspruch auf höhere Gerechtigkeit erhob, dieser Anspruch nur literarische und keine rechtswissenschaftliche Bedeutung hat.

II. Voßkuhles Argument zum freiheitlich-demokratischen Recht

Für Voßkuhle läuft die Frage nach Kohlhaas' Revolte auf zwei grundsätzliche Fragen hinaus. Die erste betrifft den erheblichen Spielraum für die Korrektur und Verbesserung des Rechts, den moderne Rechtssysteme ermöglichen. Kohlhaas' Revolte wird in einer Rechtsordnung nicht gerechtfertigt sein, die ihm noch Rechtsmittel gegen eine bestehende, von ihm als Fehlurteil empfundene Rechtsanwendung bietet. Die Berufungsmöglichkeiten sind jedoch irgendwann erschöpft. Jemand, der alle bisherigen Urteile seines Falles für inakzeptabel hält, muss am Ende immer mit dem Urteil leben, das ein Gericht in letzter Instanz gefällt hat. Hier setzt Voßkuhles zweite und zutreffendere Behauptung an: „*Das Recht verspricht zwar jedem sein Recht, nicht aber jedem seine Gerechtigkeit.*“⁵

Der Grund für diese "Maxime" (wir werden sie im Folgenden als Maxime betrachten) liegt in den sehr unterschiedlichen Gerechtigkeitsüberzeugungen, die in den heutigen Gesellschaften herrschen. Das Recht kann unter Umständen, in denen eine Gesellschaft durch unterschiedliche Gerechtigkeitsvorstellungen belastet ist, einfach nicht dem Gerechtigkeitsempfinden aller positiv entsprechen. In dieser Hinsicht macht Voßkuhle eine sehr tiefgründige Beobachtung: Der demokratische Rechtsstaat ist die beste praktische Lösung für das Problem der Gerechtigkeit. Er besteht nicht darauf, dass das geltende Recht die Verwirklichung des gerechten oder wahren Rechts ist. Er überlässt die Frage nach dem gerechten Recht irreduzibel einem fortlaufenden Prozess der Überzeugung, der immer offen und endlos bleibt, wie frustrierend diese Offenheit und Endlosigkeit der Frage auch manchmal wirken mag. Dieses Argument steht in engem Zusammenhang mit dem Schlüsselargument in CLDL. Ich werde es im Folgenden weiter ausarbeiten. Zunächst möchte ich zwei kleine Anpassungen an seiner Artikulation in Voßkuhles

³ Ebd., 925.

⁴ Van der Walt, *The Literary Exception and the Rule of Law*, demnächst bei Routledge, 2021/2022. Die im Folgenden entwickelten Argumente sind dem Kapitel 6 dieser Monographie entnommen. Routledge hat großzügig die Erlaubnis erteilt, große Teile dieses Kapitels für diesen Beitrag in der *Zeitschrift für Kulturphilosophie* zu verwenden.

⁵ Voßkuhle & Gerberding, „Michael Kohlhaas“, 924.

Text vorschlagen, aber im Übrigen werde ich es so stehen lassen, wie es ist, und es ohne Vorbehalt unterstützen.

So wie sie steht, macht Voßkuhles Maxime eigentlich keinen Sinn. Es stellt sich heraus, dass sie mit einer idiosynkratischen Konzeption von Gerechtigkeit belastet ist, die nicht mit irgendeinem Konzept von Gerechtigkeit oder rechtlicher Gerechtigkeit vereinbar zu sein scheint, das der europäischen oder westlichen Rechtswissenschaft und politischen Theorie als stimmig aufgefallen ist. In der gesamten westlichen politischen Theorie und Rechtsprechung von Aristoteles über Ulpian und Locke bis hin zu Rousseau und Rawls (um nur einige der bekannten Säulen zu nennen) drehte sich das Konzept der politischen und rechtlichen Gerechtigkeit immer um die Idee der Reziprozität. Es hat sich immer um die Idee einer gerechten Beziehung gedreht, die *jedem* seine oder ihre Gerechtigkeit zugesteht. Wenn A und B um eine gerechte Verteilung von C konkurrieren, kann es einfach nicht sein, dass A ihren gerechten Anteil bekommt, B aber nicht. Entweder bekommen beide ihren gerechten Anteil, oder keiner von beiden. Ein ehemaliger Präsident des höchsten Gerichts in Deutschland braucht sicher keine Belehrung über diesen elementaren Grundsatz. Man muss daher annehmen, dass Voßkuhle eigentlich etwas anderes im Sinn hatte, als er den Satz „*Das Gesetz verspricht jedem sein Recht, aber nicht jedem seine Gerechtigkeit,*“ schrieb. Es ist viel wahrscheinlicher, dass er eigentlich sagen wollte, dass das Gesetz jedem sein Recht verspricht, aber *keinem* sein Gerechtigkeit. Und wenn dies tatsächlich das ist, was er sagen wollte, bestätigte er einfach einen Punkt, der für das Kelsensche Verständnis der Rechtsstaatlichkeit zentral ist. Unter den großen Rechtstheoretikern des 20. Jahrhunderts hat Kelsen am vehementesten darauf bestanden, dass Recht nicht mit Gerechtigkeit verwechselt werden darf.⁶ Die Frage, die sich hier stellt, ist jedoch, ob die Einsicht in die Unfähigkeit des Rechts, jedem „seine Gerechtigkeit“ zu gewähren, nicht notwendigerweise zu der weiteren Einsicht in die Unfähigkeit des Rechts führt, jedem "sein Recht" zu gewähren. Man fühlt sich hier ein wenig an einen alten Witz erinnert, der früher über die DDR erzählt wurde:

Genosse, habe ich richtig gehört, dass Fritz in der staatlichen Lotterie ein nagelneues und sehr schnelles Fahrrad gewonnen hat? Ja, aber es war nicht nagelneu, sondern alt und gebraucht. Es war auch nicht schnell, sondern ziemlich langsam. Und er hat es nicht gewonnen, sondern es wurde ihm gestohlen.

Vielleicht kann man einen ähnlichen Witz über den Rechtsstaat erzählen: *Er verspricht nicht nur nicht jedem seine Gerechtigkeit, er verspricht niemandem seine Gerechtigkeit. Er verspricht auch nicht jedem sein Recht, er verspricht niemandem sein Recht.* Zweifellos berufen sich die Diskurse von Rechtssystemen, die man mit der Rechtsstaatlichkeit verbindet, regelmäßig auf „Rechte“, aber versprechen sie wirklich, dass sie jedermanns Rechte einhalten werden? Wir haben oben bereits angedeutet, dass jede juristische Diskussion des Falles von Michael Kohlhaas zumindest in einer Hinsicht ziemlich deplatziert ist, wenn man bedenkt, dass Kleist in seiner Novelle kein juristisches Argument oder eine juristische Frage aufwirft. Aber da Voßkuhle uns hier dazu verleitet hat, sollte einmal darauf bestanden werden, dass es nicht nur Kohlhaas' „höhere Gerechtigkeit“ war, die ihm verwehrt wurde. Vielmehr ging es bei Kohlhaas' Geschichte um die elementare Verweigerung eines grundlegenden und gewöhnlichen Rechts auf Ersatz eines ihm zu Unrecht und vorsätzlich zugefügten Schadens (dazu kommen wir unten im zweiten Teil zurück). Das Gesetz, das Kohlhaas seine Rechte zusichern sollte, hat diese zum Gespött gemacht. Das Gesetz, das Kohlhaas seine Rechte zusichern sollte, erfüllte ganz offensichtlich

⁶ Hans Kelsen, *Das Problem der Gerechtigkeit* in Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2017[1960], 611 – 754.

nicht die minimalen Anforderungen, die mit der Rechtsstaatlichkeit verbunden sind. Die Frage ist jedoch, ob eine Rechtsordnung, die als würdiges Beispiel für Rechtsstaatlichkeit gilt, jemals wirklich die „Rechte“ versprechen kann, auf die sie sich beruft, ohne dieses Versprechen zu verhöhnen.

