

ANJA OBERKOFER

Kritische Ansätze im amerikanischen Rechtsdenken

Die Critical Legal Studies sind eine fortschrittliche, linke Strömung in der amerikanischen Rechtstheorie, die seit den siebziger Jahren ihre theoretischen Grundlagen aufbauend auf Marx, Engels, Gramsci, aber auch auf Foucault und Derrida weiterentwickelt. Vorliegender Beitrag zeigt den widersprüchlichen Werdegang einer Rechtstheorie, die angetreten ist, sich mit den gesellschaftspolitischen Machtverhältnissen in den USA kritisch auseinanderzusetzen, und dabei insbesondere die Zusammenhänge zwischen gesellschaftlicher Macht und Recht zu analysieren.

Die zunehmende Etablierung der Critical Legal Studies an den amerikanischen Eliteuniversitäten bedingte jedoch eine Kehrtwende des vormals fortschrittlichen Denkens, als nunmehr die von ihren Vertretern Duncan Kennedy und Roberto Unger entwickelten Ansätze zu einem intellektuellen Glasperlenspiel der akademischen Jurisprudenz wurden und den Bezug zur Praxis und damit zum Menschen verloren.

Die Geschichte der Critical Legal Studies ist ein mahndendes Beispiel für das Scheitern fortschrittlicher Rechtstheorien, die nicht über den Horizont der bürgerlichen Gesellschaft hinausdenken.

Einführende Bemerkungen zu den Critical Legal Studies

Ein materialistischer Blick auf Veränderungen in der US-amerikanischen Rechtswissenschaft, die in Europa wegen ihrer jungen Tradition¹ eher am Rande wahrgenommen wird, kann für das Thema »Gerechtigkeit und Geschichte« nützlich sein, zumal in der Gegenwart die weltpolitische Vormachtstellung der USA auf längere Zeit hinaus unbestritten zu sein scheint. Zu den bemerkenswertesten, aber auch umstrittensten Strömungen zählen die Critical Legal Studies², in deren Arbeiten Denkansätze von *Karl Marx*, *Friedrich Engels* und *Antonio Gramsci* ebenso aufgenommen werden wie solche der Frankfurter Schule, *Michel Foucault* oder *Jacques Derrida*.

Die nationale konservative amerikanische Presse bezeichnet in den achtziger Jahren die Critical Legal Studies, zu deren prominentesten Vertretern *Duncan Kennedy*³, nunmehr Professor an der amerikanischen Kaderschmiede für Juristen, der Harvard University, und *Jack Balkin*⁴, Professor an der nicht weniger renommierten Yale Law School, gehören, als radicals. Bei den Critical Legal Studies handle es sich um ein Konglomerat »linker«, unorthodoxer rechtspolitischer und rechtswissenschaftlicher Ideen und Theorien, das versucht, sich auf Hochschulebene zu organisieren und mehr Einfluß in



Mag. Anja Oberkofler
Jg. 1975, Rechtsanwaltsanwältin in Wien; abgeschlossenes Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Innsbruck; derzeit Promotion an der Universität Wien: Kritische Ansätze im amerikanischen Rechtsdenken (Diss. Uni Wien August 2001); (Ver-)Pfändung von Internet-Domains, Medien & Recht 3/2001; Neueste Neue Akzente aus Strassburg, Die Rechtsprechung zu Art 10 EMRK, in: Medien & Recht 2/2000 (zusammen mit D. Damjanovic); Europäisches Deliktsrecht, Gedanken zur Realisierbarkeit, ÖJZ 1998, S. 502-505.

Der Beitrag wurde am 21. Januar 2001 auf dem Kolloquium anlässlich des 75. Geburtstages von Hermann Klenner gehalten.

1 Mit dem Ende des amerikanischen Unabhängigkeitskrieges 1780 kann der Beginn der amerikanischen Rechtswissenschaft angesetzt werden, die im Laufe der Zeit eine gewisse Verselbständigung sowohl gegenüber der kontinental-europäischen als auch gegenüber der englischen erfahren hat. Im Gegensatz dazu reichen die Wurzeln der europäischen Rechtswissenschaft bis in die Antike zurück. So kannte bereits Aristoteles, wie er in seiner Nikomachischen Ethik darlegt, eine Unterscheidung zwischen positivem und natürlichem Recht: »Wie es nun ein doppeltes Recht gibt, das ungeschriebene und das gesetzliche, so scheint auch bei der Freundschaft aus Nutzen die eine auf dem Charakter, die andere auf dem Gesetz zu beruhen.« Aristoteles: Die Nikomachische Ethik, DTV (1986) 253.

2 Vgl. dazu Duxbury, der von »jurisprudence of modern times« spricht Duxbury: Patterns of American Jurisprudence (1995) 426; Duxbury bietet eine umfassende und kritische Darstellung der Geschichte der amerikanischen Rechtswissenschaft bis in die jüngste Vergangenheit.

3 Duncan Kennedy ist seit 1976 Professor of Law an der Harvard University.

4 Jack Balkin ist Professor für Verfassungsrecht an der Yale Law School. Balkin studierte Rechtswissenschaften an der Harvard University und promovierte an der philosophischen Fakultät der Universität Cambridge. Bevor er seine akademische Laufbahn als Professor für Verfassungsrecht einschlug, sammelte er praktische Erfahrungen als Anwalt in New York. Balkin ist unter anderem auch Gründer und Direktor der Yale's Information Society Projects, das sich mit Rechtswissenschaften und neuen Informationstechnologien befaßt.

5 Meyer: Ein Studienjahr an der Harvard Law School, JZ 1987, 715. Vgl. auch Kessler: Metamorphosen im Amerikanischen Vertragsrecht, JJ 1988, 113, für den die Critical Legal Studies ein »Amalgam von modern legal realism und Neomarxismus, wie er von der Frankfurter Schule entwickelt worden ist« bilden.

6 1961-1973.

7 Ermordung des schwarzen Bürgerrechtskämpfers Martin Luther King Jr. 1968.

8 Kennedy dazu 1970: »The war in Vietnam has made young people (...) more reluctant than in the past to commit a part of themselves which they know to be fragile to a legal process which they know to be brutal (...)« Kennedy: How the Law School fails, 1 Yale Review of

den juristischen Fakultäten zu gewinnen und dessen Hauptanliegen die »Dekonstruktion« der rechtlichen Dogmatik mit dem Ziel der Offenlegung der angeblich wirklich ergebnisbestimmenden Faktoren, häufig mit einer marxistischen oder feministischen oder einer besonders die Rolle der Minderheiten betonenden Tendenz«.⁵

Während des Vietnamkrieges⁶ und der zugespitzten Rassenauseinandersetzungen⁷ in den USA⁸ stellten einige sich mit der politischen Linken⁹ identifizierende Professoren und Studenten, ausgehend von den Überlegungen des in der Zwischenkriegszeit entstandenen Rechtsrealismus¹⁰, den liberalen Rechtsformalismus und die herrschende Rechtsdogmatik vehement in Frage.

