Stud. jur. Tobias Klarmann, Greifswald*

Der Einfluss der Critical Legal Studies in den USA

Eine vertiefte Auseinandersetzung mit den theoretischen Grundlagen des Rechts und eine Reflexion seiner sozialen Bezüge sind für das Verständnis von Recht im Studium (und darüber hinaus) sehr hilfreich. Leider fallen diese in der aktuellen juristischen Ausbildung relativ spärlich aus und beschränken sich (wenn überhaupt) meist auf den rechtsphilosophischen Standardkanon. Um dem zumindest teilweise entgegenzuwirken und einen Blick über den rechtstheoretischen Tellerrand zu werfen, widmet sich die vorliegende Arbeit der Entwicklung der Critical Legal Studies *als Teil der amerikanischen Rechts- und Gesellschaftstheorie und betrachtet sie in ihren Kontexten.*

„Hippies, bolschewistische Saboteure und nihilistische Zerstörer des Rechtsstaates“[1] sagen die einen, „eine fortschrittliche, linke Strömung in der amerikanischen Rechtstheorie“[2] sagen die anderen. Die Meinungen darüber, was die *Critical Legal Studies* (*CLS*) sind, was sie machen und warum, divergieren.

I. Entstehungsgeschichte

Zum Verständnis der *CLS* und deren Kritik ist es zunächst notwendig, die Entstehungsgeschichte zumindest kurz zu umreißen und deren Umstände zu beleuchten.

1. Historischer Kontext

Die politischen Entwicklungen in den USA in den 1960er und 1970er Jahren sind von großer Bedeutung für die Grundlagen und Ursprünge der *CLS*-Bewegung.[3] Zu dieser Zeit herrschten große Unruhen wegen der Proteste gegen den Vietnamkrieg und die damit einhergehende Zwangsrekrutierung. Außerdem wurden führende Mitglieder der *Black Panther Party* wegen politisch motivierter Morde angeklagt. An der *Yale Law School* kam es zu Unstimmigkeiten über die politischen Inhalte der Rechtslehre zwischen den jungen, eher linksorientierten und den älteren, konservativen Lehrenden, da einige der jüngeren mit der Einstellung der Protestierenden sympathisierten und dies auch in ihren Vorlesungen zum Ausdruck brachten.[4] Dies ging nicht so weit, dass etwa die Mordverfahren gegen die Mitglieder der *Black Panther Party* verurteilt wurden,[5] doch die unterschiedlichen Einstellungen zum Vietnamkrieg und die kritische Auseinandersetzung damit in Vorlesungen und Seminaren genügten, um die jüngeren Mitglieder der juristischen Fakultät als für den Universitätsbetrieb ungeeignet anzusehen[6] und letztlich zu entlassen.[7] Noch einige Zeit vor ihrem unfreiwilligen Ausscheiden hatten *Richard Abel* und *David M. Trubek* eine *Law and Development Study Group* ins Leben gerufen, an welcher sich interessierte, eher links-

* Der Autor studiert im 9. Semester Rechtswissenschaften an der Ernst-Moritz-Arndt-Universität Greifswald. Der Beitrag entstand im Rahmen des Seminars „Rechtsvergleichung in Theorie und Praxis“ bei *Prof. Dr. Uwe Kischel* und wurde mit 15 Punkten bewertet.

1 *Robert W. Gordon*, Law and Ideology, Tikkun, 1988, 14 (84).

2 *Anja Oberkofler*, Kritische Ansätze im amerikanischen Rechtsdenken, Utopie Kreativ 2001, 925.

3 *G. Edward White*, The Inevitability of Critical Legal Studies, Stanford Law Review 1984, 649 (658 ff.); *Guyora Binder*, On Critical Legal Studies As Guerilla Warfare, Georgetown Law Journal 1987, 1 (13 ff.); *Robert W. Gordon*, Critical Legal Studies as a Teaching Method, Against the Background of the Intellectual Politics of Modern Legal Education in the United States, Legal Education Review 1989, 59 (71 f.). Eine umfassende und kritische Darstellung der (Entstehungs-)Geschichte der *CLS* bietet *Neil Duxbury*, Patterns of American Jurisprudence, 1995, S. 426 ff.

4 *Mark Tushnet*, CLS: A Political History, Yale Law Journal 1991, 1515 (1530 ff.).

5 Lediglich an der Art und Weise der Prozessführung wurde Kritik geübt, vgl. *Tushnet* (Fn. 4), Yale L.J. 1991, 1515 (1532).

6 Offiziell wurde eine Anhebung des allgemeinen wissenschaftlichen Standards als Erklärung für die Entlassungen abgegeben, vgl. *Tushnet* (Fn. 4), Yale L.J. 1991, 1515 (1530).

7 Es wurde sechs Professoren gekündigt, namentlich: *Richard Abel*, *Lee Albert*, *John Griffiths*, *Robert Hudec*, *Larry Simon* und *David M. Trubek*, vgl. *Tushnet* (Fn. 4), Yale L.J. 1991, 1515 (1530).

orientierte Studierende beteiligten.[8] Ähnliche Gruppen entstanden auch an den Universitäten Harvard, Stanford und Wisconsin.[9] Die dort geführten Diskussionen waren geprägt von der Konfrontation der Ideen des amerikanischen Rechtsrealismus (*Legal Realism*) und klassischer Sozialtheorie mit den damaligen politischen Realitäten und den sich daraus ergebenden Spannungen, und zeichneten den Rahmen dessen, was später die *CLS*-Bewegung werden sollte.[10]

2. Die Gründungskonferenz der Critical Legal Studies

Die Gründungskonferenz der *CLS* fand am 6. Juni 1977 in Madison (Wisconsin) statt, und ist zu großen Teilen auf die Bemühungen von *David M. Trubek*, *Mark Tushnet* und *Duncan Kennedy* zurückzuführen.[11] Dieses erste Treffen war noch auf eingeladene Teilnehmer(innen) beschränkt, wobei die meisten sich bereits gut kannten, da viele gemeinsam arbeiteten oder miteinander studiert hatten.[12] In den Folgejahren öffnete sich die Konferenz einem breiten Spektrum interessierter Jurist(inn)en, und Veranstaltungen wie die jährlichen *Summer Camps* waren gut besucht und fanden internationale Beachtung.[13]

3. Zusammensetzung

Die Zugehörigkeit zur *CLS* hängt heute hauptsächlich von der Selbstidentifizierung mit den (politischen) Grundaussagen der Bewegung ab.[14] Neben einigen praktizierenden Anwält(inn)en und Soziolog(inn)en besteht die *CLS* zum größten Teil aus Universitätsprofessor(inn)en.[15] Die *CLS* sind hinsichtlich ihrer politischen Theorie keine geschlossene Gruppe und auch keine politische Bewegung im Sinne einer Graswurzelbewegung. Sie lassen sich am ehesten als ein loses Netzwerk von Jurist(inn)en beschreiben.[16] Die Mitglieder der *CLS* (die sogenannten *Crits*) werden für gewöhnlich dem „linken" Spektrum zugeordnet, aber auch eher Konservative, welche an den intellektuellen Aspekten interessiert sind, nehmen an dem Diskurs teil.[17]

4. Die drei Generationen der CLS

Die *CLS* sind keine homogene Bewegung. Daher ist nicht nur das Selbstverständnis lediglich in groben Umrissen zu fassen, sondern auch hinsichtlich der Frage der Zugehörigkeit von Personen und deren Status konkurrieren unterschiedliche Auffassungen. Die folgende Einteilung kann daher weder Anspruch auf Vollständigkeit noch auf Widerspruchsfreiheit erheben. Gleichwohl ermöglicht sie wenigstens einen groben Überblick über die bekanntesten Personalien und hilft dabei diese einzuordnen. Zur ersten Generation (den „Gründungsvätern") lassen sich *Duncan Kennedy*, *Roberto M. Unger*, *Peter Gabel*, *Morty Horwitz*, *Robert Gordon*, *David M. Trubek*, *Mark Tushnet*, *Karl Klare* und *Mark Kelman* zählen.[18] In der zweiten Generation Anfang der 1980er Jahre um *Frances Olsen*, *Mary Joe Frug*, *Katherine MacKinnon* und *Karen Engle* wird die feministische Rechtskritik (*Feminist Legal Theory*) sichtbarer und einflussreicher. Ab Mitte der 1980er Jahre prägen *Allan Hutchinson*, *David Kennedy* und *Martti Koskenniemi* in der dritten Generation mit poststrukturalistischen Ansätzen das Bild der *CLS*.[19] In den 1990er Jahren erreicht die Streuung der Personen, Gruppen und Untergruppen sowie Abzweigungen und Neugründungen im Bereich der Rechtskritik, welche sich in Zusammenhang mit den *CLS* bringen lassen, einen Grad, der eine auf Einheit fixierte Beschreibung unmöglich macht. In dieser Ausdifferenzierung wird teilweise das Ende der *CLS* gesehen und die abgeleiteten Bewegungen werden als *Post-CLS* attribuiert.[20]

II. Theoretische Grundlagen

Die *CLS* stellen keine einheitliche Theorie dar. Es gibt weder *die* Theorie, noch *den* kritischen Ansatz. Es gibt kein gemeinsames Manifest und auch keine „herrschende kritische Meinung".[21] Die *CLS* zeichnen sich vielmehr durch ein hohes Maß an Produktivität und Originalität aus.[22] Es lassen sich jedoch einige Übereinstimmungen der verschiedenen Ansätze in deren theoretischen Grundlagen herauskristallisieren.

8 Darunter einige der späteren Hauptvertreter(innen) der *CLS* wie *Duncan Kennedy* und *Mark Tushnet*, vgl. *John Henry Schlegel*, Notes Toward an Intimate, Opinionated, and Affectionate History of the Conference on CLS, Stanford Law Review 1984, 391 (393).

9 Vgl. *David M. Trubek/Marc Galanter*, Scholars in Self-Estrangement: Some Reflections on the Crisis in Law and Development Studies in the United States, Wisconsin Law Review 1974, 1062 (1090).

10 *Tushnet* (Fn. 4), Yale L.J. 1991, 1515 (1533).

11 *Richard W. Bauman*, Critical Legal Studies: A Guide to the Literature, 1996, S. 17.

12 Vgl. *Schlegel* (Fn. 8), Stan. L. Rev. 1984, 391 (396); sowie *Herbert Euler*, Interpretation der amerikanischen Verfassung durch die Critical Legal Studies Bewegung, 2001, S. 21 f.

13 *Euler* (Fn. 12), S. 22.

14 *Bauman* (Fn. 11), S. 17.

15 *Duncan Kennedy*, Are Lawyers Really Necessary?, Barrister 1987, 10 (12).

16 *Kennedy* (Fn. 15), Barrister 1987, 10 (12); sowie *Günter Frankenberg*, Partisanen der Rechtskritik: Critical Legal Studies etc., in: Sonja Buckel/Ralph Christensen/Andreas Fischer-Lescano (Hrsg.), Neue Theorien des Rechts, 2006, 97 (98).

17 *Kennedy* (Fn. 15), Barrister 1987, 10 (12).

18 *Frankenberg*, in: Buckel/Christensen/Fischer-Lescano (Fn. 16), 97 (99). Für einen Überblick der veröffentlichten Texte siehe: *Duncan Kennedy/Karl E. Klare*, A Bibliography of Critical Legal Studies, Yale Law Journal 1984, 461 ff.

19 *Bauman* (Fn. 11), S. 3; sowie *Frankenberg*, in: Buckel/Christensen/Fischer-Lescano (Fn. 16), 97 (101 f.).

20 Vertiefend dazu unten Abschnitt V.

21 Vgl. *Frankenberg*, in: Buckel/Christensen/Fischer-Lescano (Fn. 16), 97 (103).

22 *Karl-Ludwig Kunz/Martino Mona*, Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, 2006, S. 135.

1. Die Grundaussage der CLS: „Law is politics"

„*Law is politics*" ist (etwas simplifiziert) die zentrale Aussage der *CLS*.[23] Gemeint ist, dass jegliche rechtlichen Erwägungen von der Methode politischer Argumentation letztlich nicht zu unterscheiden seien.[24] Mithilfe einer genauen Analyse könne aufgezeigt werden, dass das, was Rechtstheoretiker(innen) als spezifisch rechtliche Argumente vorbringen, reduzierbar wäre auf Argumente, welche für gewöhnlich im allgemeinen politischen Diskurs anzutreffen sind. Daher sei eine offensichtlich autoritäre Entscheidung im Recht ebenso wenig dazu in der Lage, einen rechtlichen Disput zum Verschwinden zu bringen, wie eine provisorische Übereinkunft dazu in der Lage ist, politische Meinungsverschiedenheiten endgültig aufzulösen. Folglich würden Rechtsstreitigkeiten nicht durch reine Vernunft gelöst werden, sondern (genau wie politische Streitigkeiten) durch ein recht unübersichtliches Konglomerat aus Zwang und vernünftiger Argumentation. Die Herleitung dieser Grundaussage und deren Bedeutung soll im Folgenden anhand einer Analyse ihrer Genese näher beschrieben werden.