Warum muss man diese *Bleak House* Frage stellen? Das Ziel der Frage ist ganz sicher nicht, die Rechtsstaatlichkeit als den Schwindel zu entlarven, den Dickens in seinem großen Roman beschreibt.⁷ Das Ziel der Frage ist es, ein unbestreitbares Merkmal aller Rechtssysteme hervorzuheben, auch derjenigen, die wirklich würdig sind, Instanzen der Rechtsstaatlichkeit genannt zu werden. Es geht in der Tat darum, zu einem besseren Verständnis der einzigartigen Würdigkeit von Rechtssystemen zu gelangen, die den Anforderungen, die man mit der Rechtsstaatlichkeit verbindet, gerecht werden. Diese Wertigkeit, so werden wir gegen Ende dieses Artikels sehen, hängt keineswegs von dem Versprechen ab, jedem sein Recht zu gewähren, geschweige denn von dem Versprechen, jedem seine Gerechtigkeit zu gewähren. Um diese einzigartige Würdigkeit prägnant zu verstehen, müssen wir aber zunächst verstehen, warum das Recht tatsächlich niemandem sein Recht verspricht.

Warum kann also nicht gesagt werden, dass das Gesetz jedem sein Recht verspricht? Voßkuhles eigene Berufung auf die Korrektur des Rechts durch Anrufung höherer gerichtlicher Instanzen ist hier von Belang. Was kann man realistischerweise noch für eine korrekte Anwendung einer Regel halten, wenn ein höheres Gerichtsurteil die Regelanwendung einer unteren Instanz aufhebt, oder wenn ein Verfassungsgericht eine parlamentarische „Anwendung“ eines Verfassungsgrundsatzes niederschlägt, und zwar immer mit der realen Chance, später selbst wieder aufgehoben zu werden? Wenn man zu dieser realistischen Beschreibung des institutionellen Rahmens der Rechtsanwendung die weitere und häufige Komplikation von Mehrheits- und abweichenden Meinungen unter den Richtern hinzufügt, die das letzte Wort in einer Angelegenheit haben, wird die Absurdität der Vorstellung, dass jede Anwendung einer Regel den Anspruch erheben kann, die richtige Anwendung der Regel zu sein, überdeutlich. Welche dieser Anwendungen der Regel ist richtig, und auf welcher Grundlage kann man getrost behaupten, dass die Mehrheits- und nicht die Minderheitsmeinung des Gerichts, das in der Sache das letzte Wort hat, die Anwendung schließlich „richtig“ hinkriegt? Man kann die Sache nun im Sinne der Voßkuhle'schen Maxime umformulieren: Welche dieser konkurrierenden Regelanwendungen gibt wirklich "jedem sein Recht"? Wenn "Recht" im Sinne von "Richtigkeit" nicht überzeugend und schlüssig behauptet werden kann, wird auch "Recht" im Sinne von "Anspruch" zu einem zutiefst fragwürdigen Konzept.

Das Bundesverfassungsgericht, dem Voßkuhle viele Jahre - zunächst als Richter und später als Richterpräsident - vorstand, ist nicht dafür bekannt, häufig in Minderheits- und Mehrheitsmeinungen zu spalten. Es kippt aber häufig genug untergerichtliche oder parlamentarische Bewertungen von Verfassungsnormen. Und manchmal kippt es auch eine seiner eigenen früheren Entscheidungen. Zumaldest ein legendärer Fall, in dem das Gericht all dies taten, kommt einem schnell in den Sinn: Es spaltete sich in ein Mehrheits- und ein Minderheitsurteil auf, kippten ein akribisches parlamentarisches Bemühen, die Anforderungen des *Grundgesetzes* genau genug einzuschätzen, und zog sich später wieder von dieser Entscheidung zurück. All dies geschah, als die Mehrheitsmeinung des Gerichts 1975 die

⁷ Charles Dickens, *Bleak House*, Ware 1993[1853].

parlamentarische Entkriminalisierung bestimmter Kategorien von Schwangerschaftsabbrüchen für verfassungswidrig" hielt, wobei drei Richter anderer Meinung waren, nur um 18 Jahre später sein eigenes Urteil zu kippen.⁸ Diese juristische Saga bietet sicherlich gute Gründe, unsere Frage zu wiederholen: Welche dieser Urteile und Stellungnahmen gewährten "jedem sein Recht", dem Recht der Frau auf autonome Entscheidung über die Elternschaft, dem Recht auf Leben des ungeborenen Kindes und den Rechten all derer, die ihre moralischen Überzeugungen durch eine Entscheidung für das eine oder das andere verletzt sahen? Oder muss man daraus schließen, dass alle Entscheidungen an sich richtig waren, und damit behaupten, dass das Bundesverfassungsgericht die recht raschen Veränderungen des deutschen Rechtsbewusstseins im Laufe dieser 18 Jahre stets genau richtig eingeschätzt hat?

Hans Kelsen gibt einem eine Sprache an die Hand, die die Absurditäten vermeidet, die sich aus der Schlussfolgerung ergeben, dass eine Gerichtsentscheidung (abgesehen von außergewöhnlichen Fehlern, die früh genug überdeutlich werden und als solche zurückgewiesen werden) eine Regel im Allgemeinen korrekt anwendet, obwohl einige dieser korrekten Anwendungen einander widersprechen. Alle oben angeführten Anwendungen von Regeln, so würde Kelsen argumentieren, können so lange als gültig angesehen werden, wie sie noch nicht von einer dazu befugten Institution aufgehoben oder gestrichen wurden. Keine von ihnen, die höchste Auslegungsinstanz eingeschlossen, kann jedoch als eine an sich richtige Anwendung der Regel angesehen werden.⁹ Damit suggeriert Kelsen offenbar auch, dass keines dieser Urteile jedem "sein Recht" gewährt hat oder jemals hätte gewähren können. Wenn man nie „sicher“ weiß, ob eine Regel richtig angewendet wurde, kann man auch nicht „sicher“ wissen, ob der richtigen Person ihr Recht (und dem richtigen seine Pflicht) gewährt wurde.

Es ist wichtig, noch einmal darauf hinzuweisen, dass Voßkuhle selbst seine Maxime vor dem Hintergrund eines umfangreichen Hinweises auf die Möglichkeit der Berufung gegen fehlerhafte Gerichtsentscheidungen formuliert. Er führt die Möglichkeit der Berufung als eine von mehreren Möglichkeiten *zur Selbstkorrektur* des Rechts an. Selbst abgeschlossene Verfahren können wieder aufgerollt werden, wenn sich im Nachhinein dramatische Fehler oder wichtige neue Beweise herausstellen, betont er. Und was noch wichtiger ist: Das verfassungsrechtliche Überprüfungsverfahren „kann die Kraft entfalten, auch große Bereiche des Rechtssystems neu zu orientieren“. Und Voßkuhle selbst schließt seine diesbezüglichen Überlegungen mit einer klaren Befürwortung genau des Punktes ab, den ich hier angesprochen habe: Der Lehre vom *richtigen Recht* sollte man am besten mit Skepsis begegnen, bemerkt er mit Verweis auf die Rechtswissenschaft Rudolf Stammlers – „*eine Durchmusterung seines [Stammlers] Œuvres legt den Schluss nahe, derartigen Unterfangen mit Skepsis zu begegnen.*“¹⁰

In Anbetracht seines eigenen ausdrücklichen Bewusstseins für genau den Punkt, den ich hier argumentiert habe, kann die ziemlich provokante Analyse von Voßkuhles Maxime, auf die wir uns oben eingelassen haben, nur einen Zweck haben, und zwar den, den tiefgreifenden

⁸ Vgl. BVerfG 1, 39 (1975), BVerfG 88, 203 (1993).