1977 gelang es *David Trubek*¹¹ und *Duncan Kennedy*, der aus einer typischen upper-middle class stammend, von sich selbst sagte: »I was raised to be a part of the liberal ruling elite«¹², eine Gruppe linker Juristen auf der Gründungskonferenz der Critical Legal Studies zu versammeln.¹³ Doch schon in der Geburtsstunde der Critical Legal Studies zeigt sich das bekannte Dilemma vermeintlich linker Rechtstheorien, nämlich jenes ihrer mangelnden Homogenität und bürgerlichen Beschränktheit, so daß jegliche Versuche einer inhaltlichen Determinierung der Critical Legal Studies scheitern.¹⁴ Für *Roberto Unger*¹⁵, dessen »The critical legal studies movement«¹⁶ als ein Klassiker¹⁷ unter den Schriften über die Critical Legal Studies gelten kann, haben die Critical Legal Studies »die zentralen Ideen des modernen Rechtsdenkens«¹⁸ untergraben und anstelle dieser eine neue Konzeption des Rechts gesetzt.¹⁹ Gleichzeitig bemüht sich *Unger* zu betonen, daß diese Feststellung mehr ein Vorschlag sei als eine Beschreibung. Beispiele für diese den Critical Legal Studies inhärente Abneigung gegen jede präzise inhaltliche Determinierung ließen sich noch beliebig weiter anführen.²⁰ Aus diesem Grund, vor allem aber, da sich im Laufe der Zeit gewisse Themenschwerpunkte im Einflußbereich der Critical Legal Studies verselbständigten²¹ – hier sei auf die ihre eigene Daseinsberechtigung erfahrende Critical Race Theory²² oder die feministische Lehre²³ hingewiesen – ist es schwer, die Critical Legal Studies in ihrer Gesamtheit präzise zu erfassen und zu beurteilen. Nichtsdestoweniger kann hierorts schon festgehalten werden, daß die durchaus marxistischen beziehungsweise fortschrittlichen Ansätze der frühen Protagonisten der Critical Legal Studies wie etwa des *Morton Horwitz*²⁴, der in seinem »The Transformation of American Law, 1780 - 1860«²⁵ aufzeigte, wie die amerikanischen Richter die common law Doktrin an die geänderten wirtschaftlichen Verhältnisse im 19. Jahrhundert, die von zügelloser Konkurrenz geprägt waren, anpaßten oder auch die *Kennedys*, der in seinem 1983 verfaßten »Legal Education and the Reproduction of Hierarchy«²⁶ von der Juristenausbildung als einer Form konservativer Indoktrination spricht, nicht weiterentwickelt wurden, sondern im Laufe der Zeit verwässerten, so daß am Ende der Entwicklung der Critical Legal Studies etwa ein *Jack Balkin* steht, der mit seiner These von der Gerechtigkeit als einem im menschlichen Herzen verankerten transzendentalen Wert, der nach Artikulation verlangt, aber niemals gänzlich erfüllt werden kann²⁷, zu einer Gläubigkeit zurückkehrt, die schon längst überwunden zu sein scheint²⁸.

Duncan Kennedy – ein Robin Hood²⁹ der amerikanischen Rechtstheorie?

Duncan Kennedy und *Roberto Unger*, der die Critical Legal Studies mit seiner Vision einer den Liberalismus ablösenden kommunitaristischen Gesellschaftsform prägte³⁰, gelten bei diesem Prozeß als »Männer der ersten Stunde«. Insbesondere *Kennedys* Arbeiten haben die Critical Legal Studies nachhaltig beeinflusst, wobei sich drei in engem Konnex zueinander stehende Themenschwerpunkte herauskristallisieren. Schon frühzeitig durchschaut *Kennedy* die Funktion der Juristenausbildung zur Sicherung der bestehenden gesellschaftlichen Verhältnisse und analysiert diese, indem er immer wieder – und dies zu Recht – auf die Arbeiten von *Gramsci*, aber auch von *Foucault* zurückgreift.³¹ Der englische Rechtswissenschaftler *Duxbury* befindet sogar, daß »Kennedy's attack on the Yale Law School is critical legal studies at its best, a cride coeur against the repressiveness of an institution which purports to epitomize freedom and tolerance.«³²

In den siebziger Jahren steht die Normanwendung im liberalen Rechtssystem im Mittelpunkt der Veröffentlichungen *Kennedys*. 1977 erscheint im Rahmen der Gründungskonferenz der Critical Legal Studies *Kennedys* Aufsatz »Form and Substance in Private Law Adjudication«³³, in dem er sich mit den inneren Spannungen des Liberalismus, und insbesondere auch mit dem Konflikt zwischen Individualismus und Altruismus auseinandersetzt. Zwei Jahre später, nunmehr bereits Professor of Law an der Harvard Law School, entwickelt er in »The Structure of Blackstone's Commentaries«³⁴, beeinflusst von den Werken von *Hegel*, *Marx*, *Lukács* und *Marcuse*, seine schon in »Form and Substance in Private Law Adjudication« dargelegte These von den inneren Spannungen des Liberalismus als »fundamental contradiction«³⁵ weiter. Die Analysen des nunmehrigen Carter Professor of General Jurisprudence der Harvard Law School über die Spannungen im System des Liberalismus ziehen sich bis in die Gegenwart hinein. In seinem unveröffentlicht gebliebenen Manuskript »Utopian Rationalism in American Legal Thought«³⁶, in dem *Kennedy* sich der Theorie von *Hart* und *Sacks*, dargelegt in deren Buch »The legal process«³⁷ widmet, geht es *Kennedy* insbesondere um die von *Hart* und *Sacks* angenommene Fähigkeit von Richtern, auf Rechtsstreitigkeiten immer eine »correct answer« zu finden. Die Rolle der Richter im amerikanischen Rechtssystem sollte in späteren Jahren einen zentralen Punkt in den Arbeiten *Kennedys* spielen und findet ihren vorläufigen Abschluß in seinem 1997 erschienenen Buch *A Critique of Adjudication*³⁸, in dem er versucht, eine generelle Gesellschaftstheorie mit subversiven Bestrebungen zu entwickeln, die sich mit der Rolle der politischen Ideologie im Rechtsprechungsprozeß auseinandersetzt³⁹. Indem sich *Kennedy* mit den Funktionen von Rechtsregeln, Juristenausbildung und Rechtsprechung im herrschenden kapitalistischen System auseinandersetzt, setzt er sich aber auch mit der Frage nach der Gerechtigkeit in diesem System auseinander. Für *Kennedy* und die Critical Legal Studies liegen die Wurzeln der Logik und Struktur, die dem Recht zugeschrieben werden, in den Machtverhältnissen der jeweiligen Gesellschaft begründet. Das Recht dient, so *Kennedy*⁴⁰, in erster Linie der Unterstützung der

Law and Social Action (1970) 80. In dieser Zeit setzten sich vornehmlich Moral- und RechtsphilosophInnen in fachwissenschaftlicher Hinsicht mit der in den USA geführten civil disobedience Thematik auseinander. Vgl. dazu nur etwa Ronald Dworkin, einem Kritiker des Rechtspositivismus und der Critical Legal Studies, in *Taking Rights Seriously* (1977) oder auch Rawls: *A Theory of Justice* (1971).

9 Die Generation, die unter Dwight D. Eisenhower (34. Präsident der USA von 1953-1961) aufwuchs, begann sich in den sechziger Jahren vor dem Hintergrund des eskalierenden Kalten Krieges und der Ermordung John F. Kennedys (35. Präsident der USA von 1961-1963), in den viele junge Leute ihre Illusionen gesetzt hatten, politisch eine neue Heimat zu suchen und formierten sich zur New Left. Die Students for a Democratic Society (SDS) wurden 1962 gegründet und kritisierten v.a. die Unterstützung von Rassismus und Militarismus an den amerikanischen Universitäten.