2. Die progressive amerikanische Geschichtsforschung als Vorläufer

Eine eher selten aufgeführte, aber ihrer Struktur nach nicht unbedeutende Quelle der *CLS* stellt die progressive amerikanische Geschichtsforschung der 1920er und 1930er Jahre dar.[25] Deren Protagonist(inn)en behaupteten, dass eine hinreichende Erklärung des Ganges der amerikanischen Geschichte nur möglich sei, sofern der Einfluss von Interessengruppen besonders beobachtet werde, und meinten, dass die amerikanische Politik und politische Vorgehensweise stark von (rein) wirtschaftlichen Interessen geprägt gewesen sei.[26] Speziell die amerikanische Verfassung wurde als wirtschaftliches Dokument angesehen, welches von Männern aus den reichen und konservativen Klassen entworfen wurde, deren Besitzinteressen unmittelbar betroffen waren und die starke eigene wirtschaftliche Interessen verfolgten und folglich wenig Sympathien für eine demokratische Staatstheorie hegten.[27] Aufgegriffen wurde diese Tradition in der *CLS*-Bewegung vor allem von *Morton Horwitz*, welcher sich vertieft mit den Gerichten in der Zeit vor dem amerikanischen Bürgerkrieg befasste und die Auffassung vertritt, dass diese Entscheidungen fällten, welche der Industrialisierung sowie dem Fortschritt und der Entwicklung einer wirtschaftlichen Gesellschaft dienten.[28] Die Folgerung daraus, dass es keine klare Trennung von Recht und Politik gäbe (welche vielfach kritisiert wurde)[29], ist heute Teil der progressiven Tradition in der *CLS*-Bewegung.[30] Ein weiterer wichtiger Vordenker war der Rechtshistoriker *Willard Hurst*.[31]

3. Legal Realism – der Wegbereiter der CLS

Der *Legal Realism* wird sowohl von den meisten Vertreter(inne)n der *CLS* als auch von deren Kritikern als die zentrale theoretische Grundlage angesehen, auf welcher die verschiedenen kritischen Ansätze innerhalb der *CLS*[32] aufbauen.[33] Folgende Ausführungen zum *Legal Realism* stellen daher in großen Teilen auch das Theoriefundament der *CLS* dar.

a) Die Theorie der Legal Realists

Der *Legal Realism* wandte sich in den 1920er und 1930er Jahren gegen die „mechanische Jurisprudenz" sowie den

23 *Mark Tushnet*, Critical Legal Theory, in: Martin Golding/William Edmundson (Hrsg.), The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory, 2004, 80; sowie *Owen Fiss*, The Death of Law, Cornell Law Review 1986, 1 (2, 13 f.).

24 Auch zum Folgenden *Tushnet*, in: Golding/Edmundson (Fn. 23), 80 ff.

25 *Euler* (Fn. 12), S. 3; sowie *Mark Tushnet*, Critical Legal Studies: An Introduction to its Origins and Underpinnings, Journal of Legal Education 1986, 505 (506).

26 *Tushnet* (Fn. 25), J. Legal Educ. 1986, 505 (506).

27 Zu den wirtschaftlichen Interessen ausführlich *Charles Austin Bread*, An Economic Interpretation of the Constitution of the United States, 1986, S. 73 ff. und 152 ff. (Erstausgabe von 1913); zum Demokratiedefizit *James Allen Smith*, The Spirit of American Government 1965, S. 31 f. (Erstausgabe von 1923).

28 Beispielsweise durch eine Neuorientierung im Deliktsrecht von der schadensersatzbegünstigenden „*sic utere tuo ut alienum non laedas*"-Maxime zum Fahrlässigkeitsprinzip, welche eine erhebliche Reduzierung der Unternehmerhaftung zur Folge hatte, vgl. *Morton J. Horwitz*, The Transformation of American Law 1780-1860, 1977, S. 85. Zu einem ähnlichen Ergebnis hinsichtlich der legislativen Tätigkeiten kommt *Louis Hartz*, Economic Policy and Democratic Thought: Pennsylvania 1776-1860, 1948, zitiert nach *Tushnet* (Fn. 25), J. Legal Educ. 1986, 505 (506); sowie *Euler* (Fn. 12), S. 4 f.

29 Vgl. *Alfred W. B. Simpson*, The Horwitz Thesis and the History of Contracts, Chicago Law Review 1979, 533 ff. m. w. N.

30 *Tushnet* (Fn. 25), J. Legal Educ. 1986, 505 (507).

31 Welcher oft als verkanntes Genie beschrieben wurde, siehe nur *David H. Flaherty*, An Approach to American History: Willard Hurst as Legal Historian, The American Journal of Legal History 1970, 222 ff.; *Russell E. Brooks*, The Jurisprudence of Willard Hurst, Journal of Legal Education 1966, 257 ff.; *Harry N. Scheiber*, At the Borderland of Law and Economic History: The Contributions of Willard Hurst, The American Historical Review 1970, 744 ff. *Hurst* kritisierte die wissenschaftliche Fokussierung auf Gerichte und Prozesse, da sich das amerikanische Recht im 20. Jahrhundert zu einem komplexen Netzwerk entwickelt hatte, in welchem neben Gerichten auch die Gesetzgebung, Verwaltungsbehörden, Private und andere „*legal elements*" eine Rolle spielten (vgl. *Duxbury* (Fn. 3), S. 441 m. w. N.), und leistete mit diesem Aufzeigen der gesellschaftlichen Funktion des Rechts den *Crits* wichtige Vorarbeit, vgl. *David M. Trubek*, Complexity and Contradiction in the Legal Order: Balbus and the Challenge of Critical legal Thought about Law, Law & Society Review 1977, 529 (566).

32 Nach *Joseph William Singer*, Legal Realism Now, California Law Review 1988, 465 (503) sogar alle modernen Rechtstheorien in den USA.

33 Vgl. aus *CLS*-kritischer Perspektive *Louis B. Schwartz*, With Gun and Camera Through Darkest CLS-Land, Stanford Law Review 1984, 413 (415). Zu den juristischen Techniken und Denkweisen *Tushnet* (Fn. 4), Yale L.J. 1991, 1515 (1524), welcher die *CLS* in *ders.*, Critical Legal Studies and Constitutional Law: An Essay in Deconstruction, Stanford Law Review 1984, 623 (626) einen „direkten Nachfahren" des *Legal Realism* nannte.

zu dieser Zeit vorherrschenden *formalism*,[34] wobei unter *formalism* die Idee verstanden wurde, dass aus der Deduktion selbstevidenter Grundprinzipien eine Rechtfertigung von Rechtsnormen gewonnen werden könne.[35] Dagegen richtete sich der von den *Legal Realists* formulierte Zweifel, dass Streitfälle tatsächlich durch Anwendung feststehender Rechtsprinzipien entschieden würden und „Lösungen" von rechtlichen Problemen sich aus abstrakten Konzepten ableiten ließen.[36]

b) Formalismus als „transzendentaler Unsinn"

Dieser Zweifel gegenüber der Rechtsvernunft und speziell der Wissenschaftlichkeit des *formalism* baut auf im Wesentlichen folgender Argumentation auf: Rechtsnormen würden nicht ausreichen, um zu erklären, warum ein Fall von einem Gericht so und nicht anders entschieden wurde. Juristische Argumente, welche von Politik, Moral und sozialer Wirklichkeit abgekoppelt sind, seien „transzendentaler Unsinn"[37] bzw. „Wort-Zauberei"[38]. Recht und Rechtsentscheidung stünden immer in einem politischen und sozioökonomischen Kontext, welcher sie beeinflusse.[39] Ferner eröffne die Sprache des Rechts erhebliche Deutungs- und Manipulationsspielräume. Daher wären es gerade nicht vorgegebene Begriffe und Regeln, welche die richterliche Entscheidungsfindung steuerten, sondern Vorverständnisse, Vorurteile, politische Präferenzen und Stimmungen der Richter(innen).[40] Methoden, Regeln und Begriffe würden bestenfalls generalisierende und höchst unsichere Aussagen über die mögliche Entscheidung in einer konkreten Rechtssache erlauben. Zusammengefasst in dem berühmten Zitat des „Urahnens" der *Legal Realists Oliver Wendell Holmes*: „*The prophecies of what the court will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law*".[41] Die Annahme, dass es stets verschiedene Interpretationsmöglichkeiten der in einer Gesellschaft vereinbarten Regeln gäbe, welche mit den gewöhnlichen juristischen Argumentationen gleichermaßen rechtfertigbar seien, wird jedoch meist auf sogenannte „*hard cases*"[42] eingeschränkt. Dieser Normenskeptizismus wird später als *Indeterminacy Thesis* auch in den *CLS* eines der zentralen Themen.

c) Die Unterschiede zwischen CLS und Legal Realism

Die *CLS* gehen in ihrer Kritik über die des *Legal Realism* hinaus.[43] Während die *Legal Realists* sich noch mit den Symptomen des Rechtssystems beschäftigt hatten, versuchen die *Crits*, zu den Ursachen der Symptome vorzustoßen.[44] Die *Crits* verschärften den Ton und die Rechtsskepsis gegenüber dem (ihrer Auffassung nach) noch immer dominanten Rechtsformalismus und radikalisierten die politische Kritik und die Kritik an der Sprache des Rechts.[45] Sie lehnten die Auffassung der *Legal Realists* ab, welche darauf bestanden, dass die einzige sinnvolle Lösung von Rechtsproblemen darin bestehe, den unterschiedlichen Rechtsauffassungen, welche einem Konflikt zu Grunde liegen, Aufmerksamkeit zu schenken und sich zwischen ihnen zu entscheiden.[46] Außerdem haben sie die Theorie der *Legal Realists* mit den Erkenntnissen anderer Strömungen wie der kritischen Theorie der Frankfurter Schule, dem Neo-Marxismus, dem Strukturalismus, der *Law-and-Society*-Lehre[47] und der Phänomenologie sowie zum Teil auch mit dem Post-Modernismus verknüpft, und auf eine höhere Ebene der Abstraktion sowie der politischen und philosophischen Relevanz gehoben.[48]

4. Feindbilder und Gegenspieler

Eine Definition ist auch eine Abgrenzung. Daher soll zum besseren Verständnis der *CLS* an dieser Stelle ein kurzer Überblick über die entsprechenden Gegenentwürfe gegeben werden.

a) Legal Liberalism

Die Kritik der *CLS* richtet sich in vielen Fällen gegen den *Legal Liberalism*.[49] Gleichwohl wird dieser meist nicht ge-

34 *Gary Minda*, The Jurisprudential Movements of the 1980's, Ohio State Law Journal 1989, 599 (634); sowie auch zum Folgenden *Mark Schweizer*, Kognitive Täuschungen vor Gericht, 2005, S. 5 ff. Zur Entstehungsgeschichte des *Legal Realism*, *Euler* (Fn. 12), S. 6 ff.

35 Vgl. *Tushnet*, in: Golding/Edmundson (Fn. 23), 80 (81).

36 Vgl. *Debra Livingston*, Note: 'Round and 'Round the Bramble Bush: From Legal Realism to Critical Legal Scholarship, Harvard Law Review 1982, 1669 (1670); sowie *Minda* (Fn. 34), Ohio St. L.J. 1989, 599 (633 f.); und *Tushnet*, in: Golding/Edmundson (Fn. 23), 80 (81).

37 *Felix Cohen*, Transcendental Nonsense and the Functional Approach, Columbia Law Review 35 (1935), 809 ff.

38 „*Word magic*", siehe *Fred Rodell*, Woe Unto You, Lawyers!, 1957, S. 17.

39 „*The ideal of a government of laws and not men is a dream*", *Hessel E. Yntema*, The Hornbook Method and the Conflict of Laws, Yale Law Journal 1928, 468 (479).

40 Entgegen einer weitverbreiteten Legende hat kein *Legal Realist* jemals behauptet, dass die Entscheidung eines Richters davon abhänge, was dieser zum Frühstück gegessen habe, siehe *Brian Leiter*, American Legal Realism, in: Golding/Edmundson (Fn. 23), 50 (54).

41 *Oliver Wendell Holmes*, Harvard Law Review 1897, 457 (461).

42 *Karl Llewellyn*, Some Realism about Realism – Responding to Dean Pound, Harvard Law Review 1931, 1222 (1239) meint damit Fälle, welche von vernünftigen Parteien durchprozessiert werden würden.

43 Vgl. *White* (Fn. 3), Stan. L. Rev. 1984, 649 (652); sowie *James Boyle*, The Politics of Reason: Critical Legal Theory and Social Thought, University of Pennsylvania Law Review 1985, 685 (706).

44 *Eric Engle*, Marxism, Liberalism, and Feminism: Leftist Legal Thought, 2010, S. 113.

45 *Frankenberg*, in: Buckel/Christensen/Fischer-Lescano (Fn. 16), 97 (105 f.).

46 *Mark Tushnet*, Some Current Controversies in Critical Legal Studies, in: Christian Joerges/David M. Trubek, Critical Legal Thought: An American-German Debate 1989, 306.