⁹ Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 472 – 490, 596 – 609. Kelsens Verständnis von Rechtsauslegung hat in den letzten Jahren in Frankreich durch die Arbeiten von Michel Troper starke Unterstützung gefunden. Siehe Troper, *La théorie du droit, le Droit, l'État*, PUF, Paris, 2001, 173 – 193. „Une théorie réaliste de l'interprétation“ in Olivier Jouanjan (ed) *Dossier Théorie Réalistes de droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, 2000, 51 – 64.

¹⁰ Voßkuhle & Gerberding, „Michael Kohlhaas“, 924 n. 97.

rechtswissenschaftlichen Punkt zu unterstreichen, den sein Artikel über Kleist letztlich macht: Die Rechtsstaatlichkeit besteht nicht darin, in jedem Rechtsstreit die "richtige Antwort" zu finden, wie Ronald Dworkin suggeriert.¹¹ Wenn man dennoch die Idee des "richtigen Rechts" unterhalten will, sollte sich die Richtigkeit, um die es geht, auf das Ziel beschränken, überzeugende Kriterien zu entwickeln, auf deren Grundlage gesellschaftliche Verhältnisse in einer fortlaufenden rationalen und demokratischen Diskussion über Gerechtigkeitsfragen der Kritik unterzogen werden können: „*Die Lehren vom richtigen Recht haben sich deshalb auf die wichtige Rolle zu beschränken, überzeugende Maßstäbe zur Kritik der Verhältnisse zu entwickeln und ein rationales - im weitesten Sinne demokratisches - Gespräch über Gerechtigkeitsfragen zu ermöglichen.*“¹²

Es ist wichtig, zu einem genauen Verständnis dessen zu gelangen, worauf Voßkuhle mit dieser bedeutungsschwangeren Aussage hinaus will. Wenn man den Gebrauch des Ausdrucks „Richtigkeit der Regelanwendung“ auf eine kritisch-demokratische Diskussion über Fragen der Gerechtigkeit beschränkt, die niemand "richtig" machen kann, wird das Wort „Richtigkeit“ offensichtlich einer interessanten und wichtigen modalen Transformation unterworfen. Es bezieht sich nicht mehr auf irgendeine Vorstellung von inhaltlicher Korrektheit. Es bezeichnet stattdessen eine Praxis, die angesichts der "Realität" angenommen werden muss, dass es in einer demokratischen Gesellschaft für niemanden mehr Ansprüche auf inhaltliche "Korrektheit" gibt. Welche "Realität" genau? Die "Realität", betont Voßkuhle, dass moderne Gesellschaften von unlösbaren Konflikten um Gerechtigkeitsfragen und -überzeugungen belastet sind, die eine idyllische Verbindung von Recht und Gerechtigkeit unhaltbar machen: „*Mit [einer] idyllischen Zweisamkeit von Recht und Gerechtigkeit ist es schnell vorbei, wo unterschiedliche Gerechtigkeitsvorstellungen aufeinanderprallen - Kollisionen, zu denen es in unserer pluralistischen Gesellschaft eher früher als später und eher häufig als selten kommt.*“¹³ Der demokratische Rechtsstaat, so Voßkuhle weiter, ist das Ergebnis der Einsicht, dass es kein Entrinnen aus dieser Realität gibt. Er ist die praktisch beste Antwort auf das Problem der Gerechtigkeit: „*Hinter [diesen] Zustand gibt es kein Zurück [und der] demokratische Verfassungsstaat ist die Konsequenz dieser Einsicht; er ist die praktisch beste Antwort auf das Problem der Gerechtigkeit.*“¹⁴

Das sind die Sätze, die Voßkuhles Maxime – "Das Gesetz verspricht nicht jedem seine Gerechtigkeit" – unmittelbar vorausgehen. Wir haben den Wortlaut dieser Aussage oben etwas angepasst, um den Punkt zu betonen, dass *niemand* das Versprechen seiner Gerechtigkeit erhält, wenn *jeder* sie nicht erhält, aber das ist eine kleine Korrektur, die getreu unterstreicht, was Voßkuhle wirklich sagen will. Wir können nun die Botschaft eines der erfahrensten und formidabelsten Juristen der europäischen Gegenwart zusammenfassen: Die liberal-demokratische Konzeption der Rechtsstaatlichkeit ist die beste praktische Antwort auf die Tatsache, dass man die tiefen Konflikte um Gerechtigkeit, die die heutigen Gesellschaften belasten, nicht lösen kann. Was bietet diese "beste praktische Antwort" den Mitgliedern dieser Gesellschaften im Angesicht ihrer unlösbaren Konflikte? Wie uns ein anderer erfahrener und hervorragender Jurist unserer Zeit sagt, bietet sie ihnen einen Weg, diese Konflikte zu

¹¹ Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Ma. 1978, 289 – 290.

¹² Voßkuhle & Gerberding, „Michael Kohlhaas“ 924.

¹³ Ebd.

¹⁴ Ebd.

überwinden. Die Verfassung löst unsere Differenzen nicht, schlägt Frank Michelman vor, "sie hilft uns, sie zu überwinden, uns an ihnen vorbeizuwenden" – "it helps us to get over them, vault us past them."¹⁵

Um Michelmans Einsicht in Form der angepassten Version von Voßkuhles Maxime, zu der wir oben gelangt sind, neu zu formulieren: Der Rechtsstaat bietet uns eine Möglichkeit, darüber hinwegzukommen, dass er uns weder unsere Gerechtigkeit noch unsere Rechte verspricht. Und wenn wir darauf bestehen und darauf beharren, diesen Punkt auf diese etwas provokante Weise zu betonen, dann tun wir das nicht nur, um dieser Realität gegenüber nüchtern und ehrlich zu sein, sondern auch, um diese Nüchternheit und Ehrlichkeit mit dem erhabenen Begriff der Zivilisation zu verbinden, den Hegel in seinen *Grundlinien der Philosophie des Rechts* zumindest einmal (sicher nicht immer) betrachtet hat. Es ist der unzivilisierte, kleinherzige und kleingeistige Mensch der am meisten auf sein Recht pocht, schrieb Hegel: „[D]er rohe Mensch ... [mit seinem beschränkten Herzen und Gemüte] ... versteift sich am meisten auf seinem Recht, indes der großartige Sinn darauf sieht, was die Sache sonst noch für Seiten hat.“¹⁶

Aus dieser Perspektive liberal-demokratischer „Großzügigkeit“ ist die rechtsstaatliche Demokratie offensichtlich unvereinbar mit einem Michael Kohlhaas, der die Frustration seiner eigenen Rechtsauffassung mit einem Misserfolg der Gerechtigkeit gleichstellt.¹⁷ Der Kohlhaas, der das tut, wird zum Terroristen, folgert Voßkuhle. Die Frage ist allerdings, ob Kohlhaas wirklich ein solcher war.¹⁸

III. Die Grenzen des liberal-demokratischen Rechtsbegriffs.

Voßkuhles Beobachtungen sind nichts weniger als tiefgründig. Aber, so tiefsinnig sie auch sind, sie sind auch ziemlich fehl am Platz, wenn es um Kleists Figur Michael Kohlhaas geht. Das ist nicht nur wegen der "verfehlten" Auseinandersetzung mit Kleists Text so, auf die wir im nächsten Abschnitt dieses Artikels zu sprechen kommen. Es liegt auch an den Grundsätzen der rechtsstaatlichen Demokratie, die Voßkuhle in Kleists Text zur Geltung bringt. Der erste Punkt, der in diesem Zusammenhang hervorgehoben werden muss, betrifft die Art und Weise, wie sich seine Beurteilung von Kohlhaas von Kleists Text einfach verabschiedet. Hier ist die Kernaussage, die man in diesem Zusammenhang beachten sollte:

Wo sich unser Kohlhaas auf eine höhere Gerechtigkeit beruft, der das Recht schlichtweg zu weichen hat, bekommt sein Tun eine bittere, weil antidemokratische Note. In diesem Verhalten manifestieren sich Selbstüberhöhung und eine Missachtung demokratischer Gleichheit.¹⁹

Die Beurteilung der Relevanz dieser Aussage im Kontext von Kleists Text muss mit der Erinnerung daran beginnen, dass Kleist die Revolte von Kohlhaas nicht in einem Kontext von

¹⁵ Frank Michelman, „Constitutional Legitimation for Political Acts“, *The Modern Law Review* 66/1 (2003): 1 – 15.