10 Der amerikanische Rechtsrealismus verdrank viel der deutschen Freirechtswegung zu Anfang des 20. Jahrhunderts. Vgl. neben vielen anderen Herget/Wallace: *The German Free Law Movement as the Source of American Legal Realism*, 73 *Virginia Law Review* (1987) 399. Vgl. ausführlich zum Rechtsrealismus und seiner Protagonisten Casper: *Juristischer Realismus und politische Theorie im amerikanischen Rechtsdenken* (1967).

11 David Trubek, der sich u. a. mit Rechtsvergleichen und Völkerrecht beschäftigt, ist heute Dean of International Studies der University of Wisconsin Law School, an die er bereits 1973 berufen wurde.

12 *Kennedy* in einem dem *Barrister Magazine* 1987 gegebenen Interview zum Thema »Are lawyers really necessary?«

13 Vgl. dazu Binder: *On Critical Legal Studies as Guerilla Warfare*, 76 *Georgetown Law Journal* (1987) 23: »Critical Legal Studies was born of (...) dissonance between the student political experience of the sixties and the law school curriculum of the sixties and seventies.«

14 Vgl. Somek: *From Kennedy to Balkin: Introducing Critical Legal Studies from a Continental Perspective*, 42 *Kansas Law Review* (1994) 759. Somek sieht eine der wesentlichen Intentionen der Critical Legal Studies, für eine Gesellschaft, die sich nur scheinbar in einem normativ versöhnten Zustand befindet, eine angemessene Form der juristischen Analyse zu entwickeln (Somek: *Haben Sie heute schon dekonstruiert?*, *Rechtstheorie* 26. Band / Heft 2, 205).

15 Roberto Unger; Professor of Law an der Harvard University.

16 Unger: The critical legal studies movement (1986) 1.

17 Vgl. dazu Somek: From Kennedy to Balkin, 760, der von »the most admirable piece of scholarship explicitly aligned with the movement« spricht.

18 Vgl. dazu etwa Balkin: The Crystalline Structure of Legal Thought, 39 Rutgers Law Review (1986) 3: »If one attempts to view legal thinking as a coherent system of moral directives it becomes hopelessly complicated and confusing; however, if it is viewed dialectically as a continuing series of struggles between various sets of opposed ideas, its structure becomes relatively simple, crystal clear.«

19 Unger: The critical legal studies movement, 1.

20 Jedoch gilt es an dieser Stelle bereits mit Klenner übereinstimmend und warnend festzuhalten, daß »wenn Meinungsstreit (...) sich auf Definitionsgeiznäck reduziert, dann wird – günstigenfalls! – nur die Flucht aus der Wirklichkeit in die idealeren, sprich: dogmatischen Regionen begünstigt.« Klenner: Vom Recht der Natur zur Natur des Rechts (1984) 13.

21 Das Verhältnis sowohl der Critical Race Theory als auch der feministischen Theorie zu den Critical Legal Studies ist von Ambivalenz geprägt. Beide Theorien stellen insbesondere die von den Critical Legal Studies aufgestellte Behauptung eines Konsenses zugunsten der »reality of difference«, auf den das Rechtssystem gründet, in Frage. Vgl. dazu eingehend und grundlegend Duxbury: Patterns of American Jurisprudence, 504ff.

22 Vgl. dazu einen guten Überblick bietend Delgado/Stefanica (Hrsg): Critical Race Theory: The Cutting Edge (1999).

23 Prominenteste Vertreterin der feminist legal theory ist Catherine A. MacKinnon mit Sexual Harassment of Working Women: A Case of Sex Discrimination (1986), Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law (1987), Toward a Feminist Theory of the State (1989).

24 Morton Horwitz ist Charles Warren Professor of American Legal History an der Harvard Law School und Vorsitzender des Program in the History of American Civilization.

25 Horwitz: The Transformation of American Law, 1780-1860 (1979).

Interessen derjenigen Schicht, die es formt. Recht als bloße Sammlung von Einstellungen und Vorurteilen, die die in der Gesellschaft herrschenden Ungerechtigkeiten legitimieren sollen, wird von den Mächtigen und Reichen als ein Instrument der Unterdrückung zur Sicherung der bestehenden gesellschaftlichen Hierarchie verwendet. Damit greift *Kennedy* die marxistische Theorie vom Recht als Ausdruck des Willens der ökonomisch und politisch herrschenden Klasse auf, dessen Inhalt in den materiellen Lebensbedingungen dieser Klasse wurzelt. Auch *Kennedy* betont den Klassencharakter rechtlicher Regeln, wengleich auch nicht in jener Deutlichkeit, Präzision und Konsequenz, die marxistischen Rechtstheoretikern zu eigen ist.

Und gerade im Bereich der Beschäftigung mit der Ideologie lassen sich innerhalb der Critical Legal Studies zwei Richtungen unterscheiden, die die innere Widersprüchlichkeit dieser Rechtstheorie verdeutlichen.⁴¹ Während *Kennedy* die wesentliche Rolle der Ideologie im Rechtssystem betont und bestrebt ist, die für ihn im Spannungsverhältnis zwischen Individualismus und Altruismus stehende Rechtsdogmatik darzustellen⁴², konzentriert sich etwa *Peter Gabel*⁴³ auf die Erfahrungen des einzelnen im Rechtssystem und die Erzeugung einer Entfremdung durch dieses und verleiht damit der Rechtstheorie der Critical Legal Studies einen pseudo-psychologischen Ansatz.

Trotz seiner Gedanken zur bestehenden Ungleichverteilung des gesellschaftlichen Reichtums wie etwa »... if you think that the distribution of wealth and power in our society is unjust, you should hold the people who make the laws responsible for it« beziehungsweise »the question is whether there should be a much more equal distribution of wealth and power than we now have«⁴⁴, zieht *Kennedy* ganz der Tradition der Critical Legal Studies verhaftet letztendlich keine Konsequenz aus dieser Fragestellung. Dann kann aber zu Recht gefragt werden: Cui bono?⁴⁵ Eine Rechtstheorie, die nur bestehende Verhältnisse kritisiert, aber keine Änderungen, keine revolutionären Änderungen beabsichtigt, ist nur ein williger Diener des herrschenden Systems, das sich mit dem Mäntelchen des Liberalismus umgeben kann. In Anlehnung an *Hegel* kann dann aber gesagt werden: »Die Kritik, die auf ein nur negatives (oder gar kein Resultat, Anm. Verfasserin) führt, ist ein nicht bloß trauriges Geschäft, sondern sich darauf beschränkend, von einem Inhalt nur zu zeigen, daß er eitel ist, ist selbst ein eitles Tun, eine Bemühung der Eitelkeit.«⁴⁶