47 Insbesondere die Verknüpfung der Rechtswissenschaft mit der Soziologie, vgl. *David M. Trubek*, Where the Action Is: Critical Legal Studies and Empiricism, Stanford Law Review 1984, 575 (578).

48 *Juan Manuel Amaya-Castro*, Human Rights and the Critiques of the Public-Private Distinction, 2010, S. 54.

49 *Roger Cotterrell*, The Politics of Jurisprudence, 2003, S. 205.

nau definiert, sondern (zumindest unter Inkaufnahme einer gewissen Begriffsdiffusität) als bekannt vorausgesetzt.[50] Die Kritik, dass die *Crits* oftmals die Vielfalt an Theorien und Umsetzungen des (Rechts-)Liberalismus' missachten und diesen gewissermaßen auf den *status quo* reduzieren,[51] ist daher nicht von der Hand zu weisen. Viele kritische Ansätze zielen darauf ab, das Recht als manipulative Maschinerie der Ideologie des Liberalismus'[52] zu entlarven. Liberale Rechtsregeln, welche vordergründig individuelle Freiheiten schützen sollen und auf Konfliktbewältigung beschränkt sind, werden als Instrumente zur Machterhaltung der Privilegierten und zur ideologischen Blendung der Massen, welche dadurch gehindert werden, die inhärenten grundlegenden Widersprüche der liberalen Gesellschaft zu erkennen, angesehen.[53]

b) Die neuen Gegenspieler: Law and Economics & Legal Process

Später sahen sich die *Crits* (auch) mit neueren Formen des von den *Legal Realists* attackierten *Formalism* konfrontiert; namentlich die *Legal Process School* und der *Chicago Style of Law-and-Economics*, welche in der Zeit, als die *CLS* sich entwickelten, eine große Rolle in der Rechtswissenschaft spielten.[54] Die Kritik blieb im Wesentlichen jedoch die Gleiche. Nach Ansicht der *Crits* wurde der Formalismus durch die *Legal Process Theory* lediglich reproduziert. Anstatt Regeln aus allgemeinen Rechtsprinzipien zu deduzieren, stritten deren Anhänger dafür, dass juristische Streitigkeiten verschiedenen Institutionen auf der Basis höherliegender Prinzipien, welche die zentralen Charakteristika der Institutionen festlegen, zugewiesen werden sollten, wodurch aus Sicht der *CLS* lediglich das Level, auf welchem der Formalismus in Erscheinung tritt, vom materiellen Recht zur Frage der Ausgestaltung von Institutionen und Verfahren verschoben wurde.[55] Der *Chicago Style of Law-and-Economics* leitete materielle Rechtsnormen aus ziemlich dünnen Annahmen über individuelle Handlungsmotive und Eigeninteresse ab und war (angesichts dieser ebenfalls deduktiven Herleitung) vom Formalismusvorwurf noch unmittelbarer betroffen.[56]

5. Indeterminacy als zentraler Begriff

Wie bereits erwähnt, firmiert die *CLS*-Version des Regelskeptizismus unter dem Begriff *Indeterminacy Thesis*. Eine genauere Untersuchung dieses zentralen Begriffes der *CLS* stellt einen nützlichen Ausgangspunkt für das Verständnis der verschiedenen Ansätze und Forderungen dar. Wenngleich die *Indeterminacy Thesis* bisweilen auch als universell anwendbar erklärt wurde (mit dem Effekt, dass alle vorstellbaren Rechtsfragen unbestimmt wären), spielten meist qualifizierte Versionen eine entscheidendere Rolle und waren auch wesentlich plausibler.[57] Eine qualifizierte Version lässt sich wie folgt beschreiben: Für jeden Rechtsstreit von gewisser gesellschaftlicher Bedeutung (wobei die Bedeutung gleichermaßen den einschlägigen Normen wie auch dem zugrundeliegenden Problem entspringen kann) bestehen in einem entwickelten Rechtssystem Mittel, um verschiedene Ergebnisse zu rechtfertigen. Dabei bezieht „rechtfertigen" sich auf die Rechtfertigungspraktiken, welche einer Person, welche in den juristischen Argumentationsmethoden des jeweiligen Systems ausgebildet wurde, zur Verfügung stehen.[58] Diese These wurde von zwei Argumenten gestützt:[59] Das erste bezieht sich auf die einzelnen Rechtsgebiete, innerhalb derer es möglich sei, paarweise gruppierte Rechtskonzepte zu beobachten, wobei stets das eine dem anderen überlegen sei. Im Eigentumsrecht stünden sich beispielsweise das herrschende Konzept der Souveränität des Eigentümers, welcher mit seinem Eigentum nach Belieben verfahren kann, und das unterlegene Konzept der gegenseitigen Rücksichtnahme gegenüber. Im Vertragsrecht stünden dem dominierenden Konzept der Einigung die unterlegenen Konzepte von Zwang, Betrug und Irrtum entgegen. Das zweite Argument, welches die *Indeterminacy Thesis* stützt, ist rechtsgebietsübergreifend. In Fällen, in denen es schwerfällt, das unterlegene Konzept hervorzuheben, sei es möglich, sich einem anderen Rechtsgebiet zuzuwenden (beispielsweise von Eigentums- zu Deliktsrecht oder anders herum) und das Problem so

50 *Duncan Kennedy* gibt zumindest eine grobe Definition des Liberalismus' als „*splitting of the universe of others into two radically opposed imaginary entities. One of these is ‚civil society', a realm of free interaction between private individuals who are unthreatening to one another because the other entity, ‚the state', forces them to respect one another's rights.*" Vgl. *Duncan Kennedy*, The Structure of Blackstone's Commentaries, Buffalo Law Review 1979, 205 (217).

51 *Schwartz* (Fn. 33), Stan. L. Rev. 1984, 413 (424).

52 Hinsichtlich des Liberalismus' als politische Ideologie ist (angesichts der oft diffusen und inflationären Verwendung des Begriffes) eine differenzierende Terminologie hilfreich: Viele *Crits* stehen einer *liberation* durchaus positiv gegenüber, wobei der Begriff innerhalb der *CLS* nicht mit dem Liberalismus-Begriff der *Classical Liberals*, welcher eine starken Ablehnung von staatlichen Eingriffen beinhaltet, zu verwechseln ist; vgl. *John Hasnas*, Back to the Future: From Critical Legal Studies Forward to Legal Realism, Or How Not to Miss the Point of the Indeterminacy Argument, Duke Law Journal 1995, 84 (102 Fn. 69). Für die im deutschen Sprachgebrauch oft mit den Begriffen „neo-liberal", „marktliberal" oder „klassisch liberal" umschriebene Theorie, gegen welche sich die *Crits* wenden, empfiehlt sich die Bezeichnung „Libertarianismus"; vgl. ausführlich zur terminologischen Abgrenzung und deren Begründung *Peter Niesen*, Die politische Theorie des Libertarianismus, in: André Brodocz/Gary S. Schaal (Hrsg.), Politische Theorien der Gegenwart: eine Einführung I, 2009, 69 (70 ff.).

53 Vgl. *Kunz/Mona* (Fn. 22), S. 135.

54 Dazu *Tushnet*, in: Golding/Edmundson (Fn. 23), 80 (81); sowie *Roberto Unger*, The Critical Legal Studies Movement, Harvard Law Review 1983, 561 (576).

55 Vgl. *Hasnas* (Fn. 52), Duke L.J. 1995, 84 (95); sowie *Tushnet*, in: Golding/Edmundson (Fn. 23), 80 (81).

56 Vgl. *Tushnet*, in: Golding/Edmundson (Fn. 23), 80 (81).

57 Vgl. *Tushnet*, in: Golding/Edmundson (Fn. 23), 80 (81 f.).

58 *Tushnet*, in: Golding/Edmundson (Fn. 23), 80 (82). Ein schönes Beispiel dafür, wie weit diese These angewandt werden kann, ist das Infragestellen der Bestimmtheit der Regelung, dass der/die amerikanische Präsident(in) mindestens 35 Jahre alt sein muss, da die stark gestiegene Lebenserwartung seit Inkraftsetzung dieser Regel eine Anpassung nach dem *telos* der Norm erfordere, vgl. *Mark Tushnet*, Red, White, and Blue: A Critical Analysis of Constitutional Law, 1988, S. 60 f.

59 *Tushnet*, in: Golding/Edmundson (Fn. 23), 80 (82).

neu zu definieren, dass das herrschende Konzept eines benachbarten Rechtsgebietes streitentscheidend zu sein scheint.[60] Eine juristisch gut ausgebildete Person sei jedoch stets in der Lage, auch für das jeweilig unterlegene Konzept eine schlüssige Argumentation vorzutragen. Auch Richter(innen) seien daher in ihrer Entscheidung keineswegs festgelegt, sondern ihnen stünden zwangsläufig verschiedene Wahlmöglichkeiten offen. Zumindest in der qualifizierten Version hat die *Indeterminacy Thesis* in den USA Einzug in den rechtstheoretischen *mainstream* erhalten.[61] Diese Inkorporation führte jedoch zu einem gewissen Schärfeverlust, da sie oft mit der Behauptung einherging, dass dank der Urteilskraft, praktischen Erfahrung und Weisheit der Richter(innen) dennoch akzeptable Ergebnisse hervorgebracht würden. Eine solche Einschränkung läuft im Endeffekt auf eine Wiederholung der Argumentationsmuster der *Legal Process Theory* hinaus und kann die Forderungen der *CLS* folglich nicht befriedigen. Auch die Entgegnung, dass es vielfach möglich sei, den Ausgang eines Rechtsstreites mit einer relativ hohen Genauigkeit vorhersagen zu können, widerspricht nicht der Annahme, dass gerichtliche Entscheidungen nicht determiniert seien, sondern deutet nur darauf hin, dass die Entscheidungen einem gewissen Muster folgen.

6. CLS und Sozialtheorie – Recht als Herrschaftsinstrument

Die Antwort auf die Frage, wie es zu diesem Muster kommt, führt zum politischen Hintergrund der *CLS* und deren Verknüpfung mit der Sozialtheorie. Aus Sicht der *CLS* liegen die der Struktur und Logik des Rechts zugeschriebenen Wurzeln in den Machtverhältnissen der jeweiligen Gesellschaft. Dass gerichtliche Verfahren oft ähnliche Ausgänge haben und folglich bis zu einem gewissen Grad vorhersehbar sind, läge folglich daran, dass das Rechtssystem der herrschenden Klasse zugewandt sei.[62] Die Ausprägungen dieser materialistischen Anschauung divergieren innerhalb der *CLS*. Teilweise wurde geglaubt, dass Reformen, welche benachteiligten Gruppen – wie beispielsweise Arbeiter(inne)n – augenscheinlich helfen sollten, in Wahrheit dazu dienten, revolutionäre Ansätze zu ersticken und wirklich substantielle Veränderungen zu verhindern.[63] Meist wurde eine solche Erklärung jedoch als ungenügend empfunden. Stattdessen wurden den liberalen Reformvorschlägen dahingehend Glauben geschenkt, dass diese tatsächlich die Arbeitskonditionen (oder andere Situationen) verbessern wollten. Außerdem wurde die Erklärung über eine Klassenherrschaft von einigen *Crits* auch angezweifelt, da es nicht wirklich nachvollziehbar gewesen sei, warum die Interessen der (befreiten) Arbeiterklasse und anderer unterdrückter Gruppen, welche wohl die Mehrheit der Bevölkerung darstellen, sich in einem demokratischen System nicht durchsetzen sollten. Daher wurde teilweise die Hegemonie-Auffassung des italienischen Kommunisten *Antonio Gramsci* adaptiert, welche besagt, dass unterdrückte Gruppen sich mit den Umständen arrangieren und den Glauben an die Möglichkeit wirklicher Alternativen verlieren.[64] Da dieser Ansatz jedoch zu stark im Italien der 1920er Jahre verwurzelt war, wurde auch dieser nicht von den *CLS* adaptiert. Als sozialtheoretischer Hintergrund der *CLS* hat sich weitgehend ein lockerer, humanistisch geprägter Marxismus, wie er in den 1960er und 1970er Jahren in Mode war, durchgesetzt.[65] Dieser verneinte die Annahme des traditionellen Marxismus', dass die materielle Basis – die Logik des Kapitals – den sogenannten Überbau, wozu auch das Recht zähle, determiniere (was auch der *Indeterminacy Thesis* widersprochen hätte). Eine Analyse des Eigentumsrechts zeige vielmehr, dass Recht dahingehend Teil der Basis sei, dass es die Eigentumsbeziehungen überhaupt erst definiere und somit den Kapitalismus als ein ökonomisches System konstituiere. Aus der Ablehnung eines Determinismus' folge jedoch nicht, dass die materiellen Erfahrungen der Menschen deren Wahrnehmung der Gesellschaft nicht entscheidend prägten. Wenngleich ein anderes Verständnis grundsätzlich möglich sei und somit eine Wahl bestehe, würden die bestehenden gesellschaftlichen Verhältnisse aufgrund der sich wiederholenden Erfahrungen der Menschen (verfestigt durch die Nachrichten und Bilder aus den Medien) als natürlich wahrgenommen.