¹⁶ Siehe G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, in *Werke in 20 Bänden VII*, Frankfurt, Suhrkamp, 1970, 7), Abs. 38, Zusatz.

¹⁷ Die Ausdrücke „Großzügigkeit“ und „großmutig“ die hier und unten verwendet werden, sind in diesem Zusammenhang von Frank Michelmans Begrifflichkeit „magnanimity“ und „magnanimous“ inspiriert. Vgl. Michelman „Civility to Graciousness: Van der Walt and Rawls“ demnächst in *Etica & Politica/Ethics & Politics* 24 (2022).

¹⁸ Voßkuhle & Gerberding, „Michael Kohlhaas“ 925.

¹⁹ Ebd., 925.

zwei konkurrierenden Appellen an eine höhere Gerechtigkeit darstellt, bei denen eine liberal-demokratische Beurteilung der Situation sich bemühen würde, zwischen dem richtigen und dem falschen Appell zu unterscheiden. Man könnte vielleicht Mühe haben, in der Kohlhaas-Saga zwischen dem vernünftigen und dem unechten Appell an die Gerechtigkeit zu unterscheiden, wenn man nicht eine liberaldemokratische, sondern eine andere Perspektive auf den Konflikt zwischen Kohlhaas und seinen Gegnern einnehmen würde. Würde man sich einigermaßen realistisch in einen historischen Übergangskontext zwischen mittelalterlichem Feudalrecht und modernem demokratischen Recht hineinversetzen, wäre es vielleicht etwas schwieriger, die gesunden und die unechten Gerechtigkeitsappelle, um die es geht, klar zu unterscheiden, aber selbst das ist höchst zweifelhaft. Aus modern-liberaldemokratischer Sicht hingegen kann es überhaupt keinen Zweifel geben. Kleist schildert keine Szene eines gutgläubigen Konflikts zwischen zwei verschiedenen Appellen an eine höhere Gerechtigkeit, hinsichtlich derer ein Verfassungsdemokrat, der diesen Namen verdient, zu einem Geist des Kompromisses aufrufen würde, da das Gesetz nicht jedem seine eigene Gerechtigkeit zugesteht und zugestehen kann, wie Voßkuhle insistiert. Kleists Kohlhaas handelt unter den Bedingungen einer eklatanten Missachtung der elementaren Gleichheit vor dem Gesetz und eines banalen Machtmissbrauchs, den nicht einmal ein liberaler Demokrat angesichts der Pluralität und Relativität letzter Gerechtigkeitsüberzeugungen zu tolerieren hätte. Man kann ganz sicher sein, dass es Kleist nicht sonderlich um das ging, was man als liberale Demokratie bezeichnen möchte, und wir werden diesem Punkt weiter unten Aufmerksamkeit schenken. Aber wer seine Kohlhaas-Erzählung unter dem Gesichtspunkt ihrer Implikationen für die liberale Demokratie lesen möchte, wie Voßkuhle es tut, sollte nicht übersehen, dass Kleists Kohlhaas als Reaktion auf eine eklatante Missachtung der grundlegenden Gleichheit vor dem Gesetz – im Gegensatz zu den Feinheiten der persönlichen moralischen Überzeugung – handelt, die keine liberale Demokratie tolerieren sollte. Man muss fragen: Warum muss Kohlhaas ein Demokrat oder ein gesetzestreuer Bürger sein und bleiben, wenn niemand sonst einer ist?

Zweifellos können Überlegungen zur grundlegenden Gleichheit auch zu gutgläubigen Konflikten zwischen Gerechtigkeitsansprüchen führen, die keine konstitutionelle Demokratie zufriedenstellend lösen kann. Besorgnisregend ist die Art von Meinungsverschiedenheiten, die John Rawls als „vernünftige Meinungsverschiedenheiten“ – reasonable disagreement bezeichnet. Der durchschnittliche Pro-Choice-/Pro-Life-Konflikt bezüglich des Schwangerschaftsabbruchs in vielen Demokratien, der oben bereits erwähnt wurde, ist ein offensichtliches Beispiel. Was die große Weltliteratur betrifft, so wäre der Konflikt zwischen Antigones Sorge um die Beerdigung von Polynices und Kreons Sorge um die Wiederherstellung von Recht und Ordnung ebenfalls ein klares Beispiel für einen unauflösbaren Konflikt zwischen Appellen an die Gerechtigkeit.²⁰ Kleists *Michael Kohlhaas* schildert jedoch kein tragisches Patt, das mit dem Patt zwischen Abtreibungsgegnern und Lebensschützern oder dem Patt zwischen Antigone und Kreon vergleichbar wäre. Der Konflikt, den er schildert, ist der frontale Zusammenstoß zwischen einem kapriziösen Machtmissbrauch und einem anständigen Menschen, der normalen Respekt verlangt. *Michael Kohlhaas* erzählt nicht die Geschichte eines selbstherrlichen Individuums, das die demokratische Gleichheit nicht respektiert. Im Gegenteil, er erzählt die Geschichte einer Revolte im Namen dessen, was man vielleicht "demokratische Gleichheit" nennen möchte, gegen ein politisches System, das selbstherrliche Individuen beherbergt, die sich über dem Gesetz und über

²⁰ Siehe Van der Walt, *The Concept of Liberal Democratic Law*, London 2019, 60 – 64.

den gewöhnlichen Prinzipien der allgemeinen Gerechtigkeit sehen.²¹ Das Bekenntnis zur liberalen und konstitutionellen Demokratie darf nicht blind machen für die historische Möglichkeit von Umständen – revolutionären Situationen, mit anderen Worten –, die die Voraussetzungen für liberale und konstitutionelle demokratische Praktiken und Forderungen außer Kraft setzen. Dies ist ein zentraler Punkt, den ich zu Beginn von CLDL anspreche.²²