Altes Problem im neuen Gewand – Rechtsstaatlichkeit als Verfahrensrecht

Diese Konsequenzlosigkeit ist nicht nur ein theoretisches Defizit der Critical Legal Studies, was sich im besonderen Maße an der von *Kennedy* geübten Kritik an der amerikanischen Rechtsprechung und der Rolle der amerikanischen Richter zeigt. Diese als kritisch angelegte Rechtstheorie bleibt für die USA allerdings ein als fortschrittlich einzuschätzender Versuch, das gesellschaftliche System von innen zu reformieren. Aufgrund der realen Klassenverhältnisse ist aber auch dieser Versuch letztendlich zum Scheitern verurteilt. Zur Illustration sei jener Teil der Kennedyschen Rechtsprechungstheorie herausgegriffen, die angesichts ihrer unrühmlichen Vergangenheit

im faschistischen Europa von besonderer Brisanz erscheint: Das eng mit dem Gedanken von Gerechtigkeit verbundene Rechtsstaatlichkeitsprinzip, das sowohl in Europa als auch in den USA eine wichtige gesellschaftliche Rolle spielt. Von großem Interesse erscheint die unterschiedliche Bedeutung, die der *rule of law* auf dem amerikanischen Kontinent zukommt. Mit dieser hat sich *Kennedy* in seiner *A Critique of Adjudication*, wenngleich verkürzt, auseinandergesetzt. Für die bürgerliche Reaktion in Europa war die »Herrschaft des Rechts« in ihrem Kampf gegen den Kommunismus immer ein wichtiges Instrument, vor allem die Trennung zwischen Judikative und Legislative wird als Herzstück der bürgerlichen Seite angesehen, die – nur scheinbar! – Hand in Hand mit den Menschenrechten und der repräsentativen Demokratie, basierend auf freien Wahlen, einhergeht. Das amerikanische System der Gewaltenteilung bedeutete in der Praxis eine sich im Lauf der Zeit abwechselnde Kontrolle der Gesetzgebung durch die Liberalen und Kontrolle der Judikative durch die Konservativen. Dies liegt an der grundsätzlich größeren Bedeutung der richterlichen Normsetzungstätigkeit in den USA, da die Gerichte sowohl im Privat- als auch im Verfassungsrecht ein wichtiges Werkzeug zur Durchsetzung von Gesetzesvorhaben darstellen. Die Macht und der Einfluß amerikanischer Höchstgerichte, die vor allem in 19. Jahrhundert dem Orakel von Delphi⁴⁷ gleich verehrt wurden, zeigte sich gerade zuletzt bei der umstrittenen US-Präsidentschaftswahl⁴⁸. *Duncan Kennedy* stellte der klassischen Rolle beziehungsweise Bedeutung der *rule of law*, die es für ihn als eine Frage der politischen Moral – hier kann nur gefragt werden: wessen Moral? – doch nur die der herrschenden Klasse! – zu unterstützen gelte, seine eigene – breite – Definition gegenüber, deren globales Anwendungsfeld er folgendermaßen zusammenfaßt: »That there be justiciable legal restraints on what one private party can do to another, and on what executive officers can do to private parties; That judges understand themselves to be enjoined to enforce these restraints independently of the views of the executive and the legislature, and of political parties; That judges understand themselves to be bound by a norm of interpretive fidelity to the body of legal materials that are relevant to whatever dispute is before them.«⁴⁹ Dem zufolge sieht *Kennedy* die *rule of law* als eine der Gerichtsbarkeit unterworfenen Machtbeschränkung Privater im Verhältnis untereinander als auch im Verhältnis zum Staat an, wobei die Richter dazu angehalten sind, diese Machtbeschränkungen unabhängig von den politischen Ansichten der Vollziehung, der Gesetzgebung und politischer Parteien durchzusetzen und sich an die Norm der interpretativen Treue zum gesetzlichen Material⁵⁰, das im jeweiligen Fall relevant ist, gebunden zu fühlen haben. Unter dieser von *Kennedy* institutionell beziehungsweise verfahrensrechtlich ausgestalteten *rule of law* haben die Bürger automatisch das Recht auf Anrufung des Gerichts. Dieses Recht naturrechtlichen Charakters⁵¹ bilde die notwendige Konsequenz zu den der Gerichtsbarkeit unterworfenen Einschränkungen privaten und öffentlichen Handelns. Obwohl *Kennedy* von »seiner« *rule of law* Definition überzeugt ist, macht er doch zwei Vorbehalte, von denen hier nur einer – aber ein wesentlicher – behandelt wird, geltend: Die *rule of law* hat nach *Kennedys* Auffas-

26 Kennedy: *Legal Education and the Reproduction of Hierarchy* (1983).

27 Balkin: *Being just with deconstruction* 3 *Social and Legal Studies* (1994) 393. Online-Version ist unter der Internet-Adresse <http://www.yale.edu/lawweb/jbalkin/articles/beingjust1.htm> abrufbar.

28 Vgl. dazu auch Klenner: *Vom Recht der Natur zum Natur des Rechts*, 156.

29 Auf die Frage, ob *Kennedy* sich selbst angesichts seiner gesellschaftspolitischen Einstellungen als Robin Hood sehe: »Robin Hood was an outlaw«, (*Kennedy*: *Are lawyers really necessary?*).

30 Vgl. dazu Unger: *Law in Modern Society: Towards a Criticism of Social Theory* (1976).

31 *Kennedy Duncan*: *Are lawyers really necessary*, *Barrister Magazine*; *How the Law School fails*, 1 *Yale Review of Law and Social Action* (1970) 71; *Legal Education and the Reproduction of Hierarchy* (1983)

32 Duxbury: *Patterns of American Jurisprudence*, 422.

33 *Kennedy*: *Form and Substance in Private Law Adjudication*, 89 *Harvard Law Review* (1976) 1685-1778.

34 *Kennedy*: *The Structure of Blackstone's Commentaries*, 28 *Buffalo Law Review* (1979) 206-382.

35 fundamental contradiction – that relations with others are both necessary to and incompatible with our freedom is (...) pervasive *Kennedy*, *Blackstone* 215. Vgl. dazu auch Somek: *Haben Sie heute schon dekonstruiert?* 207, der treffend *Kennedys* Gedanken resümiert und festhält, daß *Kennedy* die »Produkte der rechtswissenschaftlichen Analyse als Dokumente eines Widerspruchs unserer gesellschaftlichen Existenz ansieht, der uns zwar zur Realisierung unserer Freiheit verhält, in Rechtsverhältnissen mit anderen einzutreten, welche aber gleichzeitig die solcherart gewonnene Freiheit stets auch bedrohen.«

36 Vgl. dazu Duxbury: *Patterns of American Jurisprudence*, 456.

37 Hart / Sacks: *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*. *Kennedy* setzt sich mit Hart und Sacks auch in seinem jüngsten Buch, jedoch nur kurz, in Zusammenhang mit der Problematik einer Unterscheidung zwischen »rule application« und »rule making« auseinander. Siehe *Kennedy*: *A Critique of Adjudication* (1997) 31.

38 Kennedy: A Critique of Adjudication.

39 Kennedy: A Critique of Adjudication.

40 Kennedy: Are lawyers really necessary?

41 Balkin: Ideology as Constraint, 43 Stanford Law Review (1991) 1167ff.

42 Für Habermas geht es Kennedy darum zu zeigen, »daß die amerikanische Entwicklung des Privatrechts und der Privatrechtsjudikatur um zwei unvereinbare Prinzipien kreist. Auf der einen Seite kommt der Grundsatz der individuellen Vertragsautonomie und damit die liberale Gesellschaftsvision einer geregelten Konkurrenz zweckrational handelnder Privatleute zur Geltung, auf der anderen Seite der Grundsatz des Vertrauensschutzes in einer reziprok verpflichtenden Vertragsbeziehung und damit die konträre Vision einer auf gegenseitiger Rücksichtnahme und Solidarität beruhenden Assoziation.« Habermas: Faktizität und Geltung (1998) 265.