7. Die Methodik der CLS - Kritische Analyse von Rechtstexten

Die in den *CLS* angewandten Techniken zur Analyse von Rechtstexten haben ihren Ursprung in der von *Jacques Derrida* (1930-2004) begründeten Methode der Werkinterpretation, der Dekonstruktion.[66] Die *Legal Realists* versuchten durch sogenanntes *debunking* (entzaubern) anhand einer logischen Analyse von Gerichtsentscheidungen sowohl Widersprüche in den Entscheidungsbe-

60 *Tushnet*, in: Golding/Edmundson (Fn. 23), 80 (82).

61 *Tushnet*, in: Golding/Edmundson (Fn. 23), 80 (81).

62 *Tushnet*, in: Golding/Edmundson (Fn. 23), 80 (83).

63 *Karl E. Klare*, Judicial Deradicalization of the Wagner Act and the Origins of Modern Legal Consciousness 1937-1941, in: Allan C. Hutchinson (Hrsg.), Critical Legal Studies, 1989, 229 ff.

64 Ausführlich zum Hegemoniebegriff *Gramscis* vgl. *Douglas Litowitz*, Gramsci, Hegemony, and the Law, Brigham Young University Law Review 2000, 515 ff. und dessen Rezeption innerhalb der *CLS* (aaO. 532 f.).

65 Auch zu den anderen Ausführungen in diesem Abschnitt insbesondere *Tushnet*, in: Golding/Edmundson (Fn. 23), 80 (81 und 83 f.).

66 Bei der Dekonstruktion handelt es sich um eine gezielte Verunsicherung beim Gebrauch von üblichen Begriffen mit Hilfe einer Doppelstrategie. Zum einen wird die Autorität des Rechts „dekonstruiert", indem seine Geltungsgrundlage als paradox „entlarvt" wird. Zum anderen werden einschlägige Texte „listig" und „subversiv" gelesen, sozusagen gegen den Strich gebürstet, um zu zeigen, dass sie das, was sie zu leisten vorgeben, nicht leisten, sondern ständig unkontrollierbare Sinnbezüge mitführen und bisweilen sogar das Gegenteil von dem „bedeuten", was sie sagen wollen. Ein Text besteht demnach nicht nur aus These und Antithese, sondern beinhaltet eine Vielzahl weiterer Perspektiven, welche gleichzeitig vorhanden sind und bisweilen in Konflikt zueinander stehen, wobei erst die Dekonstruktion eines Textes diesen Konflikt sichtbar macht, siehe *Klaus F. Röhl*/*Hans Christian Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 2008, 330 f.

gründungen als auch die Tendenz der Richter(innen), subjektive Entscheidungen als formal determiniert darzustellen, offenzulegen.[67] In den *CLS* wird die zur Analyse von Rechtstexten angewandte Technik hingegen oft als *trashing* (demolieren, verwüsten) bezeichnet.[68] Dieses *trashing* wird dabei wie folgt definiert: „*Take specific arguments very seriously in their own terms; discover they are actually foolish ([tragi]-comic); and then look for some (external observer's) order (not the germ of truth) in the internally contradictory, incoherent chaos we've exposed.*"[69] Die Gegenstände, welche für diese Technik in Betracht kommen bzw. auf welche sie angewendet wird, sind vielfältig.[70] Hinsichtlich der vorgestellten Techniken wird terminologisch allerdings nicht immer exakt differenziert. Vielmehr werden die verschiedenen Begriffe oft auch synonym verwendet. Gemein ist ihnen der Versuch, die soziale und politische Prägung der angeblich „sauberen" Dogmatik nachzuweisen.[71]

8. Kritik konkret – Duncan Kennedy trashes Blackstone's Commentaries

Zur Veranschaulichung dieser Techniken und (zumindest exemplarisch) der Arbeit der *CLS* soll daher auf die extensive Exegese der berühmten *Blackstone's Commentaries*[72] von *Duncan Kennedy*[73] näher eingegangen werden. Diese ausgefeilten 178 Seiten sind eines der bekanntesten und am häufigsten zitierten Werke der *CLS*, wobei die Vielzahl von Beispielen und Nachweisen sich nur schwer in eine Zusammenfassung transponieren lässt.[74] *Kennedy* geht davon aus, dass es einen fundamentalen Widerspruch[75] zwischen individueller Freiheit und gesellschaftlichem Zwang gebe, welcher nicht überbrückbar sei, sondern allenfalls geschlichtet oder geleugnet werden könne.[76] Die *Blackstone's Commentaries* stellen nach *Kennedys* Auffassung einen ausgeklügelten Versuch zur Leugnung oder zumindest Verschleierung dieses Widerspruchs von Autonomie und Gesellschaft dar. Diese erfolge durch die Entwicklung eines künstlichen Systems aus absoluten und relativen Rechten. *Blackstone* hätte geglaubt, dieses System sei in der Lage, individuelle Autonomie zu bewahren und gleichzeitig das allgemeine Wohlergehen zu sichern. *Kennedy* bezeichnet diese Rekonziliation hingegen als illusorisch. Er arbeitet heraus, dass *Blackstones* künstliches Konstrukt auffallende Ähnlichkeit zu den damals das englische Rechtssystem dominierenden Institutionen (die Monarchie und die anglikanische Kirche) hat. *Blackstones* anhaltender „Erfolg" sei es daher gewesen, bestehenden Machtstrukturen Kohärenz zu verleihen und vorzuschlagen, wie diese Gepflogenheit aus dem postulierten Naturzustand deduziert werden könne. Er ließe den Liberalismus als das Produkt eines linearen Prozesses der Wahrheitsfindung erscheinen.[77]

III. CLS an den Universitäten

Der Ursprung der *CLS*-Bewegung sowie deren Hauptbetätigungsfeld sind die Universitäten und die universitäre Ausbildung.[78]

1. Die juristische Ausbildung als zentraler Wirkungsbereich

Die Universitäten wurden von den in den 1960er Jahren aufkommenden „linken" politischen Strömungen oft als entscheidender Ausgangspunkt für gesellschaftliche Veränderungen betrachtet.[79] Und tatsächlich war die „Neue Linke" auch wesentlich erfolgreicher darin, den akademischen Bereich zu besetzen, als politische Forderungen umzusetzen.[80] In den 1960er Jahren waren die *Law Schools* für viele junge Menschen keine sonderlich attraktive Option.[81] Die aggressive Autorität vieler Lehrender trübte oft den Wunsch nach intellektueller Entfaltung.[82] Der erste veröffentlichte Text *Duncan Kennedys*[83] ist ein *cri de coeur*[84] gegen den Autoritarismus an der *Yale Law School*. Später war das Interesse an der Ausbildung von dem Wunsch motiviert, die Ansätze der *CLS*

67 *G. Edward White*, From Realism to Critical Legal Studies: A Truncated Intellectual History, Southwestern Law Journal 1986, 819 (822).

68 *Frankenberg*, in: Buckel/Christensen/Fischer-Lescano (Fn. 16), 97 (106 ff.). Ausführlich zum *trashing* vgl. *Mark G. Kelman*, Trashing, Stanford Law Review 1984, 293 ff.

69 *Kelman* (Fn. 68), Stan. L. Rev. 1984, 293; „Nimm ausgewählte Argumente ausgesprochen ernst hinsichtlich ihrer Begrifflichkeiten; decke auf, dass diese tatsächlich töricht (tragikomisch) sind; und suche dann in dem freigelegten Chaos, welches inkohärent und in sich widersprüchlich ist, nicht nach dem Wahrheitskern, sondern nach einer Handlungsanweisung (eines externen Beobachters)." (Übers. d. Verf.).

70 Beispielsweise strafrechtliche Konstruktionen von Versuch und vollendeter Straftat, die Berufsethik von Anwälten oder Motive im Vertragsrecht, vgl. *Kelman* (Fn. 68), Stan. L. Rev. 1984, 293 (*passim*).

71 Vgl. *Susanne Baer*, Rechtssoziologie, 2011, S. 35.

72 Vierbändiges Kompendium zum englischen Recht aus dem 18. Jahrhundert von *Sir William Blackstone*, welches großen Einfluss auf die Ausformung des amerikanischen Rechts hatte. Es ist (neben den Stücken von *Shakespeare* und der Bibel) eines der wenigen Bücher, für welches amerikanische Rechtszeitschriften eine spezielle abgekürzte Zitierweise nutzen, vgl. *Harvard Law Review Association*, The Blue Book: A Uniform System of Citation, 18. Aufl. 2005, 135 R. 15.8 (b).

73 *Kennedy* (Fn. 50), Buff. L. Rev. 1979, 205 (209 ff.).

74 Vgl. *Amaya-Castro* (Fn. 48), S. 59.

75 „*[F]undamental contradiction*", siehe *Kennedy* (Fn. 50), Buff. L. Rev. 1979, 205 (211 f.).

76 Vgl. *Amaya-Castro* (Fn. 48), S. 57.

77 „*[L]ook like the product of a linear process of accretion of truths*", vgl. *Kennedy* (Fn. 50), Buff. L. Rev. 1979, 205 (272).

78 *Euler* (Fn. 12), S. 19.

79 Vgl. *Duxbury* (Fn. 3), S. 431.

80 Vgl. *Duxbury* (Fn. 3), S. 435.

81 Sehr eindrucksvoll *Binder* (Fn. 3), Geo L.J. 1987, 1 (24): „*Going to law school in the late sixties was like having to go to summer school while your friends were all out playing ball.*".

82 Vgl. *Duxbury* (Fn. 3), S. 422.

83 *Duncan Kennedy*, How the Law School Fails: A Polemic, Yale Review of Law & Social Action 1970, 71 ff.

84 So *Duxbury* (Fn. 3), S. 422.

im eigenen Arbeitsleben ehrlich anzuwenden und zu verbreiten und somit der Frage, was man selbst für eine gesellschaftliche Veränderung tue, etwas entgegenhalten zu können. Kritisiert wurde der „sokratische" Lehrstil, welcher aus einem Abfragen der Studierenden zur Erörterung der einem Fall zugrundeliegenden Lösung bestand.[85] Oft ging es um die Frage, welche Normen und Fälle allgemein genug sind, um auf andere Fälle angewandt zu werden, oder so speziell sind, dass sie allgemeineren Regeln vorgehen. Dies wurde von den Studierenden oft als „Hütchen-Spiel" empfunden, da die lehrende Person stets die Möglichkeit hat, für die infragestehende Norm oder den zugrundeliegenden Sachverhalt einen höheren (oder niedrigeren) Abstraktionsgrad als passender anzusetzen. Diese Machtlosigkeit führte oft zu einer Passivität der Studierenden, welche aufhören (kritische) Fragen zu stellen, und eine intellektuelle Neugierde an dem Fach verlieren.[86] In der Folge verharrt die Lehre auf einem mittleren Diskussionsniveau, welches sich weder auf eine Diskussion über die Parteien und die Auswirkungen des Falles auf diese herablässt, noch versucht, in einem größeren Zusammenhang zu denken und mit sozialtheoretischen, philosophischen und politischen Ansätzen umfassende Rechtsstrukturen und Normenmuster zu erklären.[87] Das Lehren der *CLS* soll die Studierenden dazu befähigen, einen Blick über den Tellerrand eines einheitlichen Rechtssystems zu werfen und verschiedene Interpretationsmöglichkeiten zu erkennen, sowie die darin eingelassenen politischen Motive zu identifizieren und offen zu diskutieren.[88] Der radikalste Gegenentwurf stammt von *Duncan Kennedy*, welcher vorschlägt, dass zum Abbau von Hierarchien alle an der Fakultät arbeitenden Personen unabhängig von ihrer Qualifikation gleich viel verdienen sollen und jeder wenigstens einen Monat im Jahr eine Arbeit auf einer anderen „Hierarchieebene" ausführen soll.[89] Andere schlagen eher inhaltlich orientiert vor, die Unbestimmtheit und Manipulierbarkeit von Regeln zu demonstrieren und somit die Legitimität des Rechtssystems zu untergraben und die Rechtslehre zu destabilisieren,[90] oder hoffen, dass eine stärkere Verbindung zur realen Welt zu einer Mobilisierung des Rechts zur Hilfe von Menschen führe, und institutionelle Hindernisse mit einer größeren soziologischen und politischen Tiefe studiert werden können.[91] Verändert hat sich (bislang) jedoch nicht sehr viel.[92]

2. Die Verbreitung der CLS

Auch von denjenigen, die den *CLS* kritisch gegenüberstehen, wird anerkannt, dass die *Crits* seit den 1970er Jahren Hörsäle und Rechtszeitschriften mit einem beachtlichen Maß an Enthusiasmus füllten.[93] Heute besetzen *Crits* Lehrstühle an verschiedenen Universitäten in Amerika.[94] Hochburg der *CLS* war, ist und bleibt wohl auch die renommierte Harvard Universität, an welcher die meisten und bekanntesten *Crits* vertreten sind.[95] Eine empirische Auswertung des Einflusses der universitären Ausbildung auf das spätere Wirken der Studierenden ist kaum möglich. Daher soll an dieser Stelle nur das wohl prominenteste Beispiel einer universitären Prägung durch die *Crits* aufgeführt werden: Der amtierende Präsident der USA, *Barack Obama*, wurde in Harvard von *Roberto Unger* unterrichtet, was *Obamas* Denken nachhaltig beeinflusst haben soll.[96] Noch heute pflegt *Obama* Kontakt zu *Roberto Unger*.[97] Weiteres Indiz für Verbreitung und Einfluss in der Rechtswissenschaft ist die große Präsenz und Rezeption der *CLS* in den *Law Reviews*.[98]

IV. Die Kritik an den CLS und die Reaktion der Crits

Die Kritik an den *CLS* ist umfangreich und vielschichtig. *Dworkin* meint, dass die verschiedenen Rechtsauffassungen (welche durchaus bestehen würden) nicht als (fundamentaler) Widerspruch, sondern eher als Wettbewerb zu

85 Dieser ist nicht zu verwechseln mit einem wirklichen sokratischen Dialog, welcher auf ein gemeinsames Suchen und Finden von Antworten abzielt. Die *law-school*-Variante findet in so großen Gruppen statt, dass eine vertiefte Auseinandersetzung mit Problemen oder ernsthafte Diskussionen kaum möglich sind, vgl. *Carrie Menkel-Meadow*, Feminist Legal Theory, Critical Legal Studies, and Legal Education or „The Fem-Crits Go to Law School", Journal of Legal Education 1988, 61 (67).