In dieser Hinsicht bleibt das Argument für die liberale Demokratie, das Voßkuhle auf Kleists Michael Kohlhaas gründet, blindlings abstrakt. Die zentrale Behauptung, die er aufstellt – das Gesetz verspricht jedem sein Recht, aber nicht jedem seine Gerechtigkeit – ist (vorbehaltlich der oben vorgeschlagenen Anpassungen) in einem Kontext der "regulären liberalen Demokratie" zweifellos gültig. Es hat jedoch keine Pertinenz in der Art von Kontext, die Kleist in *Michael Kohlhaas* beschreibt. Als solche verzerrt sie das Argument zugunsten einer großmütigen demokratischen Kompromissbereitschaft, das wir oben Voßkuhle zugeschrieben haben, anstatt es zu verdeutlichen. Wie ich an anderer Stelle argumentiert habe, werden großmütige liberale Demokraten immer länger als illiberale Demokraten mit den vielen Wahrnehmungen von Ungerechtigkeit zurechtkommen, die jedem, der in zeitgenössischen pluralistischen Gesellschaften lebt, eher früher als später ins Auge fallen müssen, wie Voßkuhle es ausdrückt. Sie werden immer die Langsamsten und die Letzten sein, die den Kohlhaas'schen Wahrnehmungen, dass die Stunde der Wahrheit gekommen ist, nachgeben. Sie werden immer dazu neigen, mehr Zeit zu geben.²³ Aber sie werden sich auch nicht mehr als liberale Demokraten bezeichnen können, wenn sie dieser Wahrnehmung nicht unter den Umständen nachgeben würden, unter denen Kohlhaas ihnen nachgegeben hat. Die liberale Demokratie kann nicht die spezifische Form des gesellschaftlichen und politischen Zusammenlebens bleiben, die sie ist, wenn sie bereit ist, die wesentlichen Formationen, die diese Form ausmachen, einfach aufzugeben. Und das bedeutet auch, dass man mit der Möglichkeit von Verhältnissen rechnen muss, unter denen wesentliche Ausformungen der liberalen Demokratie verloren gegangen sind oder gar nicht erst erreicht wurden (wie es zur Zeit von Hans Kohlhaas sicherlich der Fall war). Es würde keinen Sinn machen, von irgendjemandem zu erwarten, dass er sich unter solchen Umständen strikt wie ein liberaler Demokrat verhält, wenn man so etwas wie eine liberale Demokratie eine Chance haben will, sich eines Tages wieder zu etablieren oder neu zu etablieren.

III. Voßkuhles rechtswissenschaftliche Lektüre von Kleist

Es ist eines der Schlüsselargumente in CLDL, dass das liberal-demokratische Recht nicht nur zufällig, sondern per definitionem von poetischen Fiktionen abhängig ist, die ihm die Kraft geben, den liberalen Großmut aufrechtzuerhalten, auf dem es beruht. CLDL akzeptiert als anthropologische Realität und Unvermeidlichkeit, dass auch liberale Demokraten ihre Sehnsucht nach einer "Stunde der Wahrheit" nicht vollständig unterdrücken können, was immer diese "Wahrheit" auch bedeuten mag (es ist nie ganz klar, was sie bedeutet). Ihre Bereitschaft und

²¹ In dieser Hinsicht erscheint Kleists *Michael Kohlhaas* sicherlich nicht als unvereinbar mit den Rechtsprinzipien, die wir mit der Aufklärung verbinden. Siehe Steven Howe, *Heinrich von Kleist and Jean-Jacques Rousseau – Violence, Identity, Nation*, New York/London 2012.

²² Siehe Van der Walt, *The Concept of Liberal Democratic Law*, 10 – 11.

²³ Siehe Van der Walt, „The Gift of time and the Hour of Sacrifice“, in Brian Nail und Jeffrey Ellsworth (Hrsg.), *Law's Sacrifice - Approaching the Problem of Sacrifice in Law, Literature, and Philosophy*, London 2020, 113 – 149, hier: 143 – 146.

Fähigkeit, mehr Zeit zu geben und ihre "Stunde der Wahrheit" so lange wie möglich hinauszuschieben, hängt von kompensatorischen Befriedigungen ihrer Sehnsucht nach Wahrheit ab, die ihre liberale politische Neigung, mehr Zeit zu geben, nicht beeinträchtigen oder konkurrieren, sondern diese Neigung sogar unterstützen. Gegen Ende von CLDL führe ich diesen Punkt mit Bezug auf Hermann Hellers Beschwörung der Sehnsucht nach Wirklichkeit aus, die die Weimarer Jugend in die Arme der autoritären und totalitären politischen Bewegungen trieb. Vor diesem Hintergrund möchte ich einen weiteren Aspekt von Voßkuhles Auseinandersetzung mit Kleist diskutieren.

Hermann Heller führte den Verfall des *Rechtsstaates* in der Weimarer Republik auf das Aufkommen eines technischen Verständnisses von Gesetzgebung zurück, das „*seine Beziehung zum Absoluten, zum tragenden Grund und Abgrund des Lebens*“ kappte. Die reine Rechtslehre von Kelsen – und die „*entleerte Nomokratie*“, für die sie steht – war Hellers handlicher Sündenbock. Diese „*entleerte Nomokratie*“ trage wesentlich dazu bei, so Heller, dass bei der „*nach sittlichen Begründungen suchenden und wirklichkeitshungrigen Jugend*“ seiner Zeit die Faszination für die Diktatur zunehme.²⁴

Alles, worauf Heller mit diesen Beobachtungen hinauswollte, ist grundlegend unvereinbar mit dem in der CLDL entwickelten Konzept der liberalen Demokratie. CLDL entwickelt ein Konzept des liberal-demokratischen Rechts, das es als selbstverständlich ansieht, dass das Recht so weit wie möglich (es ist nie ganz möglich) von der Sorge um „*das Absolute*“ und „*den tragenden Grund und Abgrund des Lebens*“ losgelöst sein sollte. John Rawls artikulierte diese Notwendigkeit im Sinne des grundlegenden politisch-liberalen Erfordernisses, Politik und Recht auf der Basis der öffentlichen Vernunft (public reason) anstelle umfassender Weltanschauungen (comprehensive worldviews) zu organisieren.²⁵ Rawls, so werden wir weiter unten sehen, äußerte auch seine Besorgnis über die existenziellen Konsequenzen dieses Wechsels von umfassenden Weltanschauungen zur öffentlichen Vernunft, hielt diesen Wechsel aber dennoch für unvermeidlich und für die liberale Demokratie bestimmend. Wir kommen auf Rawls' Bedenken weiter unten zurück. Für den Moment genügt die Feststellung, dass Rawls das von Heller angesprochene Problem der „*entleerte Nomokratie*“ nicht entgangen ist.

Wie dem auch sei, in dem Absatz, der seinem Hinweis auf den „Wirklichkeitshunger“ der Weimarer Jugend folgt, spricht Heller auch von einer Bürgergesellschaft, die „*sein geistiges Sein ... [verleugnet] ... und ... sich einem irrationalistischen Neo-Feudalismus in die Arme [wirft]*“. An diesem Punkt ereilte ihn eine tiefe Einsicht, aus der die Theorie der liberalen Demokratie ihre Lehre ziehen kann und muss. Er begann, diesen irrationalistischen Neo-Feudalismus mit Nietzsches "Übermenschen" zu beschreiben, die sich von Zeit zu Zeit wie Raubtiere benehmen müssen, die freigelassen werden, um die schlimmsten Gräueltaten zu begehen, als wären es Schülerstreiche, damit „*die Dichter für lange nun wieder etwas zu singen und zu rühmen haben*.“²⁶

²⁴ Hermann Heller, *Recht, Staat, Macht* in *Gesammelte Schriften II*, Tübingen 1992, 450 – 451.

²⁵ Siehe John Rawls, *Political Liberalism*, New York 1996.

²⁶ Heller, *Recht, Staat, Macht*, 451 – 452.

Die Frage, mit der Hellers Vision einer Rückkehr der Weimarer Zeit zu einem irrationalen und grausamen Neo-Feudalismus die Theorie der liberalen Demokratie verlässt, ist diese: Wird sich die liberale Demokratie der Zukunft auf Poesie und Literatur verlassen müssen, nicht um die großen Taten der Nietzscheanischen Krieger festzuhalten, sondern um buchstäblich an ihre Stelle zu treten? Kann eine zukünftige liberale Demokratie dem Neo-Feudalismus ausweichen, indem sie sich einfach auf die Poesie verlässt? In CLDL habe ich die Frage mit Bezug auf Homers Beschreibung des Todes von Sarpedon formuliert und mich dabei auf die folgende Übersetzung ins Englische von Emilios Christodoulidis gestützt:

Patroklos then made his second cast, and the weapon left his hand with flawless aim. He hit his enemy on the diaphragm, the broad muscle on which throbs the human soul. Sarpedon fell like an oak falls, like the tall pine to the sharp axe he toppled and just his hands fluttered like small wings clutching at the bloodied earth.²⁷

Dann machte Patroklos seinen zweiten Wurf, und die Waffe verließ seine Hand mit makellosem Ziel. Er traf seinen Feind auf das Zwerchfell, den breiten Muskel, an dem die menschliche Seele pocht. Sarpedon fiel wie eine Eiche fällt, wie die hohe Kiefer zur scharfen Axt, stürzte er und nur seine Hände flatterten wie kleine Flügel, die sich an die blutige Erde klammern.