43 Gabel: The Phenomenology of rights-consciousness and the Pact of the Withdrawn Selves, 62 Texas Law Review (1984) 1563 ff.

44 Kennedy: Are lawyers really necessary? .

45 In ähnlichem Zusammenhang – nämlich in seiner kritischen Auseinandersetzung mit der Frankfurter Schule – meint etwa Beyer zu recht: »Der Kritik-Gehalt der Theorie darf nicht den Kritik-Gehalt der Praxis, also die Tat, verbauen.« Beyer: Die Sünden der Frankfurter Schule: Ein Beitrag zur Kritik der »Kritischen Theorie« (1971) 20.

46 Hegel: Jubiläumsausgabe, Frommanns-Verlag, Bd 16, 399.

47 Vgl. noch zum heutigen Verständnis der Person des Richters als mythische Figur ausführlich Kennedy: A Critique of Adjudication. Hingegen spielt nach Kennedys Ansicht die RichterInnen auf dem europäischen Kontinent eine weniger einflußreiche Rolle. Auch Fikentscher: Methoden des Rechts, Bd. 2 (1975) 283 befindet: »(...) naturgemäß steht die Person des Richters für einen anglo-amerikanischen Juristen im Vordergrund«.

48 Vgl. dazu auch Noll: Im Prinzip mündig (1996) 70.

49 Kennedy: A Critique of Adjudication, 13.

50 Vgl. dazu in anderem Kontext den vehementesten Kritiker der Critical Legal Studies, Ronald Dworkin in seinem Law's Empire (1998) 255 und seiner Vorstellung von law as integrity.

sung keinen absoluten Wert, sondern ist im Zusammenhang mit den modernen liberalen westlichen Institutionen zu sehen und »sometimes has to be compromised with ideas like emergency, national security, or just ›substantial justice‹«. ⁵² Diese Einschränkung zeigt die Schwäche der Kennedyschen Definition der Rechtsstaatlichkeit als verfahrensrechtliches Recht, denn gerade dieser Vorbehalt eröffnet – wie könnte es anderes sein! – das Tor zur inhaltlichen Bestimmung des Rechtsstaatlichkeitsprinzips und kann damit nicht als ein von den gesellschaftlichen Bedingungen losgelöstes – quasi im freien Raum schwebendes – verfahrensrechtliches Recht betrachtet werden. Daß dieses Kennedysche Verfahrensmodell der Rechtsstaatlichkeit im bürgerlichen Europa nicht auf Gegenliebe gestoßen ist, mag nicht weiter verwundern. ⁵³ Denn selbstverständlich kann auch *Kennedys rule of law* wie jedes andere Rechtsinstitut immer nur der herrschenden Klasse dienen, denn Recht und damit seine Institute sind immer nur Instrumente, um die Politik einer herrschenden Klasse durchzusetzen. Nichtsdestoweniger dürfen aber die Leistungen der Critical Legal Studies in einem Land, in dem Mitte der fünfziger Jahre – also nur zehn Jahre, bevor sich eine kritische Linke entwickeln konnte – derartige fortschrittliche Ansätze vor dem Untersuchungsausschuß des amerikanischen Senats über unamerikanische Umtriebe enden hätten können ⁵⁴, nicht zu gering bewertet werden.

Durch das Infragestellen einer »neutralen« Rechtsanwendung, insbesondere aber durch ihre These von Richtern als ideologische Akteure ⁵⁵ haben die Critical Legal Studies, vor allem *Duncan Kennedy*, zu einem geänderten Verständnis der amerikanischen Rechtsprechung beigetragen. Nicht vergessen werden darf in diesem Zusammenhang auch der Einfluß der Critical Legal Studies auf das System der amerikanischen law schools ⁵⁶, wobei – und dies sei hier nur der Vollständigkeit halber erwähnt – für die amerikanische Jurisprudenz die Verknüpfung von Methodenfragen mit Ausbildungsfragen eine Sache der Notwendigkeit ist. Diese Verknüpfung beginnt nicht erst mit den Critical Legal Studies, die das Recht den Studierenden aus einem anderen Blickwinkel – vermöge einer »humanistic critique« ⁵⁷ – näher bringen: »Legal education is no longer a form of conservative indoctrination which is unopposed«, ⁵⁸ sondern ist seit der Einführung der case method Mitte des 19. Jahrhunderts an den amerikanischen law schools durch den Chemiker *Charles William Eliot* ⁵⁹ Teil der amerikanischen Rechtstradition.

Vermeintlicher Nutzen einer Dekonstruktion zum Zwecke der Gerechtigkeit bei Jack Balkin

Die von den Critical Legal Studies vertretenen Thesen vom politischen Charakter des Rechts, vom Einfluß der Ideologie auf die Rechtsprechung und von der Auseinandersetzung zwischen Liberalismus und Altruismus paßten sich im Laufe der Zeit dem mainstream an. Anstatt die Fortschrittlichkeit voranzutreiben, verfielen die Critical Legal Studies in einen Rückschritt. Dies zeigt sich deutlich an dem Rechtstheoretiker *Jack Balkin*, der für manche – auch Europäer – einen der herausragendsten Beiträge zur Rechtstheorie des 20. Jahrhunderts geleistet haben soll ⁶⁰. Daß diese Meinung nicht uneingeschränkt zu teilen ist, legen nachfolgende Ausführungen

nahe. Ende der achtziger, Anfang der neunziger Jahre wurde es in der amerikanischen, linken Rechtstheorie populär, die Dekonstruktion – ursprünglich eine von Jacques Derrida⁶¹ an dem Saussure'schen Differenzkonzept orientierte Methode zur Beurteilung literarischer und philosophischer Texte, deren Hauptaugenmerk den impliziten Oppositionen oder Grenzziehungen innerhalb des Textes, die von seiner eigenen Logik, wenn man sie weiterverfolgt, unterlaufen werden und ein Paradoxon darstellen – auch auf das Recht anzuwenden. Daß begriffliche Oppositionen nicht nur in Literatur und Philosophie, sondern gerade auch im Recht vorhanden sind, womit die Umkehrung begrifflicher Hierarchien, wie sie Gegenstand der Dekonstruktion ist, auch im Recht ein Betätigungsfeld findet, machte diese anti-humanistische⁶² Methodik für die Rechtstheorie interessant. Derrida, wahrlich kein Rechtstheoretiker, bemerkte schon frühzeitig, daß es »normal, vorhersehbar, wünschenswert war, daß Untersuchungen dekonstruktiven Stils in das Problemfeld des Rechts, des Gesetzes und der Gerechtigkeit einmünden. Dieses Feld wäre sogar ihr eigentlicher Ort, der Ort, wo sie am ehestens zu Hause sind, wenn es denn so etwas gibt wie einen eigenen Ort.«

Warum sich gerade eine humanistische Rechtstheorie wie die Critical Legal Studies dieses Analyseverfahrens bedient, bedürfte einer eigenen Untersuchung, auch wenn Balkin die Antwort in der dekonstruktiven Tradition der amerikanischen Rechtstheorie finden will⁶³. Eine differenziertere Betrachtungsweise zeigt aber, daß am Ende des Prozesses der Aneignung der Dekonstruktion als Instrument zur Analyse des Rechts durch die Critical Legal Studies ein Rückgriff auf naturrechtliche Werte steht, der die anti-humanistische Grundthese der Dekonstruktion scheinbar redigiert und legitimiert.