86 *Menkel-Meadow* (Fn. 85), J. Legal Educ. 1988, 61 (68).

87 *Menkel-Meadow* (Fn. 85), J. Legal Educ. 1988, 61 (68).

88 *Gordon* (Fn. 3), Legal Educ. Rev. 1989, 59 (83).

89 *Duncan Kennedy*, Legal Education and the Reproduction of Hierarchy, Journal of Legal Education 1982, 591 (615).

90 *Kelman* (Fn. 68), Stan. L. Rev. 1984, 293 (321).

91 Vgl. *Karl E. Klare*, The Law-School Curriculum in the 1980s: What's Left?, Journal of Legal Education 1982, 336 ff.; sowie *Ed Sparer*, Fundamental Human Rights, Legal Entitlements, and the Social Struggle: A Friendly Critique of the Critical Legal Studies Movement, Stanford Law Review 1984, 509 ff.

92 *Menkel-Meadow* (Fn. 85), J. Legal Educ. 1988, 61 (70).

93 Vgl. *Fiss* (Fn. 23), Cornell L. Rev. 1986, 1.

94 Darunter u. a. *Frances Elisabeth Olsen* (Los Angeles), *Robert W. Gordon* (Yale), *David M. Trubek* (Wisconsin), *Karl E. Klare* (Boston), *Mark G. Kelman* (Stanford).

95 Zur *Harvard Law School* gehören neben den „*CLS*-Schwergewichten" *Roberto Unger*, *Duncan Kennedy*, *Mark Tushnet* auch *David Kennedy* (Hauptvertreter des *New Streams*) und *Catherine MacKinnon* (Vorreiterin des *Legal Feminism*).

96 So *James T. Kloppenberg*, Reading Obama, 2011, S. 66 ff.

97 Ausführlich zum Verhältnis von *Unger* und *Obama* siehe neben *Kloppenberg* (Fn. 96), S. 66 ff. auch *David Remnick*, The Bridge: The Life and Rise of Barack Obama, 2010, S. 184 ff.

98 Unter den 100 meistzitierten Beiträgen aller Zeiten finden sich u. a. einschlägige Beiträge von *Duncan Kennedy*, *Roberto Unger*, *Frances Olsen*, *Catharine A. MacKinnon*, *Gerald E. Frug*, *Martha Minow*, *Felix S. Cohen* und *Mark Tushnet*, vgl. *Fred R. Shapiro*, The Most-Cited Law Review Articles Revisited, Chicago-Kent Law Review 1996, 751 ff. In die Liste der meistzitierten Autor(inn)en schafften es *Duncan Kennedy*, *Roberto Unger*, *Mark Tushnet*, *Catharine A. MacKinnon*, *Richard Delgado* und *Morton J. Horwitz* sowie *Martha Minow* und *Kimberlé W. Crenshaw* unter den jüngeren Autor(inn)en, vgl. *Fred R. Shapiro*, The Most-Cited Legal Scholars, The Journal of Legal Studies 2000, 409 (424 ff.).

verstehen seien.[99] Andere bezeichneten die *Indeterminacy Thesis* als banal.[100] Die beiden häufigsten und schwersten Vorwürfe sind jedoch, dass die *CLS* (welche sich selbst auch als politische Bewegung bezeichnen) mit keinerlei konkreten, positiven Gegenentwürfen zu der von ihr kritisierten Realität aufwarten könnten,[101] und dass die radikale Skepsis gegenüber dem Recht zu Nihilismus führe.[102]

1. Die Erwiderungen der Crits

Dem wird (zurecht) entgegnet, dass das Ablehnen einer Kritik, nur weil man befürchtet, dass diese zu Nihilismus führe, kein wirkliches Gegenargument ist, vielmehr weicht man einer Auseinandersetzung mit den Ergebnissen einer kritischen Reflexion aus und bevorzugt es, in einer Illusion weiterzuleben.[103] Andererseits dient eine radikale Rechtskritik grundsätzlich denen, die ihre Interessen und Vorstellungen auch ohne Recht durchsetzen können, was dem Ziel der *Crits*, hierarchische Strukturen abzubauen, diametral entgegensteht.[104] Eine Kritik ohne Vision davon, was dem Zerstörten folgen soll, scheint politisch uninteressiert und zu einem gewissen Grad auch unverantwortlich zu sein.[105] Dem entgegnen die *Crits*, dass die Demystifizierung und Delegitimierung des (liberalen) Rechts nicht Ausdruck eines Negativismus' sei, sondern Grundlage für einen Wiederaufbau des Rechts.[106] Dekonstruktion ziele nicht darauf ab, moralische Werte abzubauen, und lehne auch die Legitimität von Regeln und Prinzipien nicht ab,[107] sondern versuche menschliche Werte, welche hinter dominierende Rechtskonzeptionen gedrängt wurden, erneut ins gesellschaftliche Bewusstsein zu rufen.[108] Auch eine umfassende und radikale Formalismuskritik könne nicht verhindern, dass (als Antwort auf einen *hobbes'schen* Naturzustand) immer wieder neue Regeln erfunden werden, aber sie könne dafür sorgen, dass diese (so weit wie möglich) kohärent formuliert werden.[109]

2. Beispiele für konkrete Vorschläge der CLS

Auch gibt es durchaus konkrete Vorschläge aus den Reihen der *CLS*. Als Nachweise für die Teilnahme an einem konstruktiven Dialog können beispielsweise die Vorschläge zur Interpretation des Arbeitsrechtes[110] dienen. Weiter kann das Befürworten einer gesetzlichen Gewährleistung von Wohnraum für verarmte Menschen,[111] oder die Forderung, die Macht und Möglichkeiten der Kommunen und Städte auszuweiten,[112] angeführt werden.[113] Zudem lässt sich aus der Kritik der *CLS* vielfach indirekt herleiten, was ihre favorisierte Alternative wäre. Wird beispielsweise eine Entscheidung des *Supreme Court* kritisiert, welche sich für die Eindämmung von *Affirmative Action*-Programmen ausspricht, kann daraus eine Befürwortung weiterer staatlicher Förderung von ethnischen Minoritäten abgeleitet werden.[114] Ein weiteres Beispiel für einen konstruktiven Ansatz stellen die Ausführungen *Mark Tushnets* zu den Alternativen einer liberalen Staatstheorie dar, welche an republikanische Staatstheorien anknüpfen und insbesondere eine neue Eigentumskonzeption sowie eine Dezentralisierung der Regierungsgewalt und eine andere Form der Entscheidungsfindung in Betracht ziehen.[115] Das Werk von *Roberto Unger*[116] spielte eine besonders inspirierende Rolle für die *CLS*-Bewegung.[117] *Unger* ist einer der wenigen, der (noch heute)[118] aktiv an einem gesellschaftlichen Gegenentwurf arbeitet. Seine Vorschläge richten sich dagegen, den globalen Kapitalismus als alternativlos zu akzeptieren,[119] und zielten schon immer auf eine umfassendere Emanzipation der Menschen und eine Stärkung demokratischer Verfahren ab.[120] Ein zentrales Merkmal einer solchen *empowered democracy* sollen offenere und plastischere (Sozial-)Institutionen sein, welche es den Menschen einfacher machen, sich einzubringen und die sozialen, ökonomischen und

99 *Ronald Dworkin*, Law's Empire, 1998, S. 225 ff.

100 Vgl. u. a. *Calvin R. Massey*, The Faith Healers, Law & Social Inquiry 1992, 821 (822); sowie *Ken Kress*, Legal Indeterminacy, California Law Review 1989, 283.

101 *Richard Michael Fischl*, The Question That Killed Critical Legal Studies, Law & Social Inquiry 1992, 779 (780) ist der Auffassung, dass die Frage „*What would you do?*" die *CLS* getötet hat.

102 *Daniel C. K. Chow*, Trashing Nihilism, Tulane Law Review 1990, 221 ff.; sowie *John Stick*, Can Nihilism Be Pragmatic?, Harvard Law Review 1986, 332 ff.

103 *Martti Koskenniemi*, From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument, 2006, S. 535.

104 *Günter Frankenberg*, Der Ernst im Recht, Kritische Justiz 1987, 281 (305 f.).

105 *Fiss* (Fn. 23), Cornell L. Rev. 1986, 1 (10).

106 *Duxbury* (Fn. 3), S. 482.

107 Es geht nicht darum, dass Regeln nicht wichtig seien, sondern dass sie unbestimmt sind, vgl. *Duxbury* (Fn. 3), S. 490.

108 *Jack M. Balkin*, Deconstructive Practice and Legal Theory, Yale Law Journal 1987, 743 (763).

109 Vgl. *Mark Tushnet*, Perspectives on Critical Legal Studies, George Washington Law Review 1984, 239 (241).

110 *Klare*, in: Hutchinson (Fn. 63), 229 (231 ff.).

111 *Duncan Kennedy*, The Effect of the Warranty of Habitability on Low Income Housing: "Milking" and Class Violence, Florida State University Law Review 1987, 485 ff.

112 *Gerald E. Frug*, The City as a Legal Concept, Harvard Law Review 1980, 1057 (1151 ff.).

113 Weiter Beispiele bei *Hasnas* (Fn. 52), Duke L.J. 1995, 84 (102 ff.), welcher jedoch (nicht ganz zu Unrecht) darauf hinweist, dass die *Crits* oftmals den *evidentiary support* für Ihre Ansätze und Forderungen missen lassen (110).

114 *Euler* (Fn. 12), S. 239.

115 Vgl. *Mark Tushnet*, Federalism and the Traditions of American Political Theory, Georgia Law Review 1985, 981 (994).

116 Welcher 1976 mit nur 29 Jahren bereits eine Professur auf Lebenszeit in Harvard erhielt.

117 *Fiss* (Fn. 23), Cornell L. Rev. 1986, 1 (10).

118 Zuletzt erschienen sind *Roberto Unger*, Free Trade Reimagined: World Division of Labor and the Method of Economics, 2010; *ders.*, The Left Alternative, 2009; *ders.*, The Self Awakened: Pragmatism Unbound, 2007. Zahlreiche Werke sowie eine Vielzahl aktueller Vorlesungs-Videomitschnitte sind auf dessen Homepage frei zugänglich, siehe www.law.harvard.edu/faculty/unger/ (letzter Abruf 10. März 2012).