Als Antwort auf Heller stellte CLDL die Frage, ob wir dem Neo-Feudalismus ausweichen können, indem wir uns einfach auf die Poesie verlassen, wie folgt: Kann die Poesie selbst "das Zwerchfell, der breite Muskel werden, an dem die menschliche Seele pocht", der Muskel, der voll und ganz in der Lage ist, den Schlag des Patroklos zu ertragen und zu absorbieren, um damit einen liberal-demokratischen Staat aufrechtzuerhalten, in dem es keine Helden mehr geben wird, den Staat, auf den Hegel schon in den *Grundlinien* anspielte? Müssen Gesellschaften, die danach streben, liberale Demokratien zu sein oder zu werden, das Politische und das Poetische trennen, damit die Poesie fortan die Politik nicht mehr mit einem Realitätsbedürfnis belastet, wie in Hellers Konstellation, sondern entlastet?

Unter dem Blickwinkel dieser Frage erscheint Voßkuhles rechtswissenschaftliche Lektüre von Kleists *Michael Kohlhaas* noch einmal mehr als verfehlt. Nicht nur ist Kohlhaas, wenn man ihn zum Zwecke der rechtswissenschaftlichen Reflexion betrachtet, nicht irgendein "Terrorist", der seine überlegenen Gerechtigkeitsvorstellungen einer normativ gespaltenen Gesellschaft undemokatisch aufzwingt, wie wir oben gesehen haben. Die Betrachtung von Kohlhaas als Fall für die rechtswissenschaftliche Reflexion als solche verfehlt bereits das Wesentliche von Kleists literarischem Werk. Als literarisches Werk ist *Michael Kohlhaas* keine Analogie, die auf eine rechtswissenschaftliche Belehrung abzielt. Die kataklysmische Natur von Kleists Sprache, die exzessive Gewalt, mit der er Kohlhaas' grausame Antwort auf das ihm zugefügte elementare Unrecht beschreibt, zeigt deutlich, dass er auf eine viszerale Wirkung abzielt. Er zielt darauf ab, uns mit genau der Realität in Berührung zu bringen, vor der das Gesetz die zivilisierten Gesellschaften abzuschirmen versucht. Mit anderen Worten, als die literarische Figur, die er wirklich ist, ist Kohlhaas nicht nur ein geschädigtes Individuum, das exzessiv auf ein Versagen der Rechtsstaatlichkeit reagiert. Er symbolisiert oder verkörpert eine Revolte gegen das Gesetz

²⁷ Übersetzt ins Englische von Emilios Christodoulidis aus Homer, *Die Ilias*, ins Neugriechische übertragen von D.N. Maronitis, Bd. II, 2010, 99. Die Übersetzung ist entnommen aus Christodoulidis, „Simone Weil's Poem of Force and the Meaning of Courage“ in Samantha Besson und Samuel Jube (Hrsg.) *Concerter les Civilisations*, Paris 2020.

als solches, um der Erfahrung dessen willen, was Heller „*das Absoluten, der tragende Grund und Abgrund des Lebens*“ nennt.

Wie fast alle Vertreter der abendländischen Metaphysik vor ihm, glaubte Heller offenbar, dass die Verbindung mit diesem Grund und Abgrund des Lebens eine notwendige Bedingung für die stabile Institutionalisierung eines Rechtssystems ist. Er glaubte offenbar, dass diese Verbindung die liberale Demokratie vor den Verlockungen des Totalitarismus bewahren könne. Das Argument, das CLDL vorbringt, betrifft das direkte Gegenteil dieses Glaubens. Es ist genau das Bestreben, das Recht mit dem Fundament und dem abgrundtiefen Grund des Lebens zu verbinden, das die Stabilität jeder Rechtsordnung bedroht und das Versprechen des liberal-demokratischen oder jeder anderen Art von nicht-totalitärem Recht und Politik ruiniert. Und in dem Maße, in dem der Mensch den wilden *Wirklichkeitshunger*, den die Verbindung mit dem absoluten Grund und Abgrund des Lebens zu nähren und zu stillen verspricht, nicht loslassen kann, sollte die Sorge um ein stabiles liberaldemokratisches System besser einen alternativen Raum zur Verfügung stellen, in dem dieser Hunger genährt und gestillt werden kann, ohne die stabile Institutionalisierung des Rechts zu beeinträchtigen oder zu schwächen. Kohlhaas als exemplarischen Fall für rechtswissenschaftliche Reflexion zu nehmen, ist natürlich keine Todsünde. Aber eine Lektüre von Kohlhaas, die sich darauf beschränkt, verpasst die weitaus einschneidendere Rolle, die literarische Figuren im Leben sterblicher Menschen spielen, die dazu verdammt sind, auf der Suche nach ihrer eigenen Existenz durch das Leben zu gehen.

Das Verhältnis von Recht und Literatur, das in dieser Auseinandersetzung in den Vordergrund tritt, bricht offenkundig mit allen Strängen der Rechts- und Literaturwissenschaft (law and literature movement), die Literatur als Quelle moralischer und rechtswissenschaftlicher Belehrung betrachten. Es geht sogar noch einen Schritt weiter als der Widerstand gegen diese normativen Ansätze zur Literatur in Susanne Kauls atemberaubend tiefgründiger Studie zur poetischen Gerechtigkeit bei Shakespeare und Kleist.²⁸ Sie schließt sich sicherlich Kauls Konzeption eines irreduziblen Gegensatzes zwischen Recht und Literatur an. Aber das Argument, das in CLDL vorgebracht wird, betrachtet diesen Gegensatz nicht im Hinblick auf die halb eingekerkerte Existenz unter dem Gesetz auf der einen Seite und das Fenster, das die Literatur auf eine idyllisch unentfremdete Existenz öffnet, auf der anderen Seite.²⁹ Die hier erarbeitete Vision ist genau das Gegenteil. Relativ gut funktionierende und anständige rechtsstaatliche Institutionen – so existenziell bescheiden sie auch sind – bieten das einzige Versprechen auf eine relativ unentfremdete Existenz, auf die der Mensch hoffen kann. Es ist die literarische Phantasie des Menschen, die nur allzu oft Visionen von einer Existenz entwirft, die sich, wenn sie Wirklichkeit werden, zwangsläufig in eine Reihe von Gulags und Schlachthäusern verwandeln. Der Mensch scheint verflucht zu sein, diese dunkle Phantasieladung zu haben. In den Händen der besonders Begabten und Geschickten – wie Shakespeare und Kleist – wird dieser Fluch jedoch auch zu einem Geschenk. Er bietet dem Menschen eine Begegnung mit dem absoluten Grund und Abgrund des Lebens, über den der große Heller kontemplierte. Heller

²⁸ Susanne Kaul, *Poetik der Gerechtigkeit*, München 2008.