Da im Gegensatz zur Dekonstruktion des Rechts die literarische Dekonstruktion nicht primär kritischen Zwecken gewidmet war, mußten die Critical Legal Studies die Dekonstruktion dem von ihnen gewünschten kritischen Verwendungszweck anpassen.⁶⁴ Bei einer Dekonstruktion des Rechts geht es den Rechtstheoretikern der amerikanischen Linken um die Kritik an der Inkohärenz doktrinärer Unterscheidungen und um das Aufzeigen von Ungerechtigkeiten im Recht.⁶⁵ Durch dekonstruktives Fragen, das die Grundlagen des Rechts, der Moral und der Politik betrifft, ohne selber aber ein begründetes Verfahren zu sein oder sich gegen die Begründung zu richten, sollten bestimmte Werte aus dem Gleichgewicht gebracht und komplizierter beziehungsweise paradoxer gefaßt werden.⁶⁶ Die Technik und Entwicklung der Dekonstruktion des Rechts sind, wie Balkin⁶⁷ oder auch Somek⁶⁸ feststellten, eng und untrennbar mit den Critical Legal Studies verbunden. Was die Dekonstruktion für die Critical Legal Studies interessant macht, ist die von der Dekonstruktion in das Zentrum ihrer Analyse gerückte Veränderbarkeit von Bedeutungen und begrifflichen Grenzen, ihr interdisziplinärer Anwendungsbereich und das Untergraben der Logik von Texten.⁶⁹ Daß die Verwendung der Dekonstruktion durch die Critical Legal Studies nicht unproblematisch ist, sei an dieser Stelle nur der Vollständigkeit halber erwähnt.⁷⁰ Das Verdienst der Critical Legal Studies liegt aber jedenfalls in der pragmatischen Verwendung der Dekonstruktion als eine von vielen Techniken für die Analyse spezifischer Probleme in

51 Dieses Recht steht den BürgerInnen auch in Abwesen eines bill of rights zu. (Kennedy: A Critique of Adjudication, 14).

52 Kennedy: A Critique of Adjudication, 14.

53 Vgl. dazu etwa Bauman: Critical Legal Studies, 34.

54 An dieser Stelle sei an die Ermordung von Julius und Ethel Rosenberg am 19. Juni 1953 im Sing Sing Prison, New York erinnert.

55 Vgl. dazu Kennedy: A Critique of Adjudication, 39ff und 182ff.

56 Vgl. dazu nur Kennedys eigene Beiträge How the Law School fails, 1 Yale Review of Law and Social Action (1970) 71; Kennedy Duncan: Legal Education and the Reproduction of Hierarchy (1983); siehe auch Ward, Kantianism, Postmodernism and Critical Legal Thought (1997) 113: »The empirical basis to much of the early CLS scholarship can be explained, in part, by the lingering influence of realism, not just doctrinally, but in its concern with legal education. The practical impulse for CLS was not just the demise of certain scholars in individual tenure disputes with various universities, but more generally, a deep – seated feeling that the established orthodoxy of legal education was wholly uncritical, both socially and politically.«

57 Kennedy: Are lawyers really necessary?

58 Kennedy: Are lawyers really necessary?

59 Charles William Eliot (1834-1926); Professor der analytischen Chemie; 1869 –1909 Präsident der Harvard University von 1869-1909; setzte sich in den Jahren 1911-1912 weltweit für den Frieden ein; vgl. dazu American Authors 1600-1900 (1938) 247 f. Eliot war als Mathematiker und Chemiker begeisterter Anhänger und Verfechter der »classroom laboratory method«, bei der die Aufgabe des Professors vornehmlich darin bestand, die Studenten anzuleiten, aus konkreten Fällen allgemeine Grundsätze abzuleiten. Vgl. dazu kritisch Schlegel: American Legal Theory and American Legal Education, A Snake swallowing its tail?, 50 in: Joerges / Trubek (Hrsg.): Critical Legal Thought: An American-German Debate (1989).

60 Vgl. etwa Somek: From Kennedy to Balkin, 782.

61 Jacques Derrida (1930 -); französischer Philosoph. U. a. hat Jacques Derrida die der Dekonstruktion zugrundeliegende Leseoperation 1989 in seiner keynote address an die Conference of Critical Legal Studies an der Cardozo Law

School vorgeführt, die in der These gipfelt »La déconstruction est la justice« Derridas »Deconstruction and the Possibility of Justice« wurde später unter dem Titel *Force of Law: The Mystical Foundation of Authority* veröffentlicht 11 *Cardozo Law Review* (1990) 919. Vgl. zu Person von Derrida auch Pierre Bourdieu, der meinte: »Für mich ist unter allen philosophischen Tugenden Jacques Derridas die wertvollste seine Fähigkeit, einen kritischen Blick auf die Philosophie zu werfen.« Siehe aber auch Balkin: »Derrida can justly be blamed for not being the clearest of writers, but it is hardly different from many other philosophers in the Continental tradition who write in a metaphorical and hyperbolic style.« Balkin: *Nested Oppositions*, 99 *The Yale Journal* (1990) 1670.

62 Die Menschen werden von der Dekonstruktion als Produkte kultureller Kräfte gesehen, die außerhalb der menschlichen Kontrolle liegen.

63 Vgl. Balkin: *Nested Opposition*, 1704.

64 Balkin betont aber auch, daß eine Dekonstruktion des Rechts nicht unbedingt und zwangsläufig einen kritischen Zweck erfüllen muß (vgl. Balkin: *Being Just with Deconstruction*, 394). Im Prozeß der Entwicklung einer Dekonstruktion des Rechts schlug Balkin eben dann ein Verständnis von Dekonstruktion vor, welches deren Gebrauch in der kritischen Rechtstheorie erlaubte. Balkin: *Transcendental Deconstruction, Transcendent Justice*, 92 *Michigan Law Review* (1994) 1131.

65 Vgl. dazu Balkin: *Deconstruction's Legal Career* (1998) Part I, 2. Dieser Beitrag Balkins ist nur online unter der Internet-Adresse <http://www.yale.edu/lawweb/jbalkin/articles/deccar1.htm> abrufbar.

66 Vgl. Derrida: *Der »mystische Grund der Autorität«*, 17 u. 19.

67 »Deconstruction has arrived on the American scene as one of the many European philosophical movements that have accompanied the rise of interdisciplinary legal studies in general and the law and literature and Critical Legal Studies movement in particular« (Balkin: *Nested Oppositions*, 1704).

68 Somek ist der Ansicht, daß die der juristischen Klassifikation gewidmete Dekonstruktion sich ihre aus der Übertragung der Derridaschen Philosophiekritik auf die Rechtstheorie resultierende Problemstellung zunächst vom Kernbereich der Critical Legal Studies vorgeben hat lassen. Somek: *Haben Sie heute schon dekonstruiert?* 204. Somek unterscheidet drei Versionen der Dekonstruktion, wobei diese insofern miteinander verbunden sind,

spezifischen Rechtsbereichen.⁷¹ Dekonstruktion kann damit als Mittel zum Zweck verstanden werden. Als Mittel dienen die dekonstruktiven Techniken, Zweck ist das Aufzeigen inkohärenter Strukturen im liberalen Rechtsdenken.