119 Vgl. *Roberto Unger*, What Should the Left Propose?, 2005, S. 1: „*dictatorship of no alternatives*".

120 *Kunz/Mona* (Fn. 22), S. 135.

politischen Strukturen zu verändern.[121] Die verschiedenen Reformvorschläge wurden angesichts der mit einem Anspruch auf Radikalität formulierten Kritik der *CLS* jedoch oft als Schaumschlägerei[122] abgetan.[123] Auch die *Crits* selbst sind sich der Utopie und Vagheit ihrer gesellschaftlichen Visionen durchaus bewusst.[124]

V. Critical Approaches – Entwicklungen und Differenzierungen der CLS

Wie bereits erwähnt, nahm die Streuung der Personen, Gruppen und Untergruppen sowie Abzweigungen und Neugründungen im Bereich der Rechtskritik, welche sich in Zusammenhang mit den *CLS* bringen lassen, in den 1990er Jahren stark zu.[125] In der Folge nahm der Einfluss der (klassischen) *CLS* innerhalb der amerikanischen Rechtslehre seit den 1990er Jahren stetig ab.[126]

1. Sind die CLS tot?

Diese Verschiebung zu den neuen kritischen Ansätzen wird teilweise als das Ende der *CLS* angesehen.[127] Tatsächlich gibt es nur noch wenige aktive Verfechter der klassischen *CLS*, welche ihren Höhepunkt zweifelsfrei in der Mitte der 1980er Jahre hatten.[128] Für die Einordnung der Vitalität ist es daher entscheidend, ob man die im Folgenden teils näher beschriebenen Ansätze als Teil der *CLS* (gewissermaßen im weiteren Sinn), oder als eine neue Generation von Töchterströmungen einer *CLS*-Bewegung (im engeren Sinn) qualifiziert. Eine pauschale Einordnung würde der Vielfalt der neuen Strömungen nicht gerecht werden, zumal auch bei diesen neuen Gruppierungen die verschiedenen Bezeichnungen wiederum eher als Orientierung und weniger als Ausdruck einer theoriegedanklichen oder personellen Geschlossenheit verstanden werden müssen. Hinsichtlich der hier zu erörternden Frage des Einflusses der *CLS* spielt die Deklarierung der verschiedenen Ansätze (*CLS* oder *Post-CLS*) jedoch keine Rolle. Um terminologischen Missverständnissen vorzubeugen, wird der Begriff *CLS* im Folgenden jedoch nur für die „klassische *CLS*" (im engeren Sinn) verwendet und *Critical Approaches (to Law)* als strömungsübergreifender Begriff eingeführt.[129]

2. Gründe für den Untergang

Als Grund für diese Ausdifferenzierung der rechtskritischen Bewegung wird teilweise vermutet, dass die Kritik der *CLS* an einer wieder erstarkten konservativen Politik und deren Einfluss auf die Rechtsprechung zwar oft als richtig anerkannt wurde, der Mangel an konkreten Alternativvorschlägen jedoch viele dazu anregte, eigene, neue Wege zu gehen.[130] Andernorts wird der in Folge der an die Universitäten drängenden „Baby-Boomer" erschwerte Zugang zu Professuren und die starke Zunahme von Frauen und Farbigen unter den Studierenden[131] als Ursache für den Rückgang der *CLS* angeführt.[132] Vorliegend soll auf eine weitere Erörterung der Ursache jedoch verzichtet werden und eine phänomenologische Reduktion auf die Tatsache, dass es verschiedene Abzweigungen gibt, ausreichen. Die Vielzahl und Vielfalt der verschiedenen Untergruppen machen es unmöglich, sie hier im gegebenen Rahmen umfassend darzustellen, so dass im Folgenden nur auf die bekanntesten und einflussreichsten Ausläufer der *CLS*[133] genauer eingegangen wird.

3. Feminist Legal Theory

Wenngleich Frauen und feministische Ansätze schon früh Teil der *CLS* waren,[134] wurden diese lange von den dominierenden Teilen der Bewegung marginalisiert.[135] Viele Ansätze der *Fem-Crits* waren denen der *CLS* ähnlich bzw. waren konsistent mit diesen, oder gingen aus diesen hervor.[136] Gleichzeitig bildete sich jedoch auch eine feministische Rechtswissenschaft (*feminist jurisprudence*) heraus, welche zwar weiterhin Schnittmengen mit den *CLS*

121 *Roberto Unger*, Plasticity Into Power, 2004, S. 87 f.

122 „*[A]ll bark and no bit*", siehe *Duxbury* (Fn. 3), S. 422.

123 Eine ausführliche Darstellung der Kritik an den *CLS* findet sich u. a. bei *Phillip E. Johnson*, Do You Sincerly Want to Be Radical?, Stanford Law Review 1984, 247 ff.; sowie *Michael A. Foley*, Critical Legal Studies: New Wave Utopian Socialism, Dickinson Law Review 1986, 467 ff.

124 *Duncan Kennedy* bezeichnet seinen eigenen Vorschlag als „*utopian proposal*", vgl. *ders.* (Fn. 89), J. Legal Educ. 1982, 591 (614).

125 Vgl. *Frankenberg*, in: Buckel/Christensen/Fischer-Lescano (Fn. 16), 97 (101 f.), welcher u. a. *FemCrits*, *New Stream*, *RaceCrits*, *LatCrits*, *Internal Network for Labor Law* (*Intel*), *New Aproaches to International and Comparative Law* (*NAIL*), *Cultural Studies of Law*, *Third World Approaches International Law* (*TWAIL*) benennt.

126 Vgl. *Fischl* (Fn. 101), Law & Soc. Inquiry 1992, 779 (*passim*); sowie *John Henry Schlegel*, A Certain Narcissism; A Slight Unseemliness, Colorado Law Review 1992, 595 (610 f.) und *Duxbury* (Fn. 3), S. 426.

127 *Arthur Austin*, The Empire Strikes Back, 1998, S. 84 zitiert *Duncan Kennedy* mit den Worten: „CLS *is dead as a doornail. [...] The movement completely collapsed several years ago.*".

128 Vgl. *Duxbury* (Fn. 3), S. 426.

129 So wohl auch *Norman Siebrasse*, Critical Approaches to Law, 1999.

130 Vgl. *Austin* (Fn. 127), S. 92 f.

131 Auch die *CLS* waren in ihren Anfängen weitgehend von weißen Männern bestimmt. Siehe etwa *Duncan Kennedy*, Psycho-Social CLS: A Comment on the Cardozo Symposium, Cardozo Law Review 1985, 1013 (1019 f.).

132 *Duncan Kennedy/Mauro Zamboni*, Retfærd 2009/2, 55 (60 f. und 65).

133 Zunehmend an Bedeutung gewinnen auch kritische Ansätze, welche die Kritik der *CLS* auf die Ebene des Internationales Rechts übersetzen, vgl. u. a. *Deborah Z. Cass*, Navigating the Newstream: Recent Critical Scholarship in International Law, Nordic Journal of International Law 1996, 341 ff.; und *Nigel Purvis*, Critical Legal Studies in Public International Law, Harvard International Law Journal 1991, 81 ff.; sowie *Makau Mutua*, What is TWAIL?, American Society of International Law Proceedings 2000, 31 ff. zur stark materialistischen Auffassung der *TWAILs*, dass das internationale Recht die Ausbeutung und Unterdrückung der Dritten Welt aufrechterhalte und legitimiere (36).

134 *Jeanne Charn*, *Nancy Gernter* und *Ann Freedman* waren bereits bei der Gründung involviert, vgl. *Menkel-Meadow* (Fn. 85), J. Legal Educ. 1988, 61 (63).

135 *Menkel-Meadow* (Fn. 85), J. Legal Educ. 1988, 61 (63).

136 *Menkel-Meadow* (Fn. 85), J. Legal Educ. 1988, 61 (63) m. w. N.

aufwies, aber auch neues Terrain beschritt.[137] Das aus Sicht der *Fem-Crits* entscheidende Abgrenzungsmerkmal zu den *CLS* ist, dass die feministische Kritik auf die Erfahrungen der Unterdrückten, Beherrschten und Herabgewürdigten aufbaut, während die Kritik der *CLS* einer von Männern dominierten, äußert privilegierten Sichtweise entspringt.[138] Zentrale Themen der *Feminist Legal Theory* (*FLT*) waren[139] und sind[140] Abtreibung, Vergewaltigung, häusliche Gewalt, Pornographie und Prostitution.

a) FLT in der juristischen Ausbildung

Die Kritik der *CLS*, dass die juristische Ausbildung hierarchisch, passiv, unpersönlich und oft aus dem Zusammenhang gerissen sei, wurde von der *FLT* aufgegriffen bzw. übernommen.[141] Als Gegenkonzept versuchten die *Fem-Crits*, den Konkurrenzdruck durch eine Atmosphäre von Vertrauen und Kooperation in den Hörsälen zu ersetzen, neue Lernmethoden einzuführen und persönliche Erfahrungen als gültige Wissensquelle zu würdigen.[142] Außerdem wurden oft die tatsächlichen Umstände von bekannten Fallbeispielen beleuchtet, oder den rein akademischen und abstrakten Diskussionen Erfahrungsberichte von betroffenen Personen entgegengesetzt.[143]

b) Die verschiedenen Ansätze der Fem-Crits

Innerhalb der *FLT* besteht ein anhaltendes Spannungsfeld zwischen Gleichbehandlung und Spezialbehandlung.[144] Auf der einen Seite wird aufgrund der Gleichheit der Geschlechter eine Gleichbehandlung gefordert (*equal treatment*), auf der anderen Seite wird gefordert, biologische oder kulturelle[145] Unterschiede zu berücksichtigen, um tatsächliche oder substanzielle Gleichheit zu erreichen. Daran knüpft die von der *FLT* rezipierte Warnung der *CLS* vor einer zu starken Fokussierung auf die Erreichung von formeller Gleichbehandlung an. Diese würde von den tatsächlichen materiellen Verhältnissen ablenken.[146] Wenngleich hinsichtlich der Herangehensweise und Begründung keine Einheit herrscht, sind sich die *Fem-Crits* in ihrer Zielsetzung einig: Die Gleichstellung von Frauen voranzutreiben.

c) Der lange Kampf um die Gleichstellung von Frauen

Grundlegend für die Arbeit (und Erfolge) der *Fem-Crits* war eine Wechselbeziehung von Theorie (*FLT*), feministischer Gesetzgebung[147] und juristischer Praxis.[148] Viele kämpften an verschiedenen Fronten zugleich: Sie vertraten als Anwältinnen Fälle, waren an Gesetzgebungsverfahren beteiligt, schrieben Gutachten, waren in Expertenkommissionen tätig und gaben Stellungnahmen in den Medien ab.[149] Das passende Diskussionsforum bot (ähnlich der *CLS-Conference*) die jährliche *National Conference on Women and the Law*, welche Studierenden, Professorinnen und praktizierenden Juristinnen das Ausarbeiten innovativer feministischer Ansätze ermöglichte.[150] Hinsichtlich der formellen Gleichstellung konnten schon früh große Erfolge verbucht werden: 1950 wurde die erste Frau an der *Harvard Law School* zugelassen.[151] 1971 reichte der *Professional Women's Caucus* eine Sammelklage gegen sämtliche *Law Schools* in den USA ein, welche staatliche Fördermittel erhielten. Daraufhin stieg die Anzahl von Frauen, die Jura studierten, von 8,5% im Jahr 1970 auf 33,5% im Jahr 1980 und hält sich seit 1986 konstant zwischen 40% und 50%.[152] Seit 1963 besteht die gesetzliche Verpflichtung, Männer und Frauen gleich zu entloh-

137 *Menkel-Meadow* (Fn. 85), J. Legal Educ. 1988, 61 (63) m. w. N.

138 Wobei durchaus ein Bewusstsein dafür besteht, dass auch männliche Mitglieder der *CLS* (sei es wegen der Zugehörigkeit zu einer Minderheit, ihrer Einstufung als Radikale oder als Mitglieder der Arbeiterklasse) Unterdrückung, Exklusion und Herabsetzungen erfahren haben, vgl. *Menkel-Meadow* (Fn. 85), J. Legal Educ. 1988, 61. Die Dominanz privilegierter weißer Männer in der *CLS* wird jedoch auch von diesen selbst nicht geleugnet, vgl. *Kennedy* (Fn. 131), Cardozo L. Rev. 1985, 1013 (1020).

139 *Mary Joe Frug*, A Postmodern Feminist Legal Manifesto (An Unfinished Draft), Harvard Law Review 1992, 1045 (1047).

140 Aktuell zum Thema Pornographie vgl. *Bridget J. Crawford*, Toward a Third-Wave Feminist Legal Theory: Young Women, Pornography and the Praxis of Pleasure, Michigan Journal of Gender & Law 2007, 99 (139 ff.).

141 *Menkel-Meadow* (Fn. 85), J. Legal Educ. 1988, 61.

142 *Nancy Schniedewind*, Feminist Values: Guidelines for Teaching Methodology in Womens Studies, in: Susan Gushee O'Malley/Robert C. Rosen/Leonard Vogt (Hrsg.), Politics of Education: Essays from Radical Teacher, 1990, 11 ff.

143 *Menkel-Meadow* referiert in ihren Vorlesungen regelmäßig *Morgan v. Morgan* 52 A.D.2d 804, 383 N.Y.S.2d 343 (1976), siehe *Menkel-Meadow* (Fn. 85), J. Legal Educ. 1988, 61 (80). In diesem Fall hatte die Klägerin zwar das Recht bekommen, von ihrem Ex-Mann die Ausbildungskosten zu verlangen (und somit ein wichtiges Rechtsprinzip etabliert), musste jedoch mit ihrem Ex-Mann (ein *Wall-Street*-Rechtsanwalt), welcher eine Zahlung verweigerte, jahrelang um die Durchsetzung des Anspruches streiten.

144 „*[E]qual treatment vs. special treatment*", vgl. *Menkel-Meadow* (Fn. 85), J. Legal Educ. 1988, 61 (72) m. w. N.

145 Worin genau die Unterschiede bestehen ist wiederum Teil einer lebhaften Debatte, vgl. *Ann E. Freedman*, Sex Equality, Sex Differences and the Supreme Court, Yale Law Journal 1983, 913 (917) m. w. N.

146 *Menkel-Meadow* (Fn. 85), J. Legal Educ. 1988, 61 (73) bezugnehmend auf *Duncan Kennedy*/*Peter Gabel*, Roll Over Beethoven, Stanford Law Review 1984, 1 ff.