²⁹ Ebd., 23: „[Shakespeares und Kleists] Kritik der Gerechtigkeit ... impliziert eine Rettung der Liebe, des friedlichen Zusammenlebens, der Natürlichkeit, Individualität und Schönheit – all dessen, was durch die Gerechtigkeit gefährdet ist. Dort, wo Menschen in Ketten gelegt werden, spulen sie den Film zurück.“ Zurück? Ja, zurück von einer Szene einer angeketteten Existenz zu einem Panoramablick auf eine weite Landschaft der von Ferne Menschen und Tieren zeigt „deren Lust am erwachenden Frühlingsmorgen und der schon wärmenden Sonne spürbar ist.“ Ebd., 9.

betrachtete diesen absoluten Grund und Abgrund des Lebens allerdings in einem Register, das das Literarische mit dem Wörtlichen in gefährlicher Weise verwechselte. Er wischte der Katastrophe nicht aus, wie er ernsthaft glaubte, sondern er hofierte sie. Der Hunger des Menschen nach dem letzten Grund seiner Existenz ist potentiell Fluch und Geschenk zugleich. Er bleibt nur so lange ein Geschenk, wie die literarischen und wörtlichen Register der Sprache angemessen getrennt bleiben. Er wird zum Fluch, wenn sie es nicht sind.

Voßkuhles wörtliche Lektüre von Kohlhaas hofiert sicher nicht die Katastrophe, wie es Hellers Beschwörung des "absoluten Grundes und Abgrunds des Lebens" in so gutem Glauben tat. Sie spiegelt jedoch eine gewisse Missachtung des einzigartigen literarischen Registers wider, in dem Kleist Kohlhaas geschaffen hat. Vielleicht sollte man von einem begabten und geschickten Juristen einfach nicht erwarten, dass er dem Geschenk der Poesie, das uns die Sprache bietet, besondere Aufmerksamkeit schenkt. Vielleicht verlangt die in CLDL entwickelte Konzeption des Verhältnisses von Recht und Poesie selbst, dass man dies nicht tut. Dennoch ist es nicht unangebracht und vielleicht sogar von entscheidender Bedeutung, Juristen immer wieder auf die verborgenen Bedingungen der Möglichkeit aufmerksam zu machen, an denen sich das Ideal und die Praxis eines freiheitlich-demokratischen Rechts dreht. Der Widerstand der Poesie gegen das Recht sollte als eine entscheidende Bedingung für das Recht verstanden werden. Der Rückzug aus dem Unheil, den der Rechtsstaat verspricht, bleibt nur möglich und plausibel, solange der Rechtsstaat bewusst von einem eigenständigen literarischen Raum begleitet wird, in dem das Unheil frei geschrieben werden kann. Das ist der entscheidende Rat, den CLDL den erhabenen Gedanken von Maurice Blanchot entnimmt,³⁰ wohl wissend natürlich, dass Blanchot nie jemandem einen Rat gegeben hat. Dichter tun so etwas nicht.

Tiefgründige Poesie und seichtes Recht?

Die obigen Überlegungen führen zu folgendem Schluss: Die Literatur beschäftigt sich im Wesentlichen mit der scheinbar unbändigen Sehnsucht des Menschen, seine eigene Existenz vollständig zu ergründen. Das Recht ist im Wesentlichen das Bestreben, das Unheil zu vermeiden, das in dieser Sehnsucht lauert. Zu diesem Zweck konstruiert das Recht einen – gemeinhin mit dem Rechtsstaat assoziierten – mundanen Raum, innerhalb dessen Parameter die wörtliche Anrufung des absoluten Existenzgrundes weder notwendig noch zulässig ist.

Führt diese Konstellation des Verhältnisses von Recht und Literatur auch zu dem Schluss, dass das Recht oberflächlich ist, während die Poesie tiefgründig ist? Diese Frage scheint John Rawls gequält zu haben. Er schrieb:

As institutions and laws are always imperfect, we may view that form of discourse as imperfect and in any case as falling short of the whole truth set out by our comprehensive doctrine. Also, that discourse can seem shallow because it does not set out the most basic grounds on which we believe our view rests.³¹

Da Institutionen und Gesetze immer unvollkommen sind, können wir diese Form des Diskurses als unvollkommen und in jedem Fall als hinter der ganzen Wahrheit zurückbleibend betrachten, die von unserer umfassenden Doktrin dargelegt wird. Außerdem kann dieser Diskurs oberflächlich erscheinen, weil er nicht die grundlegendsten Gründe darlegt, auf denen unserer Meinung nach unsere Ansicht beruht.

³⁰ Maurice Blanchot, *L'écriture du désastre*, Paris 1980, *L'espace littéraire*, Paris 1955.

³¹ Rawls, *Political Liberalism*, 243.

Wir können nun – unter Berufung auf Voßkuhle, Michelman und eine außergewöhnliche Aussage Hegels in den *Grundlinien der Philosophie des Rechts* – bestätigen, dass das Gesetz nicht oberflächlich ist. Indem es den Rückzug aus der poetischen Beschäftigung mit den absoluten Gründen des Seins ermöglicht, ermöglicht uns das Gesetz die Zivilisation. Es ermöglicht uns eine einzigartige Form der Zivilisation, die die Poesie nicht beanspruchen oder hoffen kann, uns zu ermöglichen. Dies ist die "Tiefe" des Rechts, die Tiefe der Rechtsstaatlichkeit. Diese Tiefe ist anders als die Tiefe, die die Poesie der Sprache bietet. In der Tat muss die Tiefe der Poesie aus der Perspektive des Rechts als eine wilde Tiefe erscheinen, eine unzivilisierte Tiefe. Die wilde Beschäftigung der Poesie mit der abgrundtiefen Erfahrung der Existenz – Hellers Beschäftigung mit dem „*Absoluten, ... tragenden Grund und Abgrund des Lebens*“ kann nicht zivilisiert werden. Ihr Wesen liegt in ihrem Widerstand gegen die Zivilisation. Es ist dieser Widerstand gegen die Zivilisation, für den nicht nur Michael Kohlhaas, sondern alles, was Kleist schrieb, steht. Und nicht nur alles, was Kleist geschrieben hat. Das ganze Leben des „unaussprechlichen Menschen“ namens Heinrich von Kleist stand für diesen Widerstand gegen die Zivilisation.³² Das Werk und das Leben Kleists und das Verhältnis der Person des Dichters zu seinem Werk liefern auch die deutlichsten Signale für das Unheil, das in der Dichtung lauert. Kleists Dichtung der Katastrophe und sein buchstäblich katastrophales Leben unterstreichen den Schlüsselgedanken, um den sich die gesamte Argumentation in CLDL dreht: Das liberale demokratische Recht beruht auf einer entscheidenden Trennung zwischen Poesie und Recht. In *The Literary Exception and the Rule of Law*³³ führe ich diesen Gedanken im Hinblick auf die mit James Boyd White, Martha Nussbaum und vielen anderen verbundene *Law and Literature*-Bewegung weiter aus, auf die sich auch Voßkuhles Artikel über Kleist bezieht. Darin setze ich mich insbesondere mit den Gedanken von Nussbaum auseinander. Ich halte ihre philosophische Arbeit für nichts weniger als erhaben, komme aber zu dem Schluss, dass ihre Auffassung der Beziehung zwischen Recht und Literatur Poesie auf eine Form von Rechtsberatung reduziert. Damit bereitet sie dem Recht keinen Dienst. Poesie ist keine *ancilla iuris*. In den markanten Begriffen von Carl Schmitt betrachtet, sind Dichter souverän. Sie sind nicht dem Gesetz unterworfen. Sie entscheiden den Ausnahmefall. Sie sind es, die, wie der von Schmitt betrachtete Souverän, aus dem Nichts herausschaffen – *die Entscheidung ist normativ betrachtet, aus einem Nichts geboren.*³⁴

Das freiheitlich-demokratische Recht kann und *muss* die Souveränität der Dichter *respektieren*, sofern sie Dichter bleiben und nichts anderes. Liberale Demokraten können und *müssen* Kleist, den Autor von *Michael Kohlhaas, ehren*. Aber sie können keinen Zweifel daran haben, dass Kleist wegen banalen Mordes hätte vor Gericht gestellt werden müssen, hätte er seinen Selbstmord überlebt. Die wörtliche Umsetzung seiner abgrundtiefen poetischen Visionen hatte Kleist schon seit vielen Jahren ins Auge gefasst, bevor er sie schließlich am 21. November 1811 am Kleinen Wannsee in die Tat umsetzte.³⁵ Diese Inszenierung liefert einen aufschlussreichen Hinweis auf die liberaldemokratische Ablehnung von Schmitts Feier der Souveränität. Schmitts Souveränitätskonzeption beruht auf einer Aufhebung der definitorischen Trennung zwischen

³² Kleist bezeichnet sich in einem Brief an Ulrike Kleist vom 13. März 1803 als „dieser unaussprechliche Mensch“. Siehe Kleist, *Sämtliche Werke und Briefe in drei Bänden*, München 2010, 811.