Von den Vertretern der *Critical Legal Studies* widmet sich vor allem Balkin⁷² der Dekonstruktion und entwickelt sie zu einer, wie er meint, für die kritische Rechts- und Gesellschaftstheorie dienlichen weiter. Die Dekonstruktion kann für Balkin nur dann einen kritischen Zweck erfüllen, wenn nicht mehr bloß die Entdeckung instabiler Bedeutungen in verschiedenen begrifflichen Schemata im Zentrum der Analyse steht, sondern durch die Dekonstruktion die Unannehmbarkeit eines bestimmten Textes zu Tage tritt und eine »bessere« Betrachtungsweise der Dinge aufgezeigt werden kann. Balkin spricht von einer ad infinitum durchführbaren Dekonstruktion als einem nützlichen Handwerkszeug, um »durch die Erzeugung veränderter Beschreibungen des Rechts alternative Gestaltungsmöglichkeiten der Rechtsgleichheit sichtbar werden zu lassen«⁷³. Aber selbst angesichts dieser potentiellen Endlosigkeit der Dekonstruktion finde diese ihr Ende, »when we feel that we have achieved sufficient enlightenment from the text or conceptual scheme we have deconstructed.«⁷⁴

Auch bei der Dekonstruktion stellt sich unausweichlich die Frage nach Gerechtigkeit: Ist die Dekonstruktion eine Möglichkeit, Gerechtigkeit zu sichern? Oder gefährdet nicht vielmehr die Dekonstruktion das Recht und macht damit bereits die Bedingung der Möglichkeit von Gerechtigkeit zunichte?⁷⁵

Dekonstruktive Techniken scheinen zumindest auf den ersten Blick keine bestimmte Gerechtigkeitsvorstellung zu unterstützen sowie die Möglichkeit jeder stabilen Konzeption von Gerechtigkeit auszuschließen.⁷⁶ Dies liegt nicht zuletzt an der sich aus den Grenzen und der Partialität der menschlichen Dekonstruktion erklärenden politischen Beliebigkeit des dekonstruktiven Arguments: »Not only does a deconstructionist begin deconstructing for a reason, she also ends her deconstruction for a reason«⁷⁷, sondern auch daran, daß die Dekonstruktion dem Logozentrismus, den sie durch die Umkehr begrifflicher Hierarchien beständig kritisiert, nicht entkommen kann.⁷⁸ Für Balkin steht die Antwort auf die Frage nach der Gerechtigkeit in der Dekonstruktion in engem Konnex mit dem Grund und Zweck der Dekonstruktion im allgemeinen und ihrer kritischen Verwendung im besonderen.⁷⁹ Eine kritische Verwendung der Dekonstruktion könne vor allem, so Balkin, die Ungerechtigkeit des Rechts beziehungsweise die Verschleierung dieser Ungerechtigkeiten aufzeigen. Insbesondere beschäftigt sich Balkin daher mit der möglichen Verbindung zwischen Dekonstruktion und Politik oder zwischen Dekonstruktion und Gerechtigkeit⁸⁰, wobei sich aber die Frage für Balkin nicht dahingehend stellt, ob Dekonstruktion Gerechtigkeit ist, sondern welche Form der Dekonstruktion uns bei unserem Streben nach Gerechtigkeit dienen kann. Und eben eine solche Dekonstruktion erfülle einen kritischen Zweck.⁸¹ Wenn wir daher mit Balkin das Recht für einen kritischen Zweck dekonstruieren, müssen wir von einer begrifflichen Opposition und der daraus resultierenden komplexen Beziehung wechselseitiger Abhängigkeit und Differenzie-

zung zwischen Recht und Gerechtigkeit ausgehen. Das Argument des Dekonstruierenden basiert für *Balkin* damit aber immer auf der Möglichkeit einer Alternative, die nicht nur anders, sondern auch gerechter ist beziehungsweise wie es an anderer Stelle bei *Balkin* heißt: »[...] our belief that human law, convention and culture can be deconstructed for normative purposes must rest on the assumption of transcendental human values – and, in particular, a transcendental value of justice.«⁸² Dies selbst dann, wenn die Ergebnisse dieser Dekonstruktion unvollständig und Gegenstand weiterer Dekonstruktionen sind, denn nicht zuletzt sind dekonstruktive Argumente immer limitierte Begegnungen mit den unzähligen dekonstruierbaren Seiten des Rechts, der Sprache und der Kultur. Aus diesem Grunde dürfen wir nach *Balkin* auch Dekonstruierbarkeit nicht mit Ungerechtigkeit verwechseln.⁸³ Die Antwort auf die Frage, wie für *Balkin* eine Dekonstruktion gerecht werden beziehungsweise dem Streben nach Gerechtigkeit nützlich sein kann, entwickelt *Balkin* in seiner Auseinandersetzung⁸⁴ mit *Derrida*, der sich unter anderem in einer an der Cardozo Law School gehaltenen Eröffnungsansprache zum Kolloquium über »Deconstruction and the Possibilities of Justice« intensiv mit der Beziehung zwischen Gerechtigkeit und Dekonstruktion beschäftigt hat – und diese Antwort heißt bei *Balkin* »transzendente Dekonstruktion«. *Balkin* wirft *Derrida* insbesondere vor, daß nicht der Gebrauch der Dekonstruktion ein dekonstruktives Argument bei *Derrida* zu einem Argument für die Gerechtigkeit mache, sondern die Auswahl bestimmter Texte oder Begriffe, die dekonstruiert werden sowie die Art und Weise, in der das dekonstruktive Argument verwendet wird: »I shall argue that *Derrida's* encounter with justice really shows that deconstructive argument is a species of rhetoric, which can be used for different purposes depending upon the moral and political commitments of the deconstructor.« Des weiteren, so führt *Balkin* aus, setze *Derridas* Gebrauch des dekonstruktiven Arguments zur Kritik an der Ungerechtigkeit bestehender Verhältnisse den Glauben an eine Idee von Gerechtigkeit voraus, die zwar unbestimmt, aber nicht auf einen herkömmlichen Begriff der Gerechtigkeit reduzierbar sein darf. Damit aber machen für *Balkin* *Derridas* Argumente keinen Sinn, solange er sich nicht auf eine transzendente, durch das menschliche Recht nur unvollständig artikulierte Idee der Gerechtigkeit stützt: »Menschliches Recht, menschliche Kultur und Sitte sind niemals gänzlich gerecht, nichtsdestoweniger bedarf aber die Gerechtigkeit des menschlichen Rechts, der menschlichen Kultur und Sitte, um artikuliert und durchgesetzt werden zu können.«⁸⁵ Das Fundament der Konzeption einer transzendentalen Dekonstruktion, mit der *Balkin* der Dekonstruktion nunmehr eine rekonstruktive Wendung zu verleihen sucht⁸⁶, legt *Balkin* in seinem Satz nieder: »The essence of what I am calling transcendental deconstruction, then, is to note the interval between the human capacity for judgement and evaluation that inevitably and necessarily transcends the creations of culture, and the prescriptions and evaluations of that culture, which in turn articulate and exemplify human values like justice.«⁸⁷

Transzendente Dekonstruktion im Sinne *Balkins* ist damit von einer Konzeption von Werten abhängig, die sowohl außerhalb des zu

als sie auf die Probleme der vorangehenden Version antworten. Die moralskeptische Dekonstruktion von Clare Dalton, die instrumentalistische von Balkin und die diskurskritische von Pierre Schlag. Hinsichtlich der moralskeptischen und diskurskritischen Dekonstruktion siehe umfangreich und ausführlich Somek: Haben Sie heute schon dekonstruiert?, 207ff.