147 Gemeint ist der Prozess, durch welchen Frauen das Recht durch das Entwickeln von neuen Rechtsverständnissen formten, vgl. *Elizabeth M. Schneider*, Feminist Lawmaking and Historical Consciousness: Bringing the Past into the Future, Virginia Journal of Social Policy & the Law 1994, 1 (7).

148 *Cynthia Grant Bowman/Elizabeth M. Schneider*, Feminist Legal Theory, Feminist Lawmaking and the Legal Profession, Fordham Law Review 1998, 249.

149 *Bowman/Schneider* (Fn. 148), Fordham L. Rev. 1998, 249 (254) m. w. N.

150 Zur Bedeutung der Konferenz für die Entwicklung der *FLT* vgl. *Patricia A. Cain*, The Future of Feminist Legal Theory, Wisconsin Women's Law Journal 1997, 367 ff.

151 An anderen Fakultäten hingegen wurden Frauen bis in die 1970er Jahre ausgeschlossen, vgl. *Bowman/Schneider* (Fn. 148), Fordham L. Rev. 1998, 249 (256).

152 *Bowman/Schneider* (Fn. 148), Fordham L. Rev. 1998, 249 (257). m. w. N.

nen.[153] Diese wurde seitdem mehrmals gerichtlich bestätigt und ausgeformt.[154] Der *Civil Rights Act* von 1964[155] untersagt eine Diskriminierung bei Arbeitsverhältnissen aufgrund der Rasse oder des Geschlechts. 1965 erklärte der *Supreme Court* ein Gesetz, welches es erwachsenen, verheirateten Paaren untersagte, Verhütungsmittel zu benutzen, für ungültig, da es das Recht auf Privatsphäre verletze.[156] In der berühmten Entscheidung *Roe v. Wade*[157] wurde aus dem Recht auf Privatsphäre ein Recht auf eine sichere und legale Abtreibung hergeleitet. Die Verabschiedung des *Pregnancy Discrimination Act*[158] stellte eine Diskriminierung aufgrund von Schwangerschaft einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts gleich. Neben diesen Erfolgen mussten jedoch auch immer wieder Rückschläge eingesteckt werden. Die vielleicht schlimmste Niederlage war das Scheitern des *Equal Rights Ammendment*.[159] Dieses passierte (unter maßgeblichem Einfluss aus der *FLT*)[160] 1972 zwar den Kongress, wurde in der vorgegebenen Frist bis zum 30. Juni 1982 jedoch nur von 35 (der benötigten 38) Staaten ratifiziert und trat daher nie in Kraft.[161] Daneben bestehen weiterhin substanzielle Unterschiede. Frauen verdienen bei gleichwertiger Qualifikationen noch immer weniger als Männer in vergleichbaren Positionen.[162] Außerdem ist zwar der Anteil an Frauen unter den Studierenden und Anwält(inn)en gestiegen in Positionen, welche entweder außerordentlich gut entlohnt werden, große Einflussmöglichkeiten bieten oder mit hohem Ansehen verbunden sind, sind Frauen jedoch noch immer stark unterrepräsentiert.[163] Als Antwort auf die Frage, warum Frauen trotz (weitgehender) formeller Gleichbehandlung es dennoch nicht geschafft haben, sich vollständig zu emanzipieren, wird von einigen *FemCrits* vorgebracht, dass die Regeln, welche über Erfolg in der juristischen Arena entscheiden, von Männern entworfen wurden und deren Dominanz perpetuieren würden.[164] Demnach müsse an den zugrundeliegenden patriarchalen Strukturen angeknüpft werden.[165] Dieser radikale Ansatz weist eine starke Ähnlichkeit zur beschriebenen Theorie („Recht perpetuiert Macht") und Methodik (Dekonstruktion) der *CLS* auf. Wenngleich eine konkrete Umsetzung dieses Ansatzes noch nicht erkennbar ist, so hat er sich doch großes Gehör verschafft und eine beachtliche Resonanz entwickelt.[166] Gleiches gilt angesichts über zwanzig *Law Reviews* mit explizit feministischer Ausrichtung[167] für die *FLT* im Allgemeinen.

4. Critical Race Theory

Eine weitere Ausformung der *CLS* stellt die *Critical Race Theory* (*CRT*) dar.[168] Die *CRT* ist eine schwer zu fassende, lose organisierte Gruppe von Rechtswissenschaftler(inne)n. Diese hat ihre Wurzeln in den *CLS*, beschäftigt sich jedoch vertieft mit der Problematik von Rassendiskriminierung in der amerikanischen Gesellschaft. Die *CRT* ist hinsichtlich ihrer disziplinären Zusammensetzung noch weit heterogener als die *CLS*. So finden sich *RaceCrits* in der Psychologie,[169] Philosophie,[170] Politikwissenschaft[171] und den Kulturwissenschaften[172]. Dass sie ihren Ursprung dennoch in der (kritischen) Rechtswissenschaft hat, ist den *CLS* zu verdanken, welche viele der progressiven Rechtsakademiker(innen) vereinigt hatte und somit einen fruchtbaren Boden für die Ideen und Diskussio-

153 Equal Pay Act of 1963 (Public Law 88-38, 77 Stat. 56, 59).

154 *Shultz v. Wheaton Glass Co.*, 421 F.2d 259 (3rd Cir. 1970) und *Corning Glass Works v. Brennan Secretary of Labor*, 417 U.S. 188 (1974).

155 Civil Rights Act of 1964 (Public Law 88-352, 78 Stat. 241).

156 *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965). Dieses Recht wurde in *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972) auch auf unverheiratete Paare erweitert.

157 410 U.S. 113 (1973), später bestätigt in *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

158 Pregnancy Discrimination Act of 1978 (*Public Law 95-555, 92 Stat. 2076*).

159 Dieses bestand nur aus drei Teilen. Entscheidend war der Zusatz, dass die rechtliche Gleichstellung aufgrund des Geschlechts weder verweigert noch beschränkt werden dürfe („*Equality of rights under the law shall not be denied or abridged by the United States or by any state on account of sex.*").

160 *Barbara A. Brown/Thomas I. Emerson/Gail Falk/Ann E. Freedman*, The Equal Rights Amendment: A Constitutional Basis for Equal Rights for Women, Yale Law Journal 1971, 871 ff., welche einen Überblick über die Entwicklung, die Struktur und die antizipierte Anwendung des *Equal Rights Ammendment* geben.

161 Vgl. *Ann Bartow*, An Equal Rights Amendment to Make Women Human, Tennessee Law Review 2011, 839 ff.

162 Vgl. *Ariane Hegewisch/Hannah Liepmann/Jeffrey Hayes/Heidi Hartmann*, Separate and Not Equal? Gender Segregation in the Labor Market and the Gender Wage Gap, Institute for Women's Policy Research Briefing Paper IWPR C377; sowie mit zusätzlichem Fokus auf die sexuelle Orientierung *Paul W. Miller*, The Gender Pay Gap in the US: Does Sector Make a Difference?, Journal of Labor Research 2009, 52 ff.

163 Vgl. ausführlich zur (benachteiligten) Stellung von Frauen in juristischen Berufen *Deborah L. Rhode*, The Unfinished Agenda – Women and the Legal Profession, ABA Commission on Women in the Profession, 2001.

164 *Bowmann/Schneider* (Fn. 148), Fordham L. Rev. 1998, 249 (260); sowie ausführlich zur Dominanz-Theorie *Catharine A. MacKinnon*, Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law 1987, 32 ff.

165 Vgl. *Bowmann/Schneider* (Fn. 148), Fordham L. Rev. 1998, 249 (252).

166 *Catharine A. MacKinnon*, Feminism, Marxism, Method, and the State: Toward Feminist Jurisprudence, Signs 1983, 635-658 gehört (obwohl in einer nicht-juristischen Zeitschrift veröffentlicht) zu den 100 (in *Law Reviews*) meistzitierten Artikeln aller Zeiten, vgl. *Shapiro* (Fn. 98), Chi.-Kent. L. Rev. 751 (767).

167 Eine umfassende Zusammenstellung feministischer Literatur, welche neben den *Law Reviews* auch Bücher, Blogs und Internetquellen umfasst, findet sich unter www.libraryguides.law.pace.edu/flt (letzter Abruf am 13. März 2012).

168 Welche wie die *FLT* in den USA heute (auch von ihnen kritisch gegenüberstehenden Personen) als fester Bestandteil des rechtsphilosophischen Diskurses betrachtet werden, vgl. *Ronald Dworkin*, Justice in Robes, 2006, S. 34.

169 Vgl. *Glenn Adams/Phia S. Salter*, A Critical Psychology Is Not Yet Born, Conneticut Law Review 2011, 1355 ff.

170 Vgl. *Charles W. Mills*, Blackness Visible, Essays on Philosophy and Race, 1998.

171 Vgl. *Barbara Graham*, Toward a Critical Race Theory in Political Science: A New Synthesis for Understanding Race, Law, and Politics, Wilbur C. Rich, African American Perspectives on Political Science 2007, 212 ff.

172 Vgl. *Imani Perry*, Cultural Studies, Critical Race Theory and Some Reflection on Methods, Villanova Law Review 2005, 915 ff.

nen der *CRT* schuf.[173] Die *CRT* baut zu großen Teilen auf Ideen und Konzepten der *CLS* (und auch der *FLT*) auf.[174] Wie den *Fem-Crits* stellt sich auch den *Race-Crits* das Problem, dass die in vielen Fällen erreichte formelle Gleichheit vor dem Gesetz den tatsächlichen, erlebten Rassismus in der sozialen Realität nicht verhindert.[175] Daher stellt sich wiederum die Frage, ob Grundlage der Argumentation eine auf Gleichbehandlung abzielende Gleichheit sein soll, oder ob solch eine Assimilation abgelehnt und stattdessen auf eine besondere Berücksichtigung der Unterschiede und eine erhöhte Prägung des Bewusstseins abgezielt werden soll.[176] Die *Race-Crits* betonen, dass es sich nicht um eine rein akademische Disziplin handele, sondern diese auch eine aktivistische Dimension umfasse.[177]

5. Intersektionalität

Während früher oft die Parallelen von verschiedenen Weisen von Diskriminierung betont wurden, wird heute vielfach gefordert, auch die Überschneidungen und Wechselwirkungen von verschiedenen Diskriminierungsmerkmalen (Geschlecht, Rasse, Sexualität, Klasse) zu analysieren.[178] Diese Überschneidung von verschiedenen Diskriminierungsmerkmalen wird als Intersektionalität bezeichnet. Wenngleich damit jede Überschneidung einschlägiger Merkmale gemeint ist, hat sich der Begriff hauptsächlich an der Diskriminierung farbiger Frauen herausgebildet.[179] Die folgenden Ausführungen hierzu sollen zum Abschluss dieser Arbeit einen exemplarischen Nachweis für die fortbestehende Aktivität der *Critical Approaches* geben und deren Orientierung an konkreten Problemen verdeutlichen. Im Zentrum der Debatte steht meist der siebte Titel des *Civil Rights Act* von 1964. Dieser schützt vor einer Diskriminierung aufgrund der Rasse, Hautfarbe, Religion, des Geschlechts oder der Herkunft.[180] Ein großer Teil der Unklarheiten geht dabei auf die unterschiedliche Deutung des Wortes „oder" zurück.[181] Dies wurde und wird teils so gedeutet, dass ein Exklusivitätsverhältnis zwischen diesen Merkmalen bestehe und eine Klage sich nur auf eines der Merkmale stützen lasse. Daher werden Diskriminierungen gegen farbige Frauen oft nicht beanstandet, da weder farbige Männer noch weiße Frauen gleichermaßen betroffen sind und somit weder eine Diskriminierung aufgrund der Rasse noch aufgrund des Geschlechts festgestellt werden kann.[182] Anknüpfungspunkt für die Kritik sind wiederum die Privilegierungsmerkmale männlich, weiß, christlich, gesund, heterosexuell und vermögend.[183] Die Privilegierung zeigt sich schon dadurch, dass eine Klage grundsätzlich nur wegen einer Abweichung in *einem* dieser Merkmale möglich ist.[184] Die Kritik daran hat dahingehend teilweise Wirkung gezeigt, dass am *Court of Appeals for the Fifth Circuit* 1980 eine *sex-plus analysis* eingeführt wurde, welche eine Kombination aus Geschlecht und anderen ursächlichen Merkmalen grundsätzlich anerkannte.[185] Diese kam dem Anliegen der *Crits* zwar entgegen, warf jedoch die Frage auf, wie das zusätzliche („plus") Diskriminierungsmerkmal im Verhältnis zum Geschlecht gewichtet werden sollte.[186] Ein weiteres Problem stellte sich mit der (später) in *Judge v. Marsh* eingeführten *just-pick-two*-Regel,[187] welche das Gericht damit begründete, dass eine weiterreichende Kombinationsmöglichkeit den arbeitsrechtlichen Diskriminierungsschutz in eine unkontrollierbare, mehrköpfige Hydra verwandeln würde.[188] Diese mache es farbigen Frauen unmöglich, Schutz aufgrund eines weiteren „Plus-Merkmals" wie Schwangerschaft, Alter, Religion zu suchen (im Gegensatz zu weißen Frauen oder schwarzen Männern, welche von der privilegierenden gesellschaftlichen Normsetzung von weiß und männlich als Standard profitieren).[189] Neben dieser benachteiligenden Einschränkung wurde von vielen *Crits* kritisiert, dass diese gewissermaßen mathematische Betrachtung die menschliche Komplexität vernachlässige, indem sie die verschiedenen Identitätsfacetten künstlich trennt und dahinge-

173 *Kimberlé Williams Crenshaw*, Twenty Years of Critical Race Theory: Looking Back To Move Forward, Conneticut Law Review 2011, 1253 (1287 ff.).