³³ Siehe Fußnote 4 oben.

³⁴ Carl Schmitt, *Politische Theologie*, Berlin, 71996[1922], 37 – 38.

³⁵ Siehe Adam Soboczynski, *Kleist. Vom Glück des Untergangs*, München 2011.

Recht und Dichtung, die durchaus vergleichbar ist mit Kleists Vision der buchstäblichen Inszenierung von Dichtung.³⁶ Schmitt dachte offenbar an einen Souverän, der poetische Visionen des Lebens verkündet, einen Souverän, der wie ein Dichter Recht schafft. Schmitts und Hellers moralische und politische Visionen lagen Welten auseinander. Bei Heller muss man sicher davon ausgehen, dass er der Idee des liberalen demokratischen Rechts verpflichtet war.³⁷ Aber seine Beschwörung einer Verbindung zwischen dem Recht und dem Grund und Abgrund des Lebens als Antwort auf den Wirklichkeitshunger der Weimarer Jugend und als Alternative zu Kelsens „entleerte Nomokratie“ kommt Schmitts poetischer Vision von Souveränität gefährlich nahe.

Warum ist es dennoch entscheidend, dass liberale Demokraten die Souveränität der Dichter respektieren, solange sie Dichter bleiben? Woher kommt das oben zweimal betonte „*muss respektieren*“ und „*muss ehren*“? Es geht um das Paradoxon der Poesie. Gerade durch ihren aufmüpfigen Widerstand gegen das Gesetz öffnet sie das Fenster zur Außenseite des Rechts, ohne das der Rechtsstaat zwangsläufig zu einer erstickenden Einfriedung wird. Auf diese Weise nimmt die Poesie – zweifellos ungewollt – an der Aufrechterhaltung des Gesetzes teil, dem sie widersteht. Die Poesie ist die Essenz des Denkens des Außen – *la pensée de dehors* –, das Michel Foucault betrachtete.³⁸ Ohne dieses Fenster zur Außenseite des Rechts sind die Mauern des Gesetzes dazu verurteilt, unter dem Widerstand, den die menschliche Seele gegen jede Andeutung von Enge zu leisten scheint, Risse zu bekommen. „Seele“ ist nur ein bequemes Wort für das, worum es hier geht (wir werden es nie wirklich wissen).

Es genügt, zu folgern: Gerade durch ihre Unbotmäßigkeit gegenüber dem Recht und ihre Weigerung, dem Recht zu dienen, ist die poetische Imagination mitkonstitutiv für den Raum, in dem die Herrschaft des Rechts plausibel und machbar bleibt. Poesie und Recht konstituieren diesen Raum gemeinsam, indem sie sich gegenseitig kraftvoll widersetzen. Die Tiefe dieses Raumes gehört beiden. Sie sind beide dafür verantwortlich, ihn zu schaffen und zu erhalten. Aus irgendeinem Grund gibt es eine Tendenz unter den Menschen, die Poesie als tief und das Gesetz als seicht zu betrachten. Sogar Rawls zeigte Anzeichen dafür, dass er sich an dieser Tendenz stört, wie wir oben gesehen haben. Dennoch sollten wir diese Tendenz selbst dem unbändigen Unfug der menschlichen Seele zuschreiben. Aus Rawls' eigenem formidablen Engagement für die fortwährende *Errungenschaft* des liberalen demokratischen Rechts – die fortwährende *Errungenschaft*, mit unseren Unterschieden zu leben und sie zu überwinden, wie Michelman es ausdrückt³⁹ – lernen wir, dass das Recht alles andere als seicht ist. Recht und Poesie teilen sich denselben Raum. Sie schaffen und erhalten diesen Raum gemeinsam. Aber sie tun dies nur, indem sie sich voneinander entfernen und sich gegenseitig die Außenseiten bleiben. Sie messen

³⁶ Ebd., 62.

³⁷ Siehe Michael Wilkinson, „Authoritarian Liberalism in the European Constitutional Imagination: Second Time as Farce?“, *European Law Journal*, 21/3 (2015): 313 – 339.

³⁸ Michel, Foucault, *La pensée du dehors*, Paris 1986.

³⁹ Neuere Arbeiten von Michelman betonen die Zentralität dieser Performativität – dieser fortwährenden Leistung – in Rawls' Konzept der öffentlichen Vernunft, – und verorten sie in Rawls' Beschwörung einer Pflicht zur Höflichkeit (duty of civility), die auf einer akuten Rücksichtnahme auf die Lasten des Urteils (burdens of judgement) beruht, die dazu neigen, normative Übereinkunft zu vereiteln. Siehe Michelman „Human Rights and Constitutional Rights: A Proceduralizing Function for Substantive Constitutional Law?“ in Silja Voeneky and Gerald Neuman (Hrsg.), *Human Rights, Democracy, and Legitimacy in a World of Disorder*, Cambridge 2018, 73 – 96, hier: 94 – 96, und auch Michelman „Civility to Graciousness“ (fn. 17 *supra*). Mein Verständnis von Rawls ist stark von demjenigen Michelmans geprägt.

oder registrieren daher auch die Tiefe des Raumes, der sich „zwischen ihnen“ öffnet, in entgegengesetzten Richtungen.⁴⁰ Sie schaffen damit eine doppelte Tiefe innerhalb dieses Raumes, zwei unterschiedliche Tiefen, die niemals verwechselt oder vermengt werden sollten. Man könnte sich auf eine negative und eine positive Tiefe beziehen, um dieses doppelte Register zu reflektieren, indem man die erste dem Gesetz und die zweite der Poesie zuschreibt.⁴¹ Eine solche Zuschreibung könnte die „scheinbare Untiefe“ der ersteren und die „selbstverständliche Tiefe“ der letzteren erklären. Aber selbst diese Zuschreibung würde einen Rest des Unfugs der Seele widerspiegeln. Es ist nicht Sache der Sterblichen zu entscheiden, was negativ und was positiv ist, wenn man auf diese Ebene der Reflexion hinauf- oder hinabsteigt.

⁴⁰ Für eine weitere Ausarbeitung dieser „entgegengesetzten Richtungen“ von Poesie und Recht mit Bezug auf Paul Celan’s „Meridian“ Rede, siehe Van der Walt „Law, Utopia, Event: A Constellation of Two Trajectories“ in Austin Sarat et al (Hrsg.), *Law and the Utopian Imagination*, Stanford 2014, 60 – 100, hier: 60, 77 – 86.

⁴¹ Siehe Van der Walt, „Law and the Space of Appearance in Arendt’s Thought“, in Marco Goldoni & Christopher McCorkindale (Hrsg.), *Hannah Arendt and the Law*, Oxford 2012, 63 – 88, hier: 77 – 82.