69 Vgl. dazu Balkin: Deconstruction's Legal Career, Part II, 2.

70 Siehe dazu umfangreich Balkin: Deconstruction's Legal Career, Part II, 2ff, der u.a. von einer Gefährdung der theoretischen Grundlagen der Critical Legal Studies durch die Dekonstruktion spricht.

71 Balkin: Deconstruction's Legal Career, Part II, 3.

72 Balkin Jack: Being just with Deconstruction; Deconstruction's Legal Career, Deconstructive Practice and Legal Theory www.yale.edu/lawweb/jbalkin/articles/ [=96 Yale Law Journal (1987) 743]; Tradition, Betrayal, and the Politics of Deconstruction www.yale.edu/lawweb/jbalkin/articles/ [= 11 Cardozo Law Review (1990) 1113]; Transcendent Deconstruction, Transcendent Justice; Nested Oppositions.

73 Vgl. Somek: Haben sie heute schon dekonstruiert?, 219.

74 Balkin: Being just with Deconstruction, 4.

75 Vgl. dazu Derrida: Der »mystische Grund der Autorität«, 8-9.

76 So zutreffend Balkin: Being just with Deconstruction, 1.

77 Balkin: Tradition, Betrayal, and the Politics of Deconstruction, Part II 2.

78 Vgl. Balkin: Tradition, Part II, 1-2.

79 Balkin: Being Just with Deconstruction, 2; Tradition, Betrayal and the Politics of Deconstruction, Part I, 1ff.

80 »For several years now I have been concerned with the problem of how one should apply the insights of deconstructive practice to questions of law and justice.« Balkin: Being just with Deconstruction, 1)

81 Balkin: Deconstruction's Legal Career, 9.

82 Balkin: Being just with Deconstruction, 6-7.

83 Ebenda, 1 und 6.

84 Insbesondere in Being just with Deconstruction kritisiert

Balkin Derrida heftig, indem er ein-drucksvoll darlegt, daß Derrida gleichzeitig (1) die Unmöglichkeit von Gerechtigkeit (2) Nicht-Dekonstruierbarkeit von Gerechtigkeit behauptet sowie meint, Dekonstruktion sei Gerechtigkeit und, daß die Nichtdekonstruierbarkeit von Gerechtigkeit und die Dekonstruierbarkeit von Recht die Möglichkeit der Dekonstruktion sicherstelle. Vgl. dazu auch Derrida: Der »my-stische Grund der Autorität«, 30ff.

85 Balkin: Being Just with Deconstruction, 7.

86 Vgl. Somek: Haben Sie heute schon dekonstruiert? 220.

87 Balkin: Transcendental Deconstruction, Transcendent Justice, 1139.

88 Balkin: Being just with Deconstruction, 1.

89 Ebenda, 394.

90 Balkin: Transcendental Deconstruction, Transcendent Justice, 1139.

91 Ebenda, 1186.

92 Balkin: Being Just with Deconstruction, 7.

93 Balkin: Transcendental deconstruction, Transcendent Justice, 1177.

94 Teubner: Des Königs viele Leiber. Die Selbstdekonstruktion des Rechts, <http://www.uni-bielefeld.de/sozsys/deutsch/leseproben/teubner.htm>, 12.

95 Klenner: Vom Recht der Natur zum Natur des Rechts, 139.

96 Klenner: Vom Recht der Natur zum Natur des Rechts, 141.

97 Vgl. Balkin: Being Just with Deconstruction, 8.

98 Klenner: Vom Recht der Natur zum Natur des Rechts, 156.

dekonstruierenden Textes als auch hinter den positiven Normen von Kultur und Sitte liegen⁸⁸: »This something, and its failure to be adequately captured by our cultural norms is precisely what makes a deconstructive critique of injustice possible.«⁸⁹

Die transzendentalen Werte erreichen uns nach *Balkin* aber nicht in einer bestimmaren Form, sondern »they need culture to turn their inchoate sense into an articulated conception«.⁹⁰ Sie existieren nicht in einem platonischen Himmel, sondern vielmehr in den Quellen der menschlichen Seele, und folglich bildet auch die Gerechtigkeit für *Balkin* »a human value or urge within the human soul«⁹¹. *Balkin* versteht demzufolge den Wert der Gerechtigkeit als »an insatiable yearning or longing for justice lodged on the human heart«⁹² und daher sind Rechtsinstitute und Rechtsinstitutionen für *Balkin* nicht deshalb ungerecht, weil sie schlechte Kopien einer bestimmten Form der Gerechtigkeit darstellen, sondern weil sich unsere rechtlichen Konstruktionen aufgrund dieser unvollständigen sowie unbestimmten Forderung nach Gerechtigkeit niemals mit dieser decken können. Dadurch wird aber nicht nur die Gerechtigkeit zu einem Näherungswert, sondern auch die Dekonstruktion bei *Balkin* wie *Teubner* zutreffend feststellt, zu einer »rhetorical practice that can be used for many purposes depending on the political choices of the deconstructor«⁹³ und »thematisiert dann nur noch die normative Kluft zwischen unartikulierten Werten und ihrer kulturellen Artikulierung.«⁹⁴

Balkin übersieht ebenfalls, daß Recht immer Interessen, nicht aber Werte, artikuliert und realisiert und zwar im Sinne *Klenners* »unverhältnismäßig davon, ob das Rechtsdenken diesen Vorgang durch übersinnliche Argumente sanktioniert oder durch Kausalanalysen dekuviert, ob dieses Rechtsdenken das Recht legitimiert oder illegitimiert.«⁹⁵ Denn, wenn Vernunft und Erfahrung nicht mehr als Zentralkategorien dienen, »nicht mehr Vernunft kontra Glauben die Lösung, sondern Glauben plus Verstand die Lösung ist«⁹⁶, ist der Rückschritt näher als der Fortschritt. Mit dem Rückgriff auf quasi-naturrechtliche Werte, vor allem aber mit der These von Gerechtigkeit als einem im menschlichen Herzen verankerten transzendentalen Wert, der nach Artikulation verlangt, aber niemals gänzlich erfüllt werden kann und mit dem Verständnis von Dekonstruktion als »a sort of interval between this indeterminate longing and its partial and imperfect realizations in human culture«⁹⁷ kehrt *Balkin* zu einer bereits überwundenen geglaubten Gläubigkeit zurück und damit auch zu einer die Fremdlegitimation des bürgerlichen Rechts betreibenden Rechtsphilosophie.⁹⁸ Und dies trotz der unbestrittenmaßen kritischen Ansätze, die aber nicht soweit führen, die bestehenden gesellschaftlichen Verhältnisse gänzlich in Frage zu stellen und bestehende Hierarchien, und damit sind nicht nur begriffliche gemeint, sondern eben auch gesellschaftliche, umzukehren. Solange der sich als links bezeichnende Rechtstheoretiker im allgemeinen und der Dekonstruktionist im besonderen nur für die Verbesserung, nicht aber für einen radikalen Systemwechsel in der Gesellschaft eintritt, unterstützt und trägt er das bestehende Macht- und Herrschaftsgefüge.