174 Vgl. *Richard Delgado/Jean Stefancic*, Critical Race Theory – An Introduction, 2001, S. 4.

175 Vgl. *Bauman* (Fn. 11), S. 183 f.

176 Vgl. *Bauman* (Fn. 11), S. 185.

177 *Delgado/Stefancic* (Fn. 174), S. 3.

178 *Bradley Allan Areheart*, Intersectionality and Identity: Revisiting a Wrinkle in Title VII, George Mason University Civil Rights Law Journal 2006, 199 (203 f.) m. w. N.

179 Vgl. *Darren Lenard Hutchinson*, Identity Crisis: Intersectionality, Multidimensionality, and the Development of an Adequate Theory of Subordination, Michigan Journal of Race & Law 2001, 285 (307 ff.).

180 Zu den Kriterien für den Erfolg einer Klage vgl. *McDonnell Douglas Corp. v. Green* 411 U.S. 792 (1973).

181 Ausführlich dazu *Areheart* (Fn. 178), Geo. Mason U. Civ. Rts. L.J. 2006, 199 (208 ff.).

182 Vgl. u. a. *DeGraffenreid v. General Motors Assembly Division*, St. Louis 558 F.2d 480 (8th Cir. 1977) sowie *Moore v. Hughes Helicopters Inc* 708 F.2d 475 (9th Cir. 1983). Ausführlich dazu *Kimberlé Williams Crenshaw*, Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, The University of Chicago Legal Forum 1989, 139 ff.

183 *John A. Powell*, The Multiple Self: Exploring Between and Beyond Modernity and Postmodernity, Minnesota Law Review 1997, 1481 (1512).

184 Dahingegen wird ein Zusammenfallen der Merkmale „männlich" und „weiß" als Grund für eine Diskriminierung (obwohl gleichermaßen intersektional) nicht problematisiert, siehe *Wilson v. Bailey* 934 F.2d 391 (11th Cir. 1991). Dort hatten zwei weiße Sheriffs gegen eine Diskriminierung durch ein *Affirmative-Action*-Programm geklagt. Diesbezüglich herrscht offenkundig ein „doppelter Standard", siehe *Areheart* (Fn. 178), Geo. Mason U. Civ. Rts. L.J. 2006, 199 (214).

185 *Jefferies v. Harris County Community Action Ass'n, 615 F.2d 1025 (5th Cir. 1980)*.

186 *Areheart* (Fn. 178), Geo. Mason U. Civ. Rts. L.J. 2006, 199 (222).

187 *Judge v. Marsh* 649 F. Supp. 770 (D.D.C. 1986). Die Regel besagt, dass nur zwei Merkmale parallel geltend gemacht werden können (780).

188 „*[M]any-headed Hydra, impossible to contain*", siehe *Judge v. Marsh* (Fn. 187), 780.

189 Vgl. zu Fällen von häuslicher Gewalt *Cathy Scarborough*, Conceptualizing Black Women's Employment Experiences, Yale Law Journal 1989, 1457 (1472).

hend (über-)simplifiziert, dass eine schwarze Frau schlicht die Summe aus „schwarz" + „Frau" sei.[190] Dass Intersektionalität immer noch in wenigen Fällen thematisiert wird, liegt daran, dass Anwälte diese nur selten betonen und Gerichte sie oft ignorieren[191] oder sich schwertun sie einzuordnen.[192] Dies führt dann wiederum dazu, dass es an Präzedenzfällen fehlt, an welchen sich Gerichte orientieren könnten.[193] Um dem konstruktiv entgegenzuwirken, wird vorgeschlagen, das Gesetz mit einem klarstellenden Zusatz zu versehen und Leitfäden herauszugeben, an welchen sich Richter orientieren können.[194] Hoffnung auf Fortschritte in dieser Sache gibt ein Urteil des *Supreme Court*, welches Intersektionalität zumindest in einer Referenz bestätigt,[195] sowie neuere Urteile von anderen Gerichten, welche deren Argumente zur Intersektionalität aufgegriffen haben.[196]

VI. Das Erbe aus Sicht der Crits

Die Frage nach dem Einfluss der *CLS* (und deren *off-spins*) lässt sich nicht eindeutig beantworten. *Roberto Unger* meinte (schon früh), die *CLS* hätten die zentralen Ideen des modernen Rechtsdenkens untergraben und durch neue Konzepte ersetzt.[197] *Duncan Kennedy* betont, dass es beachtlich sei, dass eine linksorientierte akademische Bewegung (ohne jegliche externe Förderung), welche sich der herrschenden rechtstheoretischen Meinung entgegenstellt, so schnell expandieren konnte und seit Jahrzehnten einen deutlich sichtbaren Faktor in der akademischen Welt darstellt. Die zwei zentralen und bleibenden Errungenschaften seien einerseits die Institutionalisierung einer „linken" Strömung an den Rechtsfakultäten und andererseits die Politisierung der juristischen Ausbildung, welche es einzelnen Strömungen unmöglich gemacht habe, einen alleinigen Wahrheitsanspruch zu artikulieren.[198] Aus der jüngeren Generation erheben sich Stimmen, welche den mit der Aufspaltung einhergegangen Gewichtsverlust der *CLS* in der Rechtsgemeinschaft beklagen und eine Wiedervereinigung unter verstärkter Rückbesinnung und Einarbeitung der marxistischen Theorie fordern.[199]

VII. Was bleibt? - Abschließende Stellungnahme

Die Beobachtung, dass richterliche Entscheidungen politische Bedeutung haben und ökonomische Freiheiten oftmals Zwang verschleiern, hat nicht an Gültigkeit verloren. Die vielleicht wichtigste Lehre aus der Geschichte der *CLS* ist, dass es keine richtigen Antworten auf die von ihr aufgeworfenen Fragen und Widersprüche gibt. Die Schlussfolgerung muss daher sein, dass Jurist(inn)en sich diese Probleme immer wieder bewusst machen müssen.[200] Dieses Fazit deckt sich mit der Beobachtung, dass die *CLS* den Höhepunkt ihrer Wirkmächtigkeit überschritten haben und sich nun im retardierenden Moment[201] befinden. Dies liegt wohl nicht zuletzt daran, dass das zunächst sehr fortschrittliche Denken sich zunehmend von der Praxis entfernt hatte und zu einem „intellektuellen Glasperlenspiel der akademischen Jurisprudenz" wurde.[202] Wenngleich die *CLS* noch über eine beachtliche Anhängerzahl verfügen und eine nicht unerhebliche Aufmerksamkeit im rechtstheoretischen Diskurs erfahren, wird die Zahl ihrer Mitglieder und somit auch ihr Einfluss voraussichtlich weiter abnehmen und die Wahrscheinlichkeit einer grundlegenden Veränderung im amerikanischen Rechtssystem und -denken folglich zunehmend schwinden. Im Gegensatz zum Scheitern der radikalen Rechtskritik der *CLS* haben deren Ausformungen (insbesondere die *CRT* und *FLT*, sowie zunehmend auch die Ansätze im internationalen Recht) größere Chancen, in Teilbereichen des Rechts auch in Zukunft substanzielle Verbesserungen zu erreichen und somit dem Ziel einer gerechten Gesellschaft in kleinen Schritten näher zu kommen. Hierfür die gedankliche und organisatorische Grundlage geschaffen zu haben, ist (neben dem an den Universitäten geschaffenen Freiraum für Studierende und Lehrende mit einer kritischen Haltung) der größte Verdienst der *CLS*.

190 Vgl. *Areheart* (Fn. 178), Geo. Mason U. Civ. Rts. L.J. 2006, 199 (206 und 223 f.) m. w. N. Illustrierend *Nancy Ehrenreich*, Subordination and Symbiosis: Mechanisms of Mutual Support Between Subordinating Systems, Kansas City Law Review 2002, 251 (265 f.), die verschiedene Merkmale einer Person mit Farben vergleicht, welche in Kombination einen neuen, individuellen Farbton erzeugen.

191 Vgl. *Sarah M. Buel*, The Pedagogy of Domestic Violence Law: Situating Domestic Violence Work in Law Schools, Adding the Lenses of Race and Class, American University Journal of Gender, Social Policy, and Law 2003, 309 (311).

192 Vgl. u. a. *Kathryn Abrams*, Title VII and the Complex Female Subject, Michigan Law Review 1994, 2479 (2481 ff.) sowie *Judith A. Winston*, Mirror, Mirror on the Wall: Title VII, Section 1981, and the Intersection of Race and Gender in the Civil Rights Act of 1990, California Law Review 1991, 775 (779 ff.).

193 Vgl. *Areheart* (Fn. 178), Geo. Mason U. Civ. Rts. L.J. 2006, 199 (231).

194 Vgl. *Areheart* (Fn. 178), Geo. Mason U. Civ. Rts. L.J. 2006, 199. Die Leitfäden sollen von der *Equal Employment Opportunity Commission* stammen (1232), und Title VII um *„or any combination thereof"* erweitert werden (234).

195 *Olmstead v. L.C.* 527 U.S. 581 (1999) referiert aus *Jefferies v. Harris County Community Action Ass'n*, (Fn. 185): *„Discrimination against black females can exist even in the absence of discrimination against black men or white women."* Die Referenz erfolgt jedoch ohne weitere Analyse oder Stellungnahme.

196 Vgl. u. a. *Domb v. Metro. Life Ins. Co. 2003 U.S. Dist. LEXIS 13790*: *„Where two bases for discrimination exist, they cannot be neatly reduced to distinct components."* (18).

197 *Unger* (Fn. 54), Harv. L. Rev. 1983, 561 (563).

198 *Kennedy/Zamboni* (Fn. 132), Retfærd 2009/2, 55 (71).

199 *E. Dana Neacsu*, CLS Stands for Critical Legal Studies, if Anyone Remembers, Journal of Law and Policy 2000, 415 (434 ff.).

200 Diesbezüglich folge ich den Ausführungen von *Duxbury* (Fn. 3), S. 427 ff.

201 Oder (etwas defätistisch): in Agonie.

202 So richtig erkannt und treffend formuliert von *Oberkofler* (Fn. 2), Utopia Kreativ 2001, 925.

VIII. Und wie sieht es hier aus? - „The German Experience“[203]

Aus hiesiger Sicht stellt sich die Frage, inwieweit die von den *Crits* formulierte Kritik am Recht (bereits) Beachtung findet und inwiefern sie sich für die heimische Jurisprudenz fruchtbar machen lässt. Auf der einen Seite betonen Jurist(inn)en in Deutschland (vor allem an den Universitäten) regelmäßig, dass es bei einer Falllösung verschiedene Lösungen gebe, welche „vertretbar“ seien, was zunächst für einen offenen und emanzipierten Umgang mit der Unbestimmtheit des Rechts spricht. Auf der anderen Seite suggerieren Prüfungsschemata und der strikte Subsumtionsstil, dass eine „richtige“ Lösung von Fallfragen durch Deduktion möglich sei. Diese Ambivalenz offenbart sich vielleicht am deutlichsten an dem Konstrukt der „herrschenden Meinung“, welches zwar implizit eingesteht, dass es auch andere (vertretbare) Lösungsmöglichkeiten gibt, jedoch gleichzeitig deren Gültigkeit fragwürdig erscheinen lässt. Dass es für die Frage, welche Meinung „herrschend“ ist, darauf ankommt, wie groß der Zuspruch für eine Rechtsauffassung innerhalb der Gerichte und der Lehre ist, also letztlich (wie im politischen Betrieb) auf Mehrheiten, wird dabei oft vernachlässigt. Angesichts der Tatsache, dass auch unter den deutschen Verfassungsrichter(inne)n – welche sich mit den hiesigen *hard cases* beschäftigen und deren fachliche Qualifikation weitestgehend anerkannt sein dürfte – oftmals unterschiedliche Ansichten vertreten werden, sollte verdeutlichen, dass es nicht lediglich die eine, dogmatisch richtige, logische, handwerklich saubere Herleitung einer Lösung aus einem kohärenten (Rechts-)System ist, welche dafür sorgt, dass sich eine bestimmte Rechtsauffassung letztlich durchsetzt. Ein offener(er), ehrlicher(er) und kritischer(er) Umgang mit dieser Tatsache (auch) im rechtswissenschaftlichen Diskurs wäre daher wünschenswert.

203 Als Referenz an das *bonmot* von *Lord Goff* in seinen rechtsvergleichenden Ausführungen in *Jones v. White* 2 A.C. 207 (1